

# **DIREITO 10: INTERDISCIPLINARIDADE E COMPLEXIDADE DO SABER JURÍDICO**

## **ORGANIZADORES**

Haide Maria Hupffer, André Rafael Weyermüller e  
Alexandre Marlon da Silva Alberton

Associação Pró-Ensino Superior em Novo Hamburgo - ASPEUR  
Universidade Feevale

# **DIREITO 10: INTERDISCIPLINARIDADE E COMPLEXIDADE DO SABER JURÍDICO**

ORGANIZADORES

Haide Maria Hupffer

André Rafael Weyermüller

Alexandre Marlon da Silva Alberton



Novo Hamburgo/RS - BRASIL  
2018

**PRESIDENTE DA ASPEUR**

Roberto Cardoso

**REITOR DA UNIVERSIDADE FEEVALE**

Cleber Cristiano Prodanov

**PRÓ-REITORA DE ENSINO**

Angelita Renck Gerhardt

**PRÓ-REITOR DE PESQUISA,  
PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO**

João Alcione Sganderla Figueiredo

**EQUIPE DE APOIO E REVISÃO**

Me. Pedro Ernesto Neubarth Jung

Mestrando Maicon Artmann

Mestrando Jeferson Jeldoci Pol

Bel. Bruno de Lima Silva

Acad. Pedro Afonso Pretto Pol

**EDITORA FEEVALE**

Adriana Christ Kuczynski (Design editorial)

Mauricio Barth (Coordenação)

Tiago de Souza Bergenthal (Revisão textual)

**DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)**

Universidade Feevale, RS, Brasil

Bibliotecária responsável: Tatiane de Oliveira Bourscheidt – CRB 10/2012

Direito 10 [recurso eletrônico] : interdisciplinaridade e complexidade do saber jurídico / organizadores Haide Maria Hupffer, André Rafael Weyermüller e Alexandre Marlon da Silva Alberton – Novo Hamburgo: Feevale, 2018.  
Dados eletrônicos (1 arquivo : 2 megabytes).

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.  
Modo de acesso: <[www.feevale.br/editora](http://www.feevale.br/editora)>  
Inclui bibliografia.  
ISBN 978-85-7717-232-0

1. Direito. 2. Universidade Feevale - Produção acadêmica. I. Hupffer, Haide Maria. II. Weyermüller, André Rafael. III. Alberton, Alexandre Marlon da Silva.

CDU 340(075.8)

© **Editora Feevale** – TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos do autor (Lei n.º 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

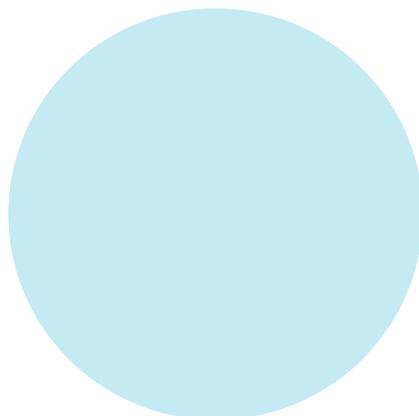
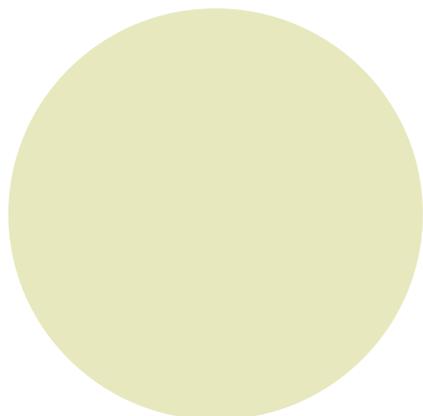
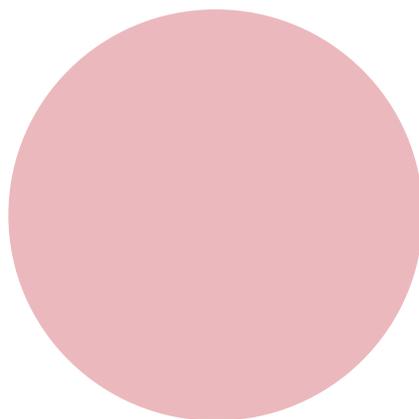
**Universidade Feevale**

Câmpus I: Av. Dr. Maurício Cardoso, 510 – CEP 93510-235 – Hamburgo Velho

Câmpus II: ERS 239, 2755 – CEP 93525-075 – Vila Nova

Fone: (51) 3586.8800 – Homepage: [www.feevale.br](http://www.feevale.br)

Novo Hamburgo/RS – Brasil



## **COMO MELHOR UTILIZAR ESTE E-BOOK**

*Não desperdice papel, imprima somente se necessário.*

Este e-book foi feito com intenção de facilitar o acesso à informação. Baixe o arquivo e visualize-o na tela do seu computador sempre que necessitar. No entanto, caso seja necessário, o arquivo pode ser impresso.

É possível também imprimir somente partes do texto, selecionando as páginas desejadas nas opções de impressão. Os botões interativos são apenas elementos visuais e não aparecerão na impressão, utilize-os para navegar pelo documento. Se preferir, utilize as teclas "Page Up" e "Page Down" do teclado ou o "Scroll" do mouse para retornar e prosseguir entre as páginas.

# SUMÁRIO

Página 11

---

## **O “PRECEDENTE” BRASILEIRO VISTO A PARTIR DAS CRÍTICAS DE JEREMY BENTHAM AO *COMMON LAW***

Gilberto Morbach  
Igor Raatz

Página 31

---

## **DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA: O RECONHECIMENTO INTERNACIONAL E NACIONAL DA ALIMENTAÇÃO SEGURA COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Jéssica Fagundes da Silva  
Haide Maria Hupffer

Página 56

---

## **O REGRAMENTO INTERNACIONAL DO COMBATE AO TERRORISMO NO ÂMBITO DAS NAÇÕES UNIDAS**

Débora da Silva Monteiro  
Daniel Sica da Cunha

Página 79

---

## **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DIFERENÇA SUCESSÓRIA ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEROS: UMA ANÁLISE DO RE 878694**

Priscila Trapp Buss  
Valéria Koch Barbosa

Página 99

---

## **A UNIÃO E A ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: a ADPF nº 132, a ADI 4277**

Caroline Viana  
Cassio Schneider Bemvenuti

Página 122

---

## **A RELEVÂNCIA DA MEDIAÇÃO JUDICIÁRIA COMO MEDIDA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA E A PARTICIPAÇÃO DAS CASAS DE ABRIGAMENTO**

Carline Tassara Spohr  
Rafael Minussi

Página 138

---

## **A ALIENAÇÃO PARENTAL: A FAMÍLIA EM LITÍGIO E O DIREITO DOS AVÓS**

Arléte dos Santos  
Henrique Alexander Grazzi Keske

Página 156

---

## **A HOMOPARENTALIDADE E O REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO**

Andreza Garcia da Rocha  
Cláudia Maria Petry de Faria

Página 178

---

## **IMPORTÂNCIA DE UM CONSELHO TUTELAR ATUANTE FRENTE AOS CASOS DE ABUSO SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UMA ANÁLISE DE CASO EM UMA COMARCA DA SERRA GAÚCHA**

Raysa Saggin Damaceno Graciano  
Lisiana Carraro

Página 196

---

## **O BINARISMO DE GÊNERO COMO INSTITUIÇÃO NORMATIZADORA: UM ESTUDO JURÍDICO SOBRE AS APENADAS TRAVESTIS E TRANSEXUAIS**

Priscila Daiane Schütz  
Henrique Alexander Grazzi Keske

Página 218

---

## **A ENERGIA GERADA A PARTIR DO RESÍDUO AGROSSILVOPASTORIL: A SUSTENTABILIDADE E A LEGISLAÇÃO**

Carolina Rodrigues Santos  
Juliane Altmann Berwig

Página 241

---

## **A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS EM DECORRÊNCIA DE DANO AMBIENTAL**

Gabriel Mateus Sesterheim da Silva  
Bárbara Raquel de Azeredo da Silva

Página 263

---

## **A NECESSÁRIA MUDANÇA DA FINALIDADE TRIBUTÁRIA FACE A PROBLEMATICA AMBIENTAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA AMÉRICA LATINA**

Carolina Schroeder Alexandrino  
Pedro Ernesto Neubarth Jung  
André Rafael Weyermüller

Página 275

---

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL: (IN) APLICABILIDADE DE CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR COMO EXCLUDENTE DE ILICITUDE**

Luana Pionne  
Rafael Pereira

Página 299

---

## **DO PERIGO OFENSIVO: O CONTRIBUTO À LEGITIMIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO**

Vitória Schnidger  
Diogo Machado de Carvalho

Página 317

---

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DA APRESENTAÇÃO ANTECIPADA DE CHEQUE PÓS-DATADO**

Graciela dos Santos Silva  
Juliane Altmann Berwig

Página 338

---

## **REGISTRO ELETRÔNICO: A SEGURANÇA JURÍDICA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO REGISTRADOR DE IMÓVEIS**

Luciane Oliveira Gemnizack  
Juliane Altmann Berwig

Página 360

---

## **A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM* FRENTE AO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Vanessa Cristiane Neves  
Claudia Maria Petry de Faria

Página 381

---

## **A CONDUTA DA VÍTIMA DE CRIME NO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

Alessandra Thamara Selau  
Diogo Machado de Carvalho

Página 403

---

## **A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE E O ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO SEGUNDO O TRT DA 4ª REGIÃO**

Sâmia Trombetta  
Rafael Pereira

Página 425

---

## **ALIENAÇÃO PARENTAL NA GUARDA COMPARTILHADA E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

Carine Clemes da Silva  
Bárbara Raquel de Azeredo da Silva

Página 445

---

## **A MEDIAÇÃO FAMILIAR EM ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Débora Priscila Saft Delanoy  
Valéria Koch Barbosa

Página 465

---

## **A EXPOSIÇÃO DA GESTANTE AO AMBIENTE INSALUBRE E OS REFLEXOS NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO NASCITURO**

Bárbara Andressa Schuh Bernardi  
Fabrício José Rodrigues de Lemos

Página 482

---

## **DO OCASO DA CONDENAÇÃO AOS LIMITES DA EXECUÇÃO: DA (IM)POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE TÉCNICAS COERCITIVAS PARA A EFETIVAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA**

Natália Schaefer  
Igor Raatz

Página 504

---

## **AS RELAÇÕES FAMILIARES SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Dheinifer da Silva  
Claudia Maria Petry de Faria

# APRESENTAÇÃO

A presente coletânea de artigos representa o resultado da pesquisa científica desenvolvida por alunos e professores da Universidade Feevale nas mais diversas interfaces que envolvem o Direito, refletindo a complexidade que marca o Direito neste início de século e o necessário aprofundamento em temáticas de interesse jurídico, social, filosófico, econômico, ambiental e institucional. A coletânea é composta de artigos adaptados das melhores monografias de conclusão de curso apresentadas pelos acadêmicos do curso de Direito da Universidade Feevale no segundo semestre de 2017. Por serem resultados de monografias de final de curso, tem-se ciência da amplitude de temas que esta obra coletiva se propõe a apresentar e as limitações que ela comporta.

Cada artigo representa as diversas interfaces que envolvem o Direito e sua concretização, seja problematizando o “precedente” brasileiro a partir das críticas de Jeremy Bentham, refletindo sobre os direitos inalienáveis do ser humano como o direito à alimentação adequada, igualmente impulsionando a discussão sobre o regramento internacional do combate ao terrorismo no âmbito das Nações Unidas. Igualmente interessantes são as discussões apresentadas sobre o moderníssimo direito das famílias, as diversas interfaces das questões de gênero no Direito de Família e Direito Penal, bem como as discussões sobre o binarismo de gênero e as apenadas travestis e transexuais, o aprofundamento de questões de ética e bioética. Integra a coletânea a discussão jurídica sobre a importância dos Conselhos Tutelares e Casas de Albergamento e os crimes de abuso sexual contra crianças e adolescentes, contemplando ainda a relevância da mediação judiciária como medida de justiça restaurativa. Outras questões trabalhadas na coletânea referem-se à temática ambiental, como as relacionadas à energia gerada por resíduo agrossilvopastoril e à inversão do ônus da prova nas Ações Civis Públicas em decorrência de dano ambiental.

Na organização dos artigos, foi fundamental o apoio de mestrandos e acadêmicos de Iniciação Científica. Agradecemos o valioso apoio e colaboração do Mestre Pedro Ernesto Neubarth Jung, dos mestrandos Maicon Artmann e Jeferson Jeldoci Pol e dos acadêmicos participantes do Programa de Iniciação Científica da Universidade Feevale Bruno de Lima Silva e Pedro Afonso Pretto Pol.

Uma excelente e oportuna leitura e que estas reflexões possam ser o nascedouro de novos estudos acerca da complexidade do Direito e de sua necessária interdisciplinaridade.

**Haide Maria Hupffer**

*Docente e Pesquisadora do Curso de Direito  
e do Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental da Universidade Feevale.*

# **O “PRECEDENTE” BRASILEIRO VISTO A PARTIR DAS CRÍTICAS DE JEREMY BENTHAM AO *COMMON LAW***

## **Gilberto Morbach**

Mestrando em Direito Público na  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos.  
E-mail: gilbertomorbach@gmail.com.

## **Igor Raatz**

Pós-doutor em Direito pela  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos.  
Professor na Universidade Feevale.  
E-mail: igor@raatzanchieta.com.br.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente ensaio visa a desmistificar o positivismo clássico inglês - mais precisamente, em sua vertente normativa utilitarista - e suas (supostas) relações com uma doutrina de precedentes. Mais precisamente, busca-se explicitar, a partir das críticas de Jeremy Bentham à *common law* (e ao próprio instituto do *stare decisis*), por que não se pode afirmar que o autor defendia, como resposta à insegurança jurídica, a adoção de um sistema de precedentes vinculantes - especialmente quando uma leitura da obra benthamiana aponta justamente para os perigos de uma doutrina que, ao conferir autorização para errar por último, torna-se passível de legitimar e perpetuar decisões erradas.

Primeiro, abordar-se-á (i) uma (possível) aproximação filosófica entre o “precedentalismo” brasileiro e o positivismo jurídico, à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck, e a recepção equivocada que a doutrina dos “precedentes” no Brasil fez da obra de Jeremy Bentham. Depois, explicitar-se-á, na ordem, (ii) a filosofia do Direito de Bentham, (iii) sua proposta de codificação do direito inglês e (iv) suas críticas à *common law*. Por fim, trabalhar-se-á com uma nova aproximação entre o “precedentalismo” brasileiro e Bentham, mas, a partir deste, *criticar* aquele, e não o referendar.

## 2 O POSITIVISMO JURISPRUDENCIALISTA BRASILEIRO E A (EQUIVOCADA) INTERPRETAÇÃO DE QUE JEREMY BENTHAM DEFENDIA PRECEDENTES VINCULANTES

O positivismo jurídico é uma escola sem uma definição simples: não apenas a escola de pensamento é complexa por si só; há ainda que se considerar as (muitas vezes ignoradas) diferenças e peculiaridades existentes entre cada uma de suas distintas manifestações e vertentes ao longo da história. Dentre elas, como variações do juspositivismo clássico, destacam-se a escola da exegese francesa, o positivismo científico alemão e, com algumas diferenças filosóficas, por último, o positivismo inglês de cunho utilitarista (STRECK, 2017a, p. 35), cuja desmi(s)tificação pauta este ensaio. Dada a complexidade do fenômeno, o advento dos pressupostos comuns que sustentam cada uma dessas diferentes manifestações do pensamento jurídico pode ser compreendido sob a perspectiva dos paradigmas filosóficos das metafísicas (entendidas em seu sentido ontoteológico) clássica e moderna.

A ordem filosófica da metafísica clássica colocava o homem como *sujeito às estruturas*: na relação sujeito-objeto, era o objeto que se impunha em relação ao sujeito, no *realismo* da *substância* das coisas. Com o advento da modernidade, porém, surge

a filosofia da consciência: a partir desse momento, são as experiências individuais que passam a fixar o significado das coisas. O *cogito* de René Descartes, pensador que inaugurou a metafísica moderna, estabelecia a existência de ideias “claras e distintas” - estas que, segundo o filósofo, devem servir como uma “rocha” a partir da qual se constrói a ciência - *internas* ao próprio pensamento humano, já trazendo, *em si mesmas*, prova de sua evidência. Do realismo filosófico, portanto, passamos ao *subjetivismo* - é o sujeito que objetifica o mundo que observa, a partir do momento em que os sentidos são percebidos pelo intelecto (HATFIELD, 2011). *Cogito, ergo sum*: o sujeito tem *certeza* de si, de sua existência, a partir do próprio pensamento (DESCARTES, 1894); a modernidade, de certa forma, *cria* o sujeito, alçando o indivíduo a um papel de protagonismo na relação sujeito-objeto.

É em meio a esse contexto, de um racionalismo cartesiano que *assujeita* (e sepulta, de vez) o objetivismo medieval, que nasce o Estado Moderno: o progresso científico-filosófico, ao *racionalizar* o pensamento, racionaliza também as estruturas sociais, chegando, por óbvio, no fenômeno jurídico. E, como não poderia ser diferente, uma ruptura de tamanha magnitude, por representar uma verdadeira mudança de paradigma filosófico, reflete-se em diversos ramos do Direito. A perspectiva da subjetividade faz nascer o positivismo jurídico, que, no seio da modernidade, concebe o Direito como *fato social*, posto pela *razão humana* (STRECK, 2017b, p. 160).

Há, contudo, uma interessante mixagem de paradigmas - clássico e moderno - operada pelo positivismo jurídico enquanto fenômeno: à luz do sujeito moderno que *objetifica* a realidade, o Direito é *posto* enquanto fato social; posteriormente, porém, ele é *descrito* por aqueles que o *aplicam* - que são, assim, novamente assujeitados por aquilo que está posto. Essa mixagem é também observada, contemporaneamente, por boa parte dos defensores de precedentes vinculantes no direito brasileiro, razão pela qual se mostra possível catalogá-los, nas palavras de Streck e Raatz, numa espécie de “positivismo jurisprudencialista” (2016, p. 379-411).

Com efeito, parcela significativa da doutrina brasileira, em face do advento do atual Código de Processo Civil, visualizou, a partir de seus pressupostos, o início da construção de um “sistema” de precedentes obrigatórios, buscando, por meio de uma espécie de *commonlização* do direito brasileiro, uma resposta simples a problemas complexos, como a insegurança jurídica decorrente da falta de coerência entre as decisões judiciais. A tese carrega em si, evidentemente, uma série de simplificações e problemas: dentre elas, destaca-se a função das Cortes ditas “supremas” de *atribuir sentido* à lei, que deve ser *aplicada* pelos demais juízes.

Essa (equivocada) *cisão* (e não uma *diferenciação*) entre texto e norma, além de fazer com que o direito brasileiro remonte a uma espécie de voluntarismo (já previsto

por Hans Kelsen, no cap. VIII de sua *Teoria pura do Direito*), proíbe os juízes e Tribunais “inferiores” de interpretar. Mais que isso, essa compreensão apressada acaba por, novamente, a exemplo do que acontecia no positivismo clássico, misturar concepções já superadas pelo giro ontológico-linguístico, *mixando* os paradigmas das metafísicas ontoteológicas moderna e clássica. Primeiro, as Cortes “de vértice”, num verdadeiro ato de vontade *kelseniano*, põem o Direito; atribuem sentido ao texto, nos limites de seu mundo; depois, os Tribunais inferiores são aprisionados pelo sentido que lhes é pré-dado, sendo-lhes vedada a tarefa de interpretar. Num primeiro momento, os juízes encarregados de interpretar objetivam a realidade, para que, posteriormente, aqueles encarregados de aplicar (como se aplicação e interpretação fossem conceitos dissociáveis) sejam assujeitados pelo precedente (STRECK; RAATZ, 2016, p. 379-411).

Essa, pois, é a relação dos precedentes à brasileira com o positivismo jurídico: a mistura de paradigmas filosóficos já superados.<sup>1</sup> Ao discorrer sobre a apropriação do *stare decisis* pelo direito brasileiro, porém, parte da doutrina precedentalista - objetivando, talvez, atribuir a ela um caráter de maior peso a partir de escolas do pensamento jurídico historicamente situadas no pensamento de grandes autores - parece procurar se aproximar do positivismo num outro sentido: tenta relacionar sua tese à segurança jurídica almejada pelos positivistas clássicos ingleses, afirmando que Jeremy Bentham advogava em favor da adoção de precedentes vinculantes. Segundo Daniel Mitidiero, “[...] Bentham inaugurou uma verdadeira campanha pela *codificação* do direito inglês [...] e pela necessidade de adoção de *precedentes vinculantes* em seu sistema judiciário” (2016, p. 39). Porém, como será melhor explanado ao longo deste ensaio, a afirmação só é correta no ponto em que afirma que Bentham defendia uma reforma no direito inglês a partir da codificação. Sua campanha não consistia em defender, juntamente com o direito estatutário, uma estabilização do direito judiciário com a obrigatoriedade dos precedentes da *common law*: mais que isso, o próprio *common law* era alvo de fortes críticas do autor, cujo pensamento, inclusive, já apontava para os riscos de uma rigidez de precedentes vinculantes, uma vez que estes poderiam estar errados desde sua origem. Portanto, ao contrário do que usualmente vem sendo afirmado, Bentham não era um entusiasta da doutrina do *stare decisis* justamente por saber os riscos que representa uma teoria que legitima a autoridade judiciária a errar por último.

Considerando a força das críticas de Bentham ao direito judiciário, não se pode

<sup>1</sup> Sobre os conceitos trabalhados até aqui, aprofundá-los na obra de Streck - com atenção especial aos verbetes “esquema sujeito-objeto”, “filosofia da consciência”, “metafísica clássica”, “metafísica moderna”, “positivismo jurídico” e “texto e norma” (STRECK, 2017b).

ter certeza acerca do que exatamente faz com que se conclua e se replique que ele fazia campanha pela adoção de precedentes vinculantes; o que se pode fazer, pois, é levantar algumas hipóteses. Possivelmente, a origem dessa mistificação reside em interpretações inauguradas por autores da doutrina anglo-saxã, especialmente Neil MacCormick.<sup>2</sup> A corrente alega que o *stare decisis* se desenvolveu e estabeleceu na tradição da *common law* a partir de uma *influência* dos juspositivistas clássicos ingleses, já que esses teriam destruído a *teoria declaratória* da decisão judicial (MACCORMICK, 1966, p. 197-213) ao explicitarem que os juízes, no momento em que não seguiam decisão prévia de uma Corte que tivesse cometido um erro, não apenas declaravam o direito, mas *legislavam*. Para MacCormick (1966, p. 197-213), foi o advento do positivismo clássico que possibilitou a destruição das bases nas quais as antigas posturas com relação aos precedentes se assentavam - sendo essa, para o autor, a razão do desenvolvimento moderno do *stare decisis*. Além dessa, há, ainda, outra linha de argumentação mais geral - encabeçada por Michael Lobban (1991, p. 288) - que, de forma mais moderada, não liga o positivismo clássico necessariamente à doutrina de precedentes, mas relaciona seu surgimento a uma possível mudança de mentalidade que foi se desenvolvendo nos juízes à época.

Essa corrente, por trabalhar com hipóteses, longe está de ser definitiva. Além de ser muito difícil precisar o verdadeiro impacto do positivismo no desenvolvimento do direito inglês, há diversas ressalvas que podem ser feitas com relação ao papel dos positivistas clássicos no surgimento do *stare decisis*, como a falta de “aparato conceitual [dos positivistas clássicos] para explicar como um precedente pode vincular futuros julgadores” e a dificuldade em se determinar até que ponto, de fato, a *jurisprudência*<sup>3</sup> impactou os juízes (DUXBURY, 2008, p. 37-39). Mais do que isso, porém, há que se considerar um aspecto ainda mais importante: suponha-se que a hipótese levantada por autores como MacCormick esteja correta e, de fato, o juspositivismo tenha influenciado uma mudança de paradigma no direito inglês que acabou tendo o *stare decisis* como destino; ainda assim, há um caminho extremamente longo entre aceitar essa concepção e, daí, dizer que o movimento dos positivistas clássicos

<sup>2</sup> Luiz Guilherme Marinoni, um dos autores brasileiros que, hoje, defendem a tese precedentalista no Brasil, em artigo de 2009, utiliza-se do pensamento de Neil MacCormick acerca das relações do positivismo jurídico com o *stare decisis* na *common law*. Ainda que, diferentemente de Mitidiero, Marinoni não tenha afirmado categoricamente que os positivistas ingleses faziam campanha por precedentes vinculantes, sua fundamentação a partir do artigo de MacCormick fortalece a hipótese de que a interpretação equivocada dos objetivos de Bentham dentre os *commonlistas* brasileiros pode ter, de fato, partido dessa visão que atribui uma possível influência positivista ao desenvolvimento histórico da *common law* (MARINONI, 2009, p. 11-58).

<sup>3</sup> Aqui, note-se, o conceito de *jurisprudência* é adotado no sentido de um estudo da natureza do Direito e os aspectos que com ela se relacionam; refere-se, portanto, ao estudo da teoria (ou filosofia) do Direito, e não a um conjunto reiterado de decisões proferidas (sentido comumente atribuído ao conceito no Brasil, por exemplo).

ingleses - especialmente Bentham, crítico ferrenho do direito judiciário - era pelos precedentes vinculantes. Argumentar que o positivismo jurídico influenciou a mentalidade dos juízes e que, ao recusar a teoria declaratória, fortaleceu o surgimento do precedente vinculante é uma coisa; afirmar, a partir dessa hipótese, que Bentham, um dos principais, senão o principal teórico da codificação (e, talvez, junto com Hobbes um dos pais do positivismo clássico inglês), efetivamente defendia a adoção de precedentes vinculantes é algo muito distinto. Tanto essa é uma conclusão, no mínimo, apressada que até mesmo autores como Duxbury, que chegam a dialogar com as possíveis influências positivistas na *common law*, declaram que Bentham era, ao menos, "cauteloso" (ou "receoso", em tradução livre do termo "*wary*") com relação à ideia de precedentes vinculantes.<sup>4</sup> Além disso, o próprio Neil MacCormick (2016, p. 331) afirma que Bentham não considerava o direito judiciário como fonte válida de lei.

### **3 JEREMY BENTHAM, ÉTICA OBJETIVA UTILITARISTA E O POSITIVISMO NORMATIVO**

A efetiva *positivação* do direito, por meio de uma codificação, ocorreu, na Europa do século XIX, por diferentes maneiras, tanto que, no caso do *common law*, sequer obteve êxito. Na Alemanha, por exemplo, a ausência de um código civil pode ser explicada, dentre outros fatores, pela resistência intelectual oferecida por Savigny e pela supremacia do direito dos professores (VAN CAENEGEM, 2010); na França, por sua vez, razões de ordem política - como a defesa de um direito simples e claro, capaz de conferir estabilidade jurídica após um longo período revolucionário - impulsionariam a criação do *Code Napoléon*, sem que lá houvesse, porém, uma *teoria da codificação* propriamente dita. Na Inglaterra, por sua vez, o fenômeno se operou de maneira curiosa: ao mesmo tempo em que o sistema jurídico do país não adotou um código, foi lá que surgiu um dos mais importantes teóricos da codificação: justa-

<sup>4</sup> O termo escolhido por Duxbury (2008, p. 47, 100) é leve, já que o autor está tratando, na mesma frase, de Bentham e John Austin (além de Thomas Hobbes): "[...] Hobbes was as wary of the notion of binding precedent as were Bentham and Austin." (Grifos nossos). Austin, discípulo de Bentham e, ao lado dele, outro dos mais proeminentes positivistas ingleses, tinha relações mais complexas com o direito judiciário, visto que não rejeitava a *common law* de maneira tão radical quanto o mestre. Por esse motivo, Duxbury preferiu, para usarmos a mesma palavra que ele escolheu, ser "cauteloso" na escolha semântica; talvez, se tratasse apenas de Jeremy Bentham, teria escolhido uma palavra mais categórica. Ainda na frase do autor, com relação à visão de Hobbes quanto aos precedentes vinculantes, pode-se dizer que ela é quase tão crítica quanto a de Bentham. Ambos compartilham a ideia de que uma sentença é uma *lei* válida para as partes do processo em questão, sem efeito vinculante a outros juízes, em outros processos. Mais do que isso, o próprio Thomas Hobbes (1946, p. 193, 194) - novamente, como Bentham fez, posteriormente - já mostrava preocupação quanto à possibilidade de perpetuação de erros a partir do *stare decisis*, ao dizer que se, em casos posteriores, a justiça estivesse em desacordo com o precedente, o correto, por parte do juiz, seria proferir uma sentença contrária ao precedente.

mente, Jeremy Bentham, cujo pensamento é melhor compreendido se observadas as diferenças que o desenvolvimento do positivismo britânico apresentou em relação àquele do resto da Europa.

Sob o paradigma filosófico cartesiano, o fenômeno da positividade continental europeia era nada mais que a *racionalização* do direito, que encontrou nos códigos a técnica que asseguraria a aplicação do seu *corpo de fontes* ainda sob um viés jusnaturalista (VAN CAENEGEM, 2000, p. 163-164). Se o ponto de partida era o pensamento de Descartes, nada mais natural que os juristas modernos buscassem, em seu subjetivismo, a fonte das regras de direito, atribuindo sua origem a princípios racionais (VILLEY, 2005, p. 602). A esse racionalismo abstrato - segundo o qual há diversas maneiras através das quais nossos conceitos e percepções são formados independentemente da experiência dos sentidos<sup>5</sup> - contudo, opõe-se o *empirismo* - para o qual é, segundo Markie (2016), justamente, a experiência sensorial a fonte do conhecimento humano -, e esse debate (que, para alguns autores como William James (1995, p. 03, 27, 100), inclusive, é um dos mais importantes da filosofia) foi personificado no desenvolvimento do pensamento filosófico na Europa: de um lado, os racionalistas continentais - Descartes, além de Leibniz e Spinoza; de outro, os empiristas britânicos - Locke, Berkeley e Hume (além do próprio Jeremy Bentham).

Além disso, havia outra diferença fundamental no advento do positivismo da Grã-Bretanha, essencial para uma compreensão adequada do juspositivismo *benthamiano*: os mesmos princípios iluministas que pautavam os movimentos continentais faziam com que a busca pelos códigos fosse também uma estratégia para estabelecer limites ao poder absoluto dos reis no continente. Na Inglaterra, porém, o cenário era distinto novamente: não apenas o paradigma filosófico local era baseado no empirismo; o sistema da *common law* já servia como uma espécie de barreira ao despotismo real - motivo pelo qual, inclusive, era alvo das críticas de Thomas Hobbes.<sup>6</sup>

Dessa forma, como não podia ser diferente, a oposição entre a doutrina *continental*, de natureza *racionalista*, e a *inglesa*, de natureza *empírica*, se manifestou também

<sup>5</sup> Vide o *cogito* de René Descartes e a relação sujeito-objeto da metafísica ontoteológica moderna.

<sup>6</sup> Hobbes, naturalmente, por ser um teórico do poder absoluto, via no positivismo uma maneira de garantir que a prerrogativa de *pôr* o direito fosse conferida somente ao soberano. Em *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, publicado em 1681, Thomas Hobbes (2001, p. 60) expõe suas críticas ao sistema da *common law* e as contrasta com as ideias defendidas por Sir Edward Coke, jurista inglês que advogava em favor da supremacia da *common law* em face da monarquia britânica. Ao longo do diálogo, sob a personagem do filósofo (que, lembremos, nada mais era do que uma representação alegórica do próprio autor), Hobbes expõe seu conceito de Direito ao dispor que "uma lei é a ordem daquele ou daqueles que têm o poder soberano, dada àqueles que são seus súditos, declarando publicamente e de modo claro o que todos podem fazer e o que devem se abster de fazer". Thomas Hobbes tem, portanto, em seu positivismo, uma ação carregada de propósito: de sua definição da lei, deduz-se a necessidade de que se subordine todas as formas de autoridade normatizada ao poder soberano (BOYLE, 1987, p. 383-426).

no desenvolvimento do positivismo inglês. Se, no continente, o paradigma filosófico à época fez com que a positivação do Direito se desse através do racionalismo abstrato cartesiano, servindo de barreira ao absolutismo, o mesmo, obviamente, não poderia acontecer em um país que (i) tinha seu padrão de pensamento baseado no *empirismo* e (ii) já tinha, em seu próprio sistema jurídico, uma limitação ao poder absoluto. Essa perspectiva fez com que o advento do positivismo inglês se operasse a partir do utilitarismo (FASSÒ, 1996, p. 29), a máxima consequencialista expressada através da fórmula que prevê “a maior felicidade para o maior número”. John Stuart Mill (2001, p. 10), um dos utilitaristas clássicos ao lado de Bentham, define que a doutrina que tem a utilidade, ou o princípio da felicidade do maior número, como parâmetro moral, é aquela que define que um ato será certo na mesma proporção em que gere felicidade, e errado na mesma proporção em que gere infelicidade - sendo *felicidade*, aqui, definida como “prazer e ausência de dor”, e *infelicidade* como “dor e ausência de prazer”. Nesse ponto, o empirismo britânico se aproxima, curiosamente, de um iluminista, exprimindo quase que literalmente a fórmula de Cesare Beccaria (1986, p. 03): exatamente, “a maior felicidade dividida no maior número”.

Jeremy Bentham segue a linha de John Stuart Mill, e diz que os indivíduos têm, acima de si, “dois senhores soberanos”: a dor e o prazer. Para o autor, o princípio da utilidade, reconhecendo essa sujeição imposta pela condição humana, visa a construir o “edifício da felicidade” através da razão e da *lei* - evidenciando aqui a vertente normativo-utilitarista de seu positivismo jurídico, que não era tão somente uma teoria descritiva.<sup>7</sup> Afinal, Bentham, além da inspiração *beccariana*, compartilha também com os filósofos racionalistas a ideia de que é possível estabelecer uma *ética objetiva*; isto é, uma ética cujos princípios podem ser cientificamente verificados e, portanto, estabelecendo as regras para o comportamento humano - diferenciando-se de uma *ética subjetiva*, através da qual, segundo Hursthouse e Pettigrove (2014) os critérios que definem os juízos de valor são fundados exclusiva e intrinsecamente no próprio sujeito. A diferença, porém, está na localização desse princípio objetivo: enquanto os jusnaturalistas o encontram na *natureza humana*, Bentham o visualiza no fato “empiricamente verificável” de que *cada homem visa buscar a própria utilidade*. Ou seja, a ética objetiva iluminista é, novamente, racionalista, ao passo que a ética presente no pensamento do filósofo inglês é empirista-utilitarista. E se sua ética é objetiva,

<sup>7</sup> Parte-se aqui da distinção presente nos positivismos contemporâneos, segundo os quais, uma teoria pode ser *descritiva* (ou *analítica*), quando vier a descrever as coisas como elas *são*, ou *normativa*, quando vier a dizer como algo *deve ser*. A jurisprudência - frise-se, num sentido de teoria do direito - não é diferente, e pode ser dividida, sob a ótica de uma disciplina filosófica, em duas categorias: normativa e analítica. A jurisprudência normativa é o estudo acerca da lei e de como ela *deve ser*, sob um ponto de vista moral. A jurisprudência em sua versão analítica, por outro lado, sequer leva em consideração a moralidade: ela visa a analisar tão somente a natureza da lei e seus respectivos objetos de estudo (SHAPIRO, 2011, p. 02-03).

nada mais natural que ela pautar, normativamente, seu positivismo jurídico (BOBBIO, 1995, p. 92).

A presença dessas duas vertentes<sup>8</sup> na teoria geral da lei *benthamiana*, descritiva e normativa, é evidenciada pelo próprio autor, ao definir a maneira como ele visualizava o conceito de jurisprudência e suas consequentes subdivisões. Primeiramente, é preciso dizer que, para Bentham, a questão semântica é de extrema importância: para ele, enquanto vista por si só, a palavra *jurisprudência* é uma “entidade fictícia”, que adquire sentido a partir do momento em que é empregada na presença de outra palavra dotada de significado. Assim, para chegar até seu conceito acerca dessa “entidade”, o autor utiliza-se da estratégia de expor o que acreditava serem os objetos ideais de um *livro de jurisprudência* (em outras palavras, um livro sobre “a arte da legislação”): dizer *o que a lei é* e, posteriormente, o que a lei *deve ser*. A primeira vertente é nomeada *expository jurisprudence*, ou, em tradução livre, *jurisprudência expositória*; a segunda, *censory jurisprudence*, ou *jurisprudência censória* (BENTHAM, 1907, p. 184).

A jurisprudência expositória (ou *analítica*) de Bentham (1907, p. 187) define as leis como expressões de vontade daquele que põe as leis (ou seja, o *poder soberano*), que são, essencialmente, *comandos*, dos quais emanam ordens, proibições ou permissões para agir ou deixar de agir. A lei, portanto, tem um caráter fundamentalmente imperativo;<sup>9</sup> e assim, a partir de uma teoria que descreve um sistema jurídico pautado na *obediência*, manifesta-se a tese que é também berço da tradição positivista: a separabilidade entre direito e moral - afinal, se a lei é um comando daquele que detém a soberania, sua *validade* independe da *moralidade*. A existência da lei é uma questão; os elementos morais por trás dela são outra. Sua jurisprudência *censória*, por outro lado, diz como a lei deve ser, baseando-se fundamentalmente nos princípios utilitaristas - e esse é um dos pontos de partida para entender por que Bentham almejava uma codificação, bem como para compreender em que medida seu positivismo não era tão-somente analítico.

<sup>8</sup> Válido dizer que *jurisprudência analítica* e *jurisprudência normativa*, segundo Geary et. Al (2004, p. 12), não são conceitos necessariamente excludentes: uma teoria pode ser normativa e descritiva ao mesmo tempo, e é exatamente esse o caso do positivismo jurídico de Jeremy Bentham.

<sup>9</sup> Sobre esse ponto, ver o primeiro capítulo de Hart (1982).

## 4 A CODIFICAÇÃO UTILITARISTA: UNIVERSALIDADE E COMPLETITUDE

Bentham também compartilhava com os iluministas continentais a conclusão sobre a necessidade de uma codificação do direito. Havia, novamente, uma diferença com relação à origem do princípio que fundamentava a ideia: como dito, a *common law* na Inglaterra já ocupava o papel almejado pelas codificações europeias, de estabelecer limites às arbitrariedades dos reis. Esse sistema jurídico, entretanto, à medida que servia como uma espécie de freio à Coroa, funcionava também como *carte blanche* à discricionariedade *dos juízes*, dotados, assim, de autoridade que gerava um poder quase absoluto, o qual Bentham visava a restringir também sob a égide da codificação. Trata-se de mais um indício no sentido de que Bentham jamais advogou em favor do instituto do *stare decisis*.

Bentham, logicamente, considerava que essa codificação deveria realizar os princípios de sua ética objetiva da maior felicidade do maior número. Assim, é seguro dizer que o positivismo jurídico *benthamiano* nasce, essencialmente, a partir de seu pensamento utilitarista; e sendo essa visão a representação de uma ética objetiva, o código que dela decorre deve ser capaz de estabelecer leis válidas para *todos os homens*. Dessa forma, por estar baseado em seus próprios preceitos consequencialistas, Bentham almejava um código que tivesse valor *universal* (BOBBIO, 1995, p. 92) – razão pela qual deveria ser, idealmente, redigido por uma só pessoa.<sup>10</sup> Além disso, assim como os movimentos iluministas na Europa, Bentham também almejava uma legislação que fosse *clara*, mediante um código orgânico e simples. Clareza e brevidade são, para ele, requisitos essenciais de uma lei; afinal, se ela tem como finalidade guiar a conduta dos cidadãos, ela deve ser *concisa* (para que possa ser memorizada) e, também, representar claramente a ideia do legislador por detrás daquele preceito. Para Bentham (1802, p. 39), “tudo que contribui com a brevidade, contribui também com a clareza”.

<sup>10</sup> Essa, a propósito, é mais uma manifestação da influência iluminista no pensamento *benthamiano*: ao advogar em favor de um código redigido por uma só pessoa, Bentham remete ao mito do *legislador universal*, que está presente na ideia do imperativo categórico *kantiano*, que tem, por exemplo, em uma de suas formulações, a ideia de que se deve agir quando a ação em questão é passível de se tornar uma regra universal; ou seja, uma forma de avaliar um ato como moralmente válido é especular um mundo em que todos os indivíduos agiriam da mesma forma diante da mesma hipótese. Aqui, mais uma vez, os assuntos se relacionam: Kant, ainda que fizesse ressalvas ao pensamento de Descartes, compartilhava a ideia de um sujeito que objetiva a realidade observada – tendo, inclusive, seu próprio *cogito*: o *Ich denke*, que, segundo Longuenesse (2008, p. 09-31), como em Descartes, também deduz o *eu existo* a partir do *eu penso*.

Bentham, antes de projetar esse código de valor universal, que pudesse realizar seus princípios utilitaristas, tentou, ainda, elaborar uma espécie de *Digesto*<sup>11</sup> da *common law*. Essa ideia foi posteriormente abandonada em face de seus ideais reformistas, que não o permitiam se contentar com uma mera compilação do direito existente - especialmente considerando suas sérias ressalvas com relação ao sistema jurídico que vigorava, as quais serão desenvolvidas a seguir. Assim, após desistir de uma ideia verdadeiramente *justiniana*, de mera compilação do direito comum, Bentham deu início ao seu projeto de codificação (primeiramente, chamado de *Pandikaion*, e, posteriormente, *Pannomion*), através do qual, naturalmente, almejava uma reforma integral do sistema jurídico - que passaria, portanto, adotada a codificação, a colocar em prática o princípio da ética objetiva utilitarista *benthamiana*: a maior felicidade do maior número (FASSÔ, 1996, p. 32). De acordo com Bentham (1828, p. 334), o código, além de orgânico e simples - ou seja, redigido em termos precisos -, deve ser *completo*, abarcando "todas as obrigações jurídicas às quais os cidadãos estão submetidos". Além disso, a lei, para Bentham, ao modo da sua *censory jurisprudence*, deve ser acompanhada de motivação que indique a finalidade que pretende atingir. Resumidamente, portanto, são apontados quatro requisitos fundamentais no *Pannomion*: utilidade (em evidente alusão a seus princípios basilares); cognoscibilidade (de forma a fornecer clareza aos cidadãos que ao código estiverem submetidos); justificabilidade (num sentido de que as leis devem estar de acordo com o cálculo utilitarista) e *completitude* (BOBBIO, 1995, p. 100) - termo acerca do qual há uma certa divergência doutrinária. Essa divergência é interessante de ser abordada por dois motivos: primeiro porque talvez ela também ajude a explicar a origem de uma conclusão apresada que atribua ao pensamento de Bentham uma defesa ao precedente vinculante; segundo, por, em si mesma, evidenciar que, se já é minoria quem admite a presença do direito judiciário no positivismo de Bentham, mais distante ainda se torna a conclusão de que sua campanha era pelo *stare decisis*.

Essa divergência se dá entre os estudiosos contemporâneos de Jeremy Bentham, exatamente com relação a essa ideia de *completitude* do *Pannomion*. A visão *tradicional* (que é, frise-se, a majoritária entre os pesquisadores), diz que o projeto de codificação realmente pretendia-se completo - em harmonia, portanto, com seus ideais de segurança jurídica -, sem que houvesse espaço para a criação judiciária do direito, característica da *common law*; a visão *minimalista* (ou *revisionista*), por outro lado,

<sup>11</sup> Do latim *digerere*; pôr em ordem. Em referência à compilação de Justiniano I, imperador bizantino, que reunia fragmentos das obras dos juriconsultos à época - ordenando, portanto, um direito já existente.

defende a ideia de que o código *benthamiano* deixaria uma margem considerável para que os juízes tivessem liberdade de atuação com relação à atividade legislativa.

Do lado tradicional, importantes autores - tais como o próprio Michael Lobban (1991, p. 117, 128) - defendem que Bentham visava, sim, um código detalhado, que eliminaria integrações que fossem *judge-made* - e argumentam num sentido de que, fosse a atividade criativa judiciária algo com o qual ele concordasse, ele já estaria satisfeito com seu projeto prévio de *Digesto* da *common law*, sem abandoná-lo para construir um novo sistema de codificação legislativa. Os revisionistas (representados por autores como Gerald Postema), por sua vez, defendem que o *Pannomion* consistiria em *princípios* utilitaristas, que deveriam *guiar* a atividade judiciária, sem, necessariamente, *predeterminá-la* (FERRARO, 2013, p. 140-160). A maior das defesas da linha tradicional - que, inclusive, explica o porquê de ela ser tão amplamente majoritária - está nas palavras do próprio Jeremy Bentham.

Entre 1806 e 1807, Bentham trocou correspondências com Lord Grenville<sup>12</sup> (que planejava reformar a justiça na Escócia a partir dos procedimentos das cortes na *common law* inglesa) e reuniu algumas de suas cartas através de um manuscrito, denominado *Scotch Reform*<sup>13</sup> por meio do qual, inclusive, define sua noção ideal do propósito de um procedimento legal (como garantir justiça a todos, com o menor custo). Nessa obra, ao discorrer, obviamente, sobre o projeto escocês, o autor acaba por responder, indiretamente, à questão da completitude almejada pelo *Pannomion* - contrariando uma visão que o enxerga como um mero código de princípios a guiar a atividade judiciária.<sup>14</sup> Ao abordar o padrão de decisões dos juízes, Bentham diz que, quando determinado juiz se encontrar em uma posição de ter que escolher entre maximizar o bem comum - ou seja, a fórmula utilitarista em sua essência - ou agir de acordo com a vontade do legislador, o padrão decisório deve ser o de seguir o que a lei prevê. Se o julgador optasse por decidir de acordo com aquilo que *ele próprio* julga como a felicidade geral, estaria agindo como o próprio soberano; e para o positivismo *benthamiano*, a atividade judiciária não se equivale à soberania (FERRARO, 2013, p. 140-160). Bentham, portanto, era um teórico da codificação pela codificação. Como poderia, então, o positivismo jurídico de um crítico do direito judiciário defender tam-

<sup>12</sup> William Wyndham Grenville, Primeiro Barão Grenville. Ex-Primeiro Ministro do Reino Unido.

<sup>13</sup> O título completo da obra, de 1808, é *Scotch Reform; considered, with reference to the plan, proposed in the late Parliament, for the Regulation of the Courts, and the Administration of Justice, in Scotland; with Illustrations from English Non-Reform: in the Course of which divers imperfections Abuses, and Corruptions, in the Administration of Justice, with their causes, are now, for the first time, Brought to light* (Em tradução livre: Reforma escocesa: projeto do Parlamento para regulação das cortes e administração da Justiça na Escócia à luz da não-reforma inglesa; no caminho do qual derivam abusos e corrupções na administração da justiça, com suas causas, agora, trazidas à luz).

<sup>14</sup> De acordo com essa visão, caso a maior felicidade do maior número entrasse em conflito com uma norma prevista no Código, deveria prevalecer a utilidade geral - posição que, por óbvio, seria adotada discricionariamente pelo julgador.

bém os precedentes vinculantes como solução, quando seu projeto de código ideal não deixava espaço para a *judge-made law*?

## **5 AS CRÍTICAS DE JEREMY BENTHAM À JUDGE-MADE LAW E AO STARE DECISIS**

Se ainda há qualquer dúvida quanto aos problemas de Jeremy Bentham com relação ao direito comum inglês e à própria ideia do precedente, basta observar as passagens de sua obra que têm a *common law* como alvo direto. Talvez, a principal das críticas - num sentido de ser uma das mais conhecidas, sem tornar as outras menos relevantes - seja o debate travado com Sir William Blackstone, muito similar àquele travado por Thomas Hobbes com Sir Edward Coke.

Em *Commentaries on the Laws of England*, um dos mais influentes tratados do direito inglês, Blackstone (1893, p. 47) considerava o direito comum inglês como um sistema ideal, justamente por fazer valer o direito natural - exatamente o alvo das críticas de Bentham, que, por sua vez, se manifestou através de seu *Fragment on Government*. Nessa obra, o autor elabora duas grandes críticas a Blackstone: primeiro, coloca-o como um inimigo de reformas sociais, um apologista do *status quo*, incapaz de admitir as deficiências do sistema jurídico inglês. Depois, diz que as conclusões do autor, traçadas no *Commentaries*, a partir do direito natural, são rasas e inconsistentes, incapazes de explicar a natureza da lei em sua plenitude.

Para Bentham, a *common law*, feita pelos juízes, era organizada da mesma forma que "um homem faz leis para seu cachorro" - era uma *dog-law* (DINWIDDY; TWINING, 2004, p. 54). O direito comum inglês, portanto, era *ex post facto*, por não dizer previamente o que um homem "não deve fazer", para, depois, "enforcá-lo" por algo que ele "não devia ter feito" (BENTHAM, 1843, p. 235). A ideia de uma "jurisprudência não escrita" - isto é, o direito consuetudinário -, segundo Bentham (1828, p. 391-392), não garante segurança aos indivíduos no mesmo grau que as leis escritas o fariam, à medida que somente estas são capazes de estabelecer, previamente, aos cidadãos as consequências de suas ações. Nesse sentido, ao *criar* um novo precedente (e, conseqüentemente, uma *norma ex novo*) o juiz torna o direito comum *retroativo*, e contribui com a possibilidade de que uma lei posterior declare um comportamento já adotado como ilegítimo, sem que assim o fosse à época de sua prática.

Nessa linha, engana-se quem pensa que a solução *benthamiana* para esse problema seria uma rigidez do *stare decisis* - que, para Bentham, não são regras explícitas e cognoscíveis, mas "inferências gerais deduzidas de decisões particulares", algo que, guardada a distância temporal, assemelhar-se-ia às "teses" julgadas pelas Cortes

Superiores brasileiras, institucionalizadas por uma série de mecanismos vinculantes pré-dispostos na legislação processual. Os cidadãos, incapazes de acessar a lei - "enterradas em uma vasta massa de registros legais" (DINWIDDY; TWINING, 2004, p. 54), dotada de jargões e expressões próprias - e restritos a consultas, possibilitadas somente pelos advogados, estavam sujeitos a um "procedimento que geralmente serve apenas para criar novas dúvidas" (BENTHAM, 1843, p. 04). Naturalmente, o precedente, ainda que vinculante, contraria todo o ideal de clareza almejado pela codificação *benthamiana*. Essas expressões que envolvem a *common law*, inclusive, são algo que, para Bentham, os operadores do direito "amavam" - da mesma forma que "um padre egípcio" amava hieróglifos, ou "os padres de todas as religiões" amavam "seus dogmas particulares". Afinal, para o autor, o que todas essas formas de linguagem tinham em comum era o seu uso como fonte de perpetuação de "poder" e "reputação" (HOSTETTLER, 2011, p. 93). O direito estatutário, portanto, viria a "extirpar" a própria *common law*. De acordo com Bentham, em uma codificação, a ocorrência de obscuridade pode ser eventual: uma "doença acidental", passível de cura; o direito comum, por sua vez, é, *per se*, uma "doença perpétua", por ter, na obscuridade, sua "inseparável essência" (BENTHAM, 1843, p. 309).

Além disso, enquanto Blackstone aceita que o juiz esteja vinculado tão somente ao precedente, Bentham aponta que, ainda que fosse vinculante, não há como escapar da discricionariedade: há uma liberdade de *escolha* do juiz ao optar por seguir o precedente ou não; isso implica necessariamente em arbitrariedades, já que, em vez de um critério objetivo, ter-se-ia uma avaliação pessoal do juiz (BOBBIO, 1995, p. 97). Para Bentham, um juiz poderia, discricionariamente, ser rigoroso ou liberal na interpretação do precedente a que estivesse vinculado: poderia firmar suas *rationes decidendi* nos termos da decisão prévia - e ser assim enaltecido por seus colegas, por respeitar a prática estabelecida - ou decidir o caso "em seus méritos" - e ser assim enaltecido por, teoricamente, buscar a justiça no caso concreto (DINWIDDY; TWINING, 2004, p. 54). Para Bentham (1843, p. 310), esse fenômeno - definido como o "princípio da fonte dupla" (*double fountain principle*) - não poderia ser solucionado adequadamente simplesmente através de mera rigidez do *stare decisis*; afinal, a decisão judicial não seria mais que "uma decisão *particular*, ligando-se tão somente ao indivíduo e às coisas em questão", exprimindo regras que sequer eram *normas de direito*. Para Bentham (1843, p. 485), a força vinculante de uma decisão não se estende para além das partes envolvidas naquela instância particular: sendo assim, portanto, não haveria como conferir força vinculante às decisões judiciais de modo que, antecipadamente, elas já estivessem vocacionadas a guiar, de maneira inflexível, os casos futuros.

Considerando que, à primeira vista, levantar as relações de Bentham com a *common law* e o *stare decisis* pode, para alguns, parecer uma questão restrita a um passado distante, ou mesmo uma simples análise teórica que se encerra em si mesma, é interessante ressaltar alguns pontos. Não apenas as críticas *benthamianas* ao direito judiciário (i) tornam-se atuais (evidentemente, com pequenas adaptações), (ii) elas servem de forma a demonstrar toda a problemática de uma tese que defende os precedentes como uma autorização para errar por último<sup>15</sup> - especialmente quando se difunde, erroneamente, entre autores que advogam a tese precedentalista, a ideia de que Bentham *defendia* os precedentes vinculantes. A complexa obra de Bentham conduz justamente ao contrário: ela repudia a tese de que a incorporação de precedentes vinculantes sejam uma espécie de panaceia para o problema da insegurança jurídica. Pelo contrário, Bentham era um crítico ferrenho à perpetuação de erros pretéritos a partir da rigidez do *stare decisis*.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: BENTHAM E A CRÍTICA À PERPETUAÇÃO DE ERROS PRETÉRITOS PELO *STARE DECISIS***

É bem verdade que Jeremy Bentham tinha, como uma das prioridades de seu positivismo utilitarista, a segurança jurídica; ainda assim - diferentemente dos precedentistas brasileiros - Bentham não via na instituição do *stare decisis* a solução para a insegurança e indeterminação do Direito. Mais do que isso, ele sequer concordava com a doutrina dos precedentes vinculantes *per se*: de acordo com Postema (1986, p. 278), em *Bentham and the Common Law Tradition*, para o positivismo normativo *benthamiano*, a cultura do *precedent-following* vinha invariavelmente acompanhada da probabilidade de erros repetidos.

É interessante notar que justamente a obra de Postema serve de referência para Daniel Mitidiero afirmar que Bentham teria inaugurado uma campanha pela necessidade de adoção de precedentes vinculantes. A passagem utilizada, mais precisamente, é a seguinte: "*Law, like justice - or perhaps we should say justice in the administration of the law - requires that established rules or precedents be followed even when there are good reasons of utility [...] calling for an exception*" (POSTEMA, 1986, p. 193). Curiosamente, porém, quando a frase é combinada com a leitura de alguns capítulos - inclusive aquele em que consta a própria citação -, a ideia leva justamente à conclusão contrária: para Bentham, a perspectiva de se tratar decisões precedentes como fontes de lei deve ser abandonada (POSTEMA, 1986, p. 263-328). A ideia de

<sup>15</sup> Conforme apontado criticamente por Igor Raatz (2016).

precedentes vinculantes foi (muito) rapidamente *abandonada* por Bentham! Poucas menções à segurança trazida pela rigidez do *stare decisis* são vistas em uma fase incipiente de sua obra - o que pode, sim, ser visto em Postema (1986, p. 192-197). Entretanto, apresentar somente essa versão de Bentham, em um recorte minúsculo, é uma injustiça intelectual com o filósofo.

Basta ver a leitura que faz Jeremy Waldron (2012, p. 11), cuja interpretação de *Bentham and the Common Law Tradition* também é, portanto, absolutamente contrária àquela realizada por Mitidiero. O próprio Postema (1986, p. 288) (mesmo apresentando Bentham em uma fase inicial, de defesa de precedentes) chega a afirmar categoricamente que, aos olhos de Bentham, a *common law* (i) não dispunha de um sistema que identificasse claramente o que é um *binding precedent*, ou precedente vinculante, e (ii) mais que isso, o sistema era, por si só, incapaz de gerar lei (ou, em outras palavras, de *ser Direito*).<sup>16</sup> Ou seja, o problema não se encerraria somente com mera identificação clara do que é um precedente vinculante (à luz do que faz o art. 927 do Novo CPC, por exemplo); a ausência de tal sistema seria somente um dos vários indícios de uma doutrina problemática em sua essência.

Não é necessário que fiquemos apenas nas interpretações contemporâneas: Bentham (1843, p. 345), expressamente, afirma que o juiz não deve, “ao formar sua decisão [...] em casos individuais, fazer ou admitir qualquer referência ao que já foi feito por outro juiz, ou mesmo por ele próprio, em qualquer causa prévia”. O autor vai além ao classificar o precedente obrigatório como *retrógrado*, por replicar a mentalidade da época em que a decisão foi originalmente proferida - razão inclusive pela qual, para Bentham (1843, p. 323), a *common law* era fonte de manutenção do *status quo* da aristocracia britânica. Agir “pelo precedente”, portanto, “é agir sem razão [...], em declarada oposição à razão”, e segui-lo, por vezes, significa até mesmo seguir algo “em oposição aos [próprios] atos do legislativo”.

A tese precedentalista - que pretende conferir às Cortes Superiores a autoridade do monopólio da *última palavra*, conferindo legitimidade até mesmo ao erro - equivocava-se não somente ao pregar uma espécie de (neo)realismo jurídico; erra também ao tentar localizar sua teoria no pensamento de um utilitarista que, no século XIX, definia criticamente “o caminho do precedente” como “o caminho do erro constante” (BENTHAM, 1843, p. 345). Jeremy Bentham via em seu projeto de codificação

<sup>16</sup> A questão, por vezes, torna-se interpretativa acerca da escolha da melhor tradução - considerando que a palavra “*law*”, no inglês, serve tanto para “lei” quanto para “Direito”. Ronald Dworkin trabalha essa situação de forma interessante, dizendo que o que torna claro o sentido que se dá à palavra “*law*” é o artigo que a antecede: “*a law*” e “*the law*”: a saber, “uma lei” e “o Direito”. No mesmo momento, comparativamente, Dworkin (2002, p. 62) traz os exemplos do alemão e do francês, que, como a língua portuguesa, têm substantivos diferentes para essas palavras (respectivamente, “*Gesetz*” e “*Recht*”, e “*loi*” e “*droit*”).

um instrumento de progresso político e social: era, pois, um verdadeiro reformista;<sup>17</sup> sendo assim, dizer que Bentham defendia a adoção do *stare decisis* rígido e inflexível - ou seja, de um instrumento autoritário de imposição de obediência e subordinação às decisões das instâncias judiciárias superiores - é contradizer os ideais *benthamianos* de democracia e progresso.

Sob um olhar contemporâneo, é evidente que o ideal de um código absolutamente completo é inatingível; talvez seja possível dizer até que essa fosse, de certo modo, uma perspectiva ilusória de Bentham. Ainda assim, o teórico da codificação jamais teve a ilusão de que, em nome da segurança jurídica, os fins justificam os meios. Jeremy Bentham, definitivamente, não era um apologista da perpetuação de erros pretéritos. Em hipótese alguma, poderíamos acreditar que Bentham conferiria a última palavra acerca do Direito a uma espécie de "aristocracia" de toga ou, para usar as palavras de um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, à "vanguarda iluminista" da sociedade. Bentham sabia dos perigos de conferir aos juízes o título de "donos do Direito".

Indo além do pensamento de Bentham, talvez seja o caso de dar razão a Zagrebelsky (1999, p. 153), quando diz que há uma radical incompatibilidade entre Estado Constitucional e qualquer espécie de "senhor do Direito", apontando, com isso, o equívoco de dizer que os juízes de hoje seriam os "senhores do Direito" como eram os legisladores de outrora. Afinal, "o Direito não é um objeto de propriedade de um, mas deve ser objeto de cuidado de todos".

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **On crimes and punishments**. Tradução de David Young. Indianápolis: Hackett, 1986 (1764).

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1907 (1789).

\_\_\_\_\_. The Constitutional Code. In: BOWRING, Sir John (Ed.). **The Works of Jeremy Bentham**. ed. 9. Edimburgo: William Tait, 1843.

\_\_\_\_\_. The rationale of judicial evidence In: BOWRING, Sir John (Ed.). **The Works of Jeremy Bentham**. ed. 14. Edimburgo: William Tait, 1843.

\_\_\_\_\_. Scotch Reform; considered, with reference to the plan, proposed in the late Parliament, for the Regulation of the Courts, and the Administration of Justice, in Scotland; with Illustrations

<sup>17</sup> "[Bentham] é um filósofo (com uma boa dose de abstração) e um radical." (BOBBIO, 1995, p. 114-118).

from English Non-Reform: in the Course of which divers imperfections Abuses, and Corruptions, in the Administration of Justice, with their causes, are now, for the first time, Brought to light. In: BOWRING, Sir John (Ed.). **The Works of Jeremy Bentham**. ed. 5. Edimburgo: William Tait, 1843.

\_\_\_\_\_. To the Citizens of the Several American United States. In: BOWRING, Sir John (Ed.). **The Works of Jeremy Bentham**. ed. 11. Edimburgo: William Tait, 1843.

\_\_\_\_\_. **Traité de législation civile et pénale**; ouvrage extrait des manuscrits. 2. ed. Paris: Imprimerie de Cosson, 1802.

\_\_\_\_\_. Truth versus Ashhurst; or, Law as it is, contrasted with what it is said to be. In: BOWRING, Sir John (Ed.). **The Works of Jeremy Bentham**. ed. 6. Edimburgo: William Tait, 1843.

BLACKSTONE, Sir William. **Commentaries of the Laws of England in four books**. ed. 1. Filadélfia: J. B. Lippincott Company, 1893 (1765-1769).

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOYLE, James. Thomas Hobbes and the Invented Tradition of Positivism: Reflections on Language, Power, and Essentialism. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 135, n. 140. Filadélfia: Penn Law, p. 383-426, 1987. Disponível em: <[http://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol135/iss2/7](http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol135/iss2/7)>. Acesso em: 21 abr. 2017.

VAN CAENEGEM, R. C. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de histórica jurídica europeia. Tradução Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

\_\_\_\_\_. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CROSS, Rupert. **Precedent in english law**. Oxford: Clarendon press, 1977

DESCARTES, René. **Discours de la méthode** pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences. Paris: L. Berthier, 1894 (1637).

DINWIDDY, J. R. TWINING, William (Ed.). **Bentham**: Selected Writings of John Dinwiddy. Stanford: Stanford University Press, 2004.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio; WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. Sociological jurisprudence e realismo jurídico - a filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do século XX. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 43, n. 140, p. 75-122, jun. 2016.

FASSÒ, Guido. **Historia de la Filosofía del Derecho**: Siglos XIX y XX. Tradução de José F. Lorca Navarrete. Madrid: Ediciones Pirámide, 1996.

FERRARO, Francesco. Adjudication and Expectations: Bentham on the Role of the Judges. **Utilitas**, v. 25, n. 2, jun. 2013. Cambridgeshire: Cambridge University Press, 2013, p. 140-160.

GEARY, Adam; PENNER, James; MORRISON, Wayne. **Jurisprudence and legal theory**. Londres: Uni-

versity of London Press, 2004.

HART, H. L. A. **Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1982.

HATFIELD, Gary. René Descartes. In: ZALTA, Edward N (Ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Summer 2011 ed. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2011. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/descartes/>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2001 (1681).

\_\_\_\_\_. **Leviathan** or the matter, forme and power of a commonwealth ecclesiastical and civil. Cambridge: Cambridge University Press, 1946 (1651).

HOSTETTLER, John. **Champions of the Rule of Law**. Hook: Waterside Press, 2011, p. 93.

HURSTHOUSE, Rosalind; PETTIGROVE, Glen. Virtue Ethics. In: ZALTA, Edward N (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Winter 2016 ed. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2014. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/ethics-virtue/>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

JAMES, William. **Pragmatism**. Nova York: Dover Publications, 1995 (1907).

LOBBAN, Michael. **The Common Law and English Jurisprudence: 1760-1850**. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1991.

LONGUENESSE, Béatrice. Kant's "I think" versus Descartes' "I am a thing that thinks". In: GARBER, Daniel; LONGUENESSE, Béatrice (Ed.). **Kant and the Early Moderns**. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 9-31.

MACCORMICK, Neil. Can stare decisis be abolished? **Juridical Review: The Law Journal of the Scottish Universities**. Edimburgo: Thompson, p. 197-213, 1966.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. 2. ed. Abingdon: Routledge, 2016.

MACHADO, Fábio Cardoso. Por que realmente os precedentes importam?. In: MACEDO, Elaine Hazheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (Org.). **Jurisdição, Direito Material e Processo: Os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 229-251.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito, Curitiba**, n. 49, p. 11-58, mai. 2009.

MILL, John Stuart. **Utilitarianism**. Kitchener: Batoche Books, 2001 (1863).

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016.

MARKIE, Peter. Rationalism vs. Empirism. In: ZALTA, Edward N (Ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Summer 2015 ed. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2014. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/rationalism-empiricism/>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

POSNER, Richard A. Blackstone and Bentham. **The Journal of Law & Economics**, v. 19, n. 3. Chicago: The University of Chicago Press, p. 569-606, out. 1976.

POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the Common Law Tradition**. Oxford: Clarendon Press, 1986.

RAATZ, Igor. Precedentes à brasileira: uma autorização para "errar" por último?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo: 03 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-03/igor-raatz-precedentes-autorizacao-errar-ultimo>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. 2. ed. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017a.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

\_\_\_\_\_. Por que commonistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. De como o positivismo jurídico tomou o caminho da ontoteologia. In: STRECK, Lenio Luiz; CULLETON, Alfredo; DOS REIS, Róbson Ramos (Org.). **Festschrift** [um tributo a Ernildo Stein] – viveu às voltas com a metafísica e a fenomenologia. 1. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2015.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou "de como o mundo (não) é um brechó. **Revista de Processo**, v. 262, a. 41. São Paulo: Editora RT, p. 379-411, dez. 2016.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WALDRON, Jeremy. Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. **Michigan Law Review**, v. 11, n. 1. Nova York: New York University Press, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Tercera edición. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 153.



# **DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA: O RECONHECIMENTO INTERNACIONAL E NACIONAL DA ALIMENTAÇÃO SEGURA COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

**Jéssica Fagundes da Silva**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: [jessicafagundes.adv@outlook.com](mailto:jessicafagundes.adv@outlook.com).

**Haide Maria Hupffer**

Pós-doutora em Direito pela  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos.  
Professora na Universidade Feevale.  
E-mail: [haide@feevale.br](mailto:haide@feevale.br).

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A temática do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) constitui-se, nos dias de hoje, em preocupação que transcende a subsistência humana de forma digna, inserindo este direito humano como essencial e preexistente ao direito à vida. Assim, parte-se da premissa do direito à alimentação adequada e nutritiva como um Direito Fundamental, o que exige estudar a sua construção histórica e examinar o reconhecimento internacional e nacional da alimentação como direito humano básico e inerente a todo cidadão. Registra-se que a temática do DHAA incide sobre um campo de conhecimento interdisciplinar, evocando contribuições da área da saúde, direito, nutrição, sociologia, entre outras.

O objetivo da presente pesquisa é examinar os princípios norteadores do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) e sua sedimentação na legislação internacional e nacional. A pesquisa é descritiva e exploratória. Para o alcance do objetivo proposto, utiliza-se o método dedutivo e histórico e como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica e documental.

Inicialmente, em âmbito internacional, é realizada a busca pela sua menção e positivação em mecanismos e diretrizes internacionais, como tratados, pactos e cartas, com as quais iniciou-se debate internacional amplo e crescente sobre a qualidade de vida dos cidadãos, onde está encravado o DHAA, debate este que, em evolução e desdobramentos, debruçou-se sobre a alimentação adequada de crianças e adolescentes, vistos como seio e futuro da sociedade. Ao final, demonstrar-se-á, também de forma cronológica, o desenvolvimento do DHAA no contexto nacional e sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, analisando-se como veio a tornar-se um direito fundamental no país.

## 2 OS PREFIXOS DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA (DHAA)

A nível internacional, são compreendidos como Direitos Humanos, essencialmente, aqueles direitos básicos e inerentes a todo e qualquer cidadão, sem quaisquer distinções raciais, étnicas, religiosas, econômicas, dentre outras possíveis diferenciações (COLUCCI; TONIN, 2008, p. 2324). Conforme Aragão (1990, p. XVIII-XIX), os direitos salvaguardados ao homem nascem com ele e a ele permanecem inerentes durante toda sua jornada em sociedade. Estes direitos, quando assimilados na Carta Política de um país, são tidos como Direitos Fundamentais (COLUCCI; TONIN, 2008, p. 2324), neste sentido, Bobbio (2004, p. 1) afirma que “o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das constituições modernas”, ao

encontro vai o apontamento de Comparato (2015, p. 24), ao dizer que na atualidade “os homens nascem livres e iguais em dignidade e direito”.

Neste rol de direitos sociais a serem assegurados e protegidos pela comunidade internacional está incluso o Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA). Conceitualmente, dá-se através da garantia de acesso à alimentação básica, segura e nutritiva, em quantidade e qualidade suficientes, assim como “acesso aos recursos e aos meios para produzir ou adquirir alimentos seguros e saudáveis que possibilitem uma alimentação de acordo com os hábitos e práticas alimentares de sua cultura, de sua região e de sua origem étnica” (VALENTE, 2002, p. 37-40).

Historicamente, as insurgências com o fito de assegurar a subsistência humana partiam de reivindicações dos povos diante da pobreza e desigualdade social *versus* a ausência de responsabilização dos governantes pela ocorrência destes fatos. Ao tratar do assunto, Chehab (2010, p. 1-2), cita marcos que contribuíram para que a população passasse a questionar a respeito da inexistência de normas que garantissem seus direitos, tais como a obra *O Contrato Social*, de Rousseau, de 1762, a Revolução Francesa de 1789, a obra *O Manifesto Comunista*, de 1848, de Marx e Engels, dentre outras. Com esta reflexão, a humanidade passou a buscar, de algum modo, resolução para os conflitos originados das distorções havidas entre as normas e a realidade social. Iniciou-se o despertar para discussões acerca da produção e garantia de alimentos, que com o passar dos anos perdiam a característica de caridade do Estado para tomar o posto de garantia estatal (CHEHAB, 2010, p. 2-4).

No que tange aos instrumentos internacionais, autores como Beurlen (2004) e Ferreira (2010) apontam que as primeiras grandes diretrizes a assegurar de fato direitos humanitários e, conseqüentemente, ainda que de forma implícita, o direito à alimentação segura e nutritiva, foram as Convenções de Genebra. Beurlen (2004, p. 44-46), assevera, citando Jean Ziegler, que o primeiro documento internacional a mencionar direito à alimentação foi a Convenção de Genebra, em 1864, que tratava dos direitos aos presos de guerra “garantindo, entre outros, o fornecimento de água e comida”, embora não com a abrangência atual. Já Ferreira (2010, p. 24-25), aponta que “a Convenção de Genebra, de 1929, pode ser considerada um dos primeiros instrumentos internacionais a perceber as necessidades humanas relacionadas à alimentação e à nutrição como direito humano”.

Passando ao ano de 1945, importante referir neste contexto histórico a união dos Estados na construção de um mundo pós-guerra, visando organizar a sociedade internacional em defesa da dignidade humana. Consolidava-se, por meio da assinatura da Carta das Nações Unidas, o anseio por uma comunidade internacional baseada na paz e segurança (COMPARATO, 2015, p. 225-230). O rastro deixado pelas

duas grandes guerras afetou significativamente o DHAA; a fome, desdobramento da pobreza, produto das guerras, passou a assolar diversas sociedades, tornando-se um problema mundial a ser combatido, criou-se, então, em 1945, a Organização Das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO) (FERREIRA, 2010, p. 23-25).

Nesta linha, Chehab e Lopes (2013, p. 227) afirmam que a criação da FAO resultou de um conjunto de esforços internacionais, servindo como “elemento catalisador da conjuntura alimentar no mundo e das ações que deveriam ser implementadas para o enfrentamento progressivo da fome”. Para Chehab e Lopes (2013, p. 227-228), ainda que tenha sido a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) o instrumento que formalizou a segurança nutritiva como direito e universalizou a sua obrigatoriedade, foi a FAO a genuína precursora das discussões sobre DHAA, mesmo tendo como principal viés o da erradicação da fome, inclusive, tendo a FAO objetivos e ações assemelhados e precedentes aos da Declaração (CHEHAB; LOPES, 2013, p. 227-228).

Posta de lado a discussão sobre a precursoriedade, a DUDH, aprovada em 1948 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), foi um marco na evolução do direito humano à alimentação segura e nutritiva, na medida em que instituiu a proteção universal dos direitos do homem como “uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações”, servindo de base para democracias e constituições recentes de diversos Estados (ONU, 1948). O trinômio: direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, ganhou ênfase como uma das vertentes principais a reger os demais direitos a serem assegurados pela Declaração (ONU, 1948).

Introdutoriamente, o direito humano à alimentação foi considerado pela DUDH um desdobramento do direito à vida, interpretado através das disposições mais abrangentes e que tratavam em seu núcleo os direitos humanos como um todo (VALENTE, 2002, p. 18). Entretanto, o art. 25 da Declaração, considerado por doutrinadores, como Flávio Luiz Schieck Valente, Juliane Caravieri Martins Gamba, Zélia Maria Cardoso Montal e Flávia Piovesan, o ponto de partida à luta direta pelo DHAA, já cita especificadamente a segurança à alimentação:

ART. 25:

[...]

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, *inclusive alimentação*, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (ONU, 1948).

Ainda que seja reconhecida como norma a ser seguida por todos, Comparato (2015, p. 237-238), ao tratar da DUDH, aponta que a efetivação dos direitos do homem que ela buscava dependeu de outras fases a serem trabalhadas pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, com seu desenvolvimento em três etapas. Na primeira, caberia à Comissão a elaboração de uma declaração de direitos humanos, etapa esta que originou a DUDH. A segunda etapa, por sua vez, passaria a dedicar-se à produção de um documento com força jurídica que vinculasse os Estados ao cumprimento das disposições da Declaração. E, por fim, a terceira, objetivando a criação de mecanismos capazes de assegurar estes direitos e punir quem não os observassem, vinculada inteiramente à efetividade da norma e que, segundo o autor, ainda se encontra em desenvolvimento (COMPARATO, 2015, p. 238-240).

Como consequência da segunda etapa (de 1949 até 1966), a Comissão de Direitos Humanos da ONU debruçou-se, nas palavras de Piovesan, sobre “o processo de juridicização da Declaração”, isso se deu ao fato de, sob um enfoque estritamente legalista, a declaração não possuir força jurídica obrigatória e vinculante (PIOVESAN, 2013, p. 231-232). Frisa-se que esse enfoque legalista não é compartilhado pela doutrina majoritária. Assim como Piovesan, Comparato conclui que a tese sustentada sob o fato de a declaração ser apenas uma recomendação da ONU para seus membros peca por excesso de formalismo, já que o direito internacional há muito é constituído pelos costumes e princípios gerais do direito, ademais, “a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana” (COMPARATO, 2015, p. 239).

Independente da concordância da doutrina atual, o formalismo exigido à época deu origem a dois instrumentos internacionais de proteção ao DHAA: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), os quais, unidos à DUDH, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos (ONU, 1948). No dizer de Piovesan (2013, p. 232): “a Carta Internacional dos Direitos Humanos inaugura, assim, o sistema global de proteção destes direitos”.

### **3 A POSITIVAÇÃO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA COMO DIREITO HUMANO**

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos pode ser compreendido como “predecessor do direito humano à alimentação adequada”. Chehab e Lopes (2013, p. 229) atribuem tal característica pelo fato de o pacto ter conferido relevância es-

pecial ao direito à vida. Todavia, é o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ratificado pelo Brasil somente em 1992, o responsável pela promulgação enfática do DHAA, “em decorrência da sua vinculação com a matéria e a determinação de cogência das medidas de promoção à alimentação pelos estados-partes”, ou seja, por trazer explícito em seu texto normativo a relevância da alimentação segura e nutritiva, os instrumentos para cumprimento desta garantia, ainda que de forma superficial, como se verá adiante e, por fim, a “responsabilização do Estado ao seu acesso, promoção e proteção” (CHEHAB; LOPES, 2013, p. 230).

Inicialmente, pontua-se que o pacto corroborou com as premissas da DUDH, ao frisar, em seu art. 2º, que a proteção e promulgação do DHAA não ocorreriam a qualquer custo, ressaltando que a sua efetivação se daria sem a violação dos demais direitos humanos e de forma contrária a qualquer tipo de discriminação. Igualmente necessária, a menção no inciso I do artigo 10º, que traz em seu seio a proteção especial à criança e ao adolescente:

Art. 10: [...]

1. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei (BRASIL, 1992).

O inciso I parte da premissa de que as crianças e adolescentes necessitam de amparo especial para que, em um adequado nível de vida, desenvolvam-se de forma sadia e progressiva, o que culmina na necessidade de uma alimentação segura e nutritiva que assim os permita prosperar. Conforme Comparato (2015, p. 365-366), a solução para os apontamentos deste artigo parece estar intimamente ligada à “adequada conjunção de esforços, em nível internacional e nacional”.

De outro lado, o artigo 11º reitera o direito à alimentação como fazendo parte do direito de todo cidadão a ter um nível de vida adequado:

Art. 11:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para:

a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;

b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios (BRASIL, 1992).

[*Sic*]

No que concerne à análise dos artigos mencionados e transcritos, o grande destaque se deu ao artigo 11º, suprarreferido, que trouxe reforço ao que já recomendava a DUDH, porém instituiu uma definição própria ao direito humano à alimentação segura e nutritiva. Dito de outro modo, o DHAA deixou de ser visto apenas como um desdobramento lógico do direito à vida, para ser apontado como um dos direitos essenciais ao cumprimento dos demais protegidos na declaração universal, recebendo menção em redação própria (FERREIRA, 2010, p. 23).

Ainda, os Estados signatários do PIDESC assumem no pacto a obrigação de apresentar relatórios sobre as medidas adotadas frente à comunidade internacional, previsão expressa do inciso I do art. 16 e do caput do art. 23 (BRASIL, 1992). Em análise conjunta destes artigos, é possível concluir que o PIDESC se preocupou com a efetividade das suas disposições, na medida em que impôs regras gerais de cooperação internacional, como exemplo, o fato de “os Estados signatários do PIDESC ter a obrigação de adotar medidas para a realização progressiva dos direitos contidos no pacto e informarem periodicamente, às Nações Unidas, o progresso obtido” (LISBOA, 2013, p. 368).

Neste viés, o PIDESC, assim como a DUDH, impôs aos Estados-parte o dever de reconhecer e garantir um nível de qualidade de vida adequado a todos, inclusive por meio de conjunção internacional de esforços. Entretanto, diferente da declaração, o pacto asseverou que tal qualidade somente seria alcançada com alimentação em nível e quantidades adequadas, direcionando aos estados o dever de assegurar as mais abrangentes linhas de salvaguarda da subsistência humana, como: adequação e garantia de acesso dos meios de produção de alimentos, eficácia no uso de recursos naturais, distribuição e conservação adequadas de produtos alimentícios e, por fim, ainda que de forma secundária, a difusão de educação nutricional (ONU, 1966).

Nos anos que se seguiram, entre 1972 e 1974, com a escassez de alimentos, o DHAA perdeu seu enfoque propriamente de direito humano, para ser associado à estocagem de alimentos; de acordo com Valente (2002, p. 41), “passava a ser uma questão de produção de alimentos, e não de direito humano aos alimentos. A ênfase estava na comida e não no ser humano”. Somente com a superação da crise, ainda na década de 80, retomou-se o conceito de garantia de acesso à alimentação de qualidade, que ao fim da década de 90 foi ampliado ao incluir “questões relativas à qualidade sanitária, biológica, nutricional e cultural dos alimentos e das dietas”. Retomava-se, portanto, a busca originária do PIDESC, atentando à difusão da educação nutricional antes tratada em segundo plano (VALENTE, 2002, p. 41).

A premissa do DHAA como indissociável do direito à vida foi pontuada nas mais diversas diretrizes que se seguiram, onde se buscava a qualidade de vida, exigia-se, em consequência, direito humano à alimentação segura e nutritiva, pois o último é preexistente ao outro. Um relevante exemplo desta indissociabilidade é a Convenção Internacional sobre Direitos das Crianças (CIDC), vigente desde 1990, que, na qualidade de tratado internacional de proteção aos direitos humanos com maior número de ratificação (PIROTTA; PIOVESAN, 2014, p. 449), também trouxe em seus dispositivos o direito à alimentação como indispensável ao cumprimento dos demais direitos por ela protegidos:

Art. 24: [...]

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes devem envidar esforços para assegurar que nenhuma criança seja privada de seu direito de usufruir desses serviços de cuidados de saúde.

2. Os Estados Partes devem garantir a plena aplicação desse direito e, em especial, devem adotar as medidas apropriadas para:

*a. reduzir a mortalidade infantil;*

*b. combater as doenças e a desnutrição, inclusive no contexto dos cuidados primários de saúde mediante, inter alia, a aplicação de tecnologia prontamente disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água limpa de boa qualidade, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental;*

*c. assegurar que todos os setores da sociedade, especialmente os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição da criança, as vantagens do aleitamento materno, da higiene e do saneamento ambiental, e as medidas de prevenção de acidentes; e que tenham acesso a educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos; (grifou-se) (ONU, 1989). [Sic]*

As crianças e adolescentes, na condição de partes hipossuficientes na relação sociedade e indivíduo, passaram a ter garantido amparo estatal para o seu desenvolvimento. Conforme Chehab e Lopes (2013, p. 231), estes passaram a ter “proteção integral do Estado em seu favor, a ser exercida por meio de direitos e garantias, dentre os quais, sublinham-se o acesso e a implementação de medidas promocionais à alimentação saudável”. A preocupação com a segurança alimentar não se fixou apenas na garantia de alimentos, o Estado passou a ter de adotar medidas à proteção alimentar das crianças desde o aleitamento materno, além de difundir os conceitos básicos, para pais e filhos, de nutrição e saúde, notavelmente um viés de precaução e prevenção (ONU, 1966).

O século XX prosseguiu com avanços significativos na definição de garantias dos direitos do homem, originados das mais diversas convenções e conferências convocadas pelas Nações Unidas. Alves (2001, p. 16) afirma que os anos 90 podem ser considerados “A Década das Conferências”, quando diversas convenções internacionais de grande relevância à promulgação e proteção dos direitos do homem foram sucessivamente tomando forma, tais como a Convenção sobre Diversidade Biológica, de 1992, Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena, em 1993, Conferência Mundial sobre o Direito das Mulheres, em 1995, entre outras. De destaque a este trabalho, a Conferência Internacional de Nutrição, em 1992, e a Cúpula Mundial de Alimentação de Roma, em 1996 (ALVES, 2001, p. 16-18).

Em 1992, a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a FAO, em esforços conjuntos, promovem a Conferência Internacional de Nutrição, segundo Hirai e Anjos (2007, p. 342), a partir daquele ano emergiu uma forte corrente em defesa da segurança alimentar, merecendo atenção em cinco grandes aspectos:

- A questão da Segurança Alimentar deve ser entendida como um direito humano básico à alimentação e à nutrição;
- Este direito deve ser garantido por políticas públicas e privadas;
- O papel do Estado é o de proteger o exercício desses direitos;
- A fundamentalidade da participação ativa e atuação da sociedade civil; nas situações e circunstâncias em que o Estado é incapaz de agir;
- A necessidade de romper com a tendência de opor o mercado e o Estado, entendendo que cada setor tem seu papel, cabendo à sociedade civil o compromisso de mediá-los [...] (HIRAI; ANJOS, 2007, p. 342).

De forma semelhante opina Valente (2002, p. 41-43), ao afirmar que a conferência reforçou a face humana do DHAA, incorporando ao conceito de segurança alimentar as questões básicas de saúde como abastecimento de água e saneamento, a promoção dos laços familiares, com o incentivo do preparo da alimentação em

família, aleitamento materno e com o fomento de apoio educacional ao acesso à informação.

Analisando os aspectos atentados por Hirai, Anjos e Valente é possível dizer que as ideias trazidas na conferência de 1992, em sua grande maioria, já eram pontuadas desde 1966, ainda com o PIDESC, todavia necessitavam de reforços e de amplo debate sobre a efetividade das normas onde estavam inseridas, ou seja, estas questões estavam já positivadas em diretrizes internacionais como PIDESC e CIDC, por exemplo, no entanto, necessitavam de amplitude e discussões mais aprofundadas sobre a efetividade no plano fático. Comparato (2015, p. 355), ao tratar do tema, aponta haver falhas na normatização do DHAA no que se refere a mecanismos de efetivação, a exemplo do PIDESC, que somente vinte anos depois de sua assinatura, criou um órgão de fiscalização e controle de aplicação de suas normas. A Conferência de 1992 reacendia o engajamento da comunidade internacional.

Em sequência aos debates sobre segurança alimentar, ocorreu no ano de 1996, em Roma, a Cúpula Mundial de Alimentação, destacando o binômio pobreza/fome como causa relevante de insegurança alimentar (ONU, 1996). Falava-se, novamente, em produção de alimentos, assim como na década de 70. Inclusive, impunham-se metas a serem cumpridas nos termos do plano de ação, havia a “finalidade imediata de reduzir à metade do nível atual, o mais tardar no ano 2015, o número de pessoas subnutridas, e efetuar uma avaliação periódica, com a finalidade de determinar se será possível alcançar esta meta até o ano 2010” (ONU, 1996). A fome assombrava a sociedade novamente e no plano de ação estavam dispostos meios para reverter esta situação (HIRAI; ANJOS, 2007, p. 337).

Ainda que tratando sobre a fome, a Cúpula Mundial manteve-se atrelada às ideias de sustentabilidade, nutrição, educação, saneamento, etc., ao apontar a necessidade de lapidação dos direitos relativos à alimentação constantes no PIDESC, assim como dos mecanismos estratégicos que cabiam aos Estados e a outros membros da comunidade internacional. Essa deficiência levantada pelos Estados-parte durante a Cúpula deu origem ao Comentário Geral nº 12 da ONU de 1999, que tratou especificadamente de interpretar o artigo 11 do PIDESC (ONU, 1999).

Entretanto, frisa-se, que dois anos antes, em 1997, três organizações não governamentais tomaram a dianteira no sentido de elucidar as questões trazidas no PIDESC e demais cartas que tratavam do DHAA. As organizações não governamentais FIAN *International*, WANAHHR e *Institute Jacques Maritain International* criaram o Código de Conduta Internacional sobre direito humano à alimentação. Juntas, as três ONGs deram vazo ao documento mais percuciente no tocante à necessidade de tornar nítidas as obrigações de todos os atores relevantes para a evolução do DHAA (EIDE,

2002, p. 221). A exemplo, em seus dispositivos, o Código de Conduta Internacional sinalizou direitos e deveres como: dever de garantir a toda mulher amamentação nos primeiros 6 (seis) meses de vida do filho, dever de legislar acerca da produção, conservação, fiscalização e distribuição de alimentos, além da proteção dos consumidores contra a desinformação nutricional e fraudes comerciais, dentre outras (VALENTE, 2002, p. 192-205). Da mesma forma, fez no contexto de cooperação internacional, sinalizando obrigações como: elaboração de regras de cooperação e fiscalização internacional, a título de exemplo, o envio de relatórios originados dos Estados-partes dando conta da evolução sobre o tema frente a ONU. Trouxe, ainda, debates acerca das responsabilidades de outros atores da comunidade internacional, inclusive dos cidadãos, em também engajar-se de forma responsável e assídua. O Código de Conduta supriu a carência apontada durante a Cúpula Mundial da Alimentação, todavia este não era um documento oficial (VALENTE, 2002, p. 195-205).

A fim de superar o impasse da não oficialidade do Código de Conduta, o Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, em 1999, concluiu então a elaboração do Comentário nº 12, que se alicerçou na minuta do Código de Conduta anterior (ONU, 1999). Contudo, “mesmo reconhecendo que o Comentário nº 12 clareia as obrigações dos Estados em promover o direito”, visivelmente este era mais abrangente que o Código de Conduta Internacional, deixando lacunas de responsabilidade, como por exemplo, das obrigações de outros entes da sociedade internacional, como Banco Mundial, o FMI, e a própria população (VALENTE, 2002, p. 175-176). Frente a isso, em 2002, o Código de Conduta, ainda que “não oficial”, já havia sido endossado por diversas entidades da sociedade civil, o que não caracterizou surpresa, já que a adoção de códigos de condutas era, e ainda é, prática corriqueira no âmbito internacional (VALENTE, 2002, p. 176-177).

Ao contrário *sensu*, desafios à adoção do código também foram trazidos ao debate. Os Estados Unidos, por exemplo, citavam o documento como possível criador de entraves internacionais, já que, sob sua tese, a criação de legislação interna sobre DHAA por cada membro adotante, como impunha o código, poderia resultar em divergências internacionais, como questões de exportação e importação de alimentos. Valente, em crítica ao posicionamento dos EUA, afirma que grande causa da não adoção do código, fora justamente a contrariedade da nação norte americana, uma das maiores contribuintes financeiras da ONU (VALENTE, 2002, p. 177-178).

Frente à não adoção do Código de Conduta de 1997 e as lacunas deixadas pelo Comentário Geral nº 12 de 1999, em 2004 após novo encontro da FAO, foram desenvolvidas as Diretrizes Voluntárias “em apoio à realização progressiva do direito à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar” (ONU/FAO, 2005), que

nada mais são do que um conjunto de orientações sobre o DHAA, para facilitar a compreensão e criação de mecanismos a ele referentes. A elaboração do documento, ainda que menos abrangente e de caráter voluntário, aproximou-se ao texto do Código de Conduta Internacional, objetivando “que a realização dos direitos humanos é fundamental para a efetividade de programas e políticas de diversas áreas como economia, comércio, educação, alimentação e nutrição” (LISBOA, 2013, p. 368).

A partir de então, uma corrente propositiva se desencadeou engajando de forma ativa a sociedade internacional a disseminar as normas do DHAA e dos direitos humanos como um todo. Segundo Valente (2002, p. 17), até então, havia na comunidade internacional um “vácuo de responsabilidade” que crescia na medida em que os Estados buscavam áreas de influência no cenário internacional. Assim, criou-se a obrigação ao cumprimento e defesa destes princípios, influenciando não só as relações interestatais, “como também a relação entre o Estado e os indivíduos sob sua jurisdição”, em consequente, o Estado que se submetesse a acompanhar as diretrizes internacionais de direitos humanos “vincular-se ia à promulgação da dignidade humana, liberdade e não discriminação em seu território”, sujeitando-se a atuar sob o olhar da comunidade internacional (VALENTE, 2002, p. 17).

Para finalizar a abordagem histórica do DHAA, traz-se um apontamento atual acerca deste direito, utilizando-se da afirmação de Margaret Chan (FAO/ONU, 2014), diretora Geral da OMS, durante a Segunda Conferência Internacional sobre Nutrição, ocorrida em 2014, que assim expôs:

O sistema alimentar mundial, com a sua dependência na produção industrializada e nos mercados globalizados, produz amplamente alimentos, mas cria alguns problemas para a saúde pública. Parte do mundo tem muito pouco para comer, deixando milhões vulneráveis à morte ou às doenças causadas por deficiências de nutrientes. Outra parte come em excesso, com a propagação da obesidade a fazer cair a esperança média de vida e a fazer subir os custos com cuidados de saúde para valores astronômicos (FAO/ONU, 2014).

A fala da diretora executiva da OMS pontua questões como a fome, já debatidas quando da criação da FAO em 1945, porém revela novas problemáticas como a obesidade, que de alguma forma já vinham “premeditadas” nos entraves sobre qualidade nutricional, travados ainda em 1966 com o PIDEESC. Não é só, em 2014 uma nova conferência sobre nutrição continua a debater os mesmos problemas já elencados em 2002, somados a outras dificuldades que surgem a partir do desenvolvimento da sociedade e da globalização. Debate-se, novamente, acerca de questões nutricionais, medidas para efetiva educação alimentar de pais e filhos, implementação

de sistemas alimentares sustentáveis, dentre outras questões, no entanto, deixam estas de ser coadjuvantes, como o eram outrora, para assumir um papel principal ao lado da erradicação da fome e pobreza (FAO/ONU, 2014).

Analisando o contexto histórico internacional exposto, chega-se à conclusão de que o direito à alimentação segura e nutritiva evoluiu ao longo de décadas, adquiriu personalidade e foi positivado em instrumentos internacionais. Entretanto, ainda que se tenha “o conhecimento, a experiência e os recursos necessários para superar todas as formas de nutrição inadequada”, como afirmou José Graziano da Silva, diretor geral da FAO, permanece em desenvolvimento (FAO/ONU, 2014) a, já citada, terceira fase da DUDH, apontada por Comparato (2015), que objetiva a criação de mecanismos capazes de assegurar de fato estes direitos e punir quem não os observa.

## **4 A POSITIVAÇÃO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA NO BRASIL: ANTECEDENTES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Superado o regime monárquico, foi com a primeira constituição republicana, vigente durante a chamada República Velha, que de forma singela introduziram-se direitos básicos à promoção da saúde e da assistência pública ao cidadão, proteções que oscilavam na medida em que de tempos em tempos era promulgada uma nova carta no país (CHEHAB; LOPES, 2013, p. 234-236). O DHAA tomou forma no Brasil a partir destes direitos básicos e, assim como em âmbito internacional, partiu de estudos com esforços canalizados na fome e pobreza.

Segundo Beurlen (2004), a primeira Carta Constitucional a referir os aspectos do DHAA em seu texto normativo foi a Constituição de 1934, que, com espírito democrático, debruçou-se sobre os direitos humanos, mais especificadamente, no que concerne ao direito à alimentação segura, em seu artigo 157 §2º que, apesar de ter como núcleo principal o acesso à educação, pontuou também a assistência alimentar como uma das garantias essenciais ao desenvolvimento educacional, conjuntamente à assistência médica e dentária. Em uma interpretação hermenêutica do dispositivo, é possível afirmar que de algum modo o texto constitucional estava sob um contexto de segurança alimentar, já que zelava por saúde, alimentação e higiene, três seguimentos cruciais da segurança alimentar atual.

Beurlen (2004, p. 60-61) afirma terem sido as constituições de 1934 e 1946 as precursoras a discorrer sobre direitos sociais. Para a autora, no tocante ao DHAA, as duas constituições tratavam o tema da alimentação sob o aspecto principal que posteriormente tratariam a DUDH e o PIDESC, qual seja, trazendo a alimentação ade-

quada “como integrante do direito a um modo de vida saudável, capaz de assegurar uma existência digna”.

Contudo, ressalva Siqueira (2011, p. 50), que em ambas as constituições estes direitos sociais “eram deslocados no capítulo da ordem econômica e social e, assim, enquadrados na categoria das normas de eficácia limitada”, portanto, dependiam de legislação futura para produção de efeitos, diferente da inclusão na atual Carta Magna do país, que os coloca na condição de direitos fundamentais, resolvendo “quaisquer dúvidas que possam pairar sobre a condição da eficácia”.

Em se tratando de normas infraconstitucionais, programas e políticas de alimentação e nutrição, em seu estudo acerca do tema, Silva aponta algumas medidas que foram tomadas com o intuito de influenciar nos estudos e na evolução do direito à alimentação e nutrição, tais como: em 1940 a criação do Serviço de Alimentação da Previdência Social (SAPS), com os encargos de promover alimentação gratuita e, quando não gratuita, de baixo custo aos trabalhadores e escolares, além de “proporcionar educação alimentar, formar pessoal técnico especializado e apoiar pesquisas sobre alimentos e situação alimentar da população” (SILVA, 1995).

Em continuidade às iniciativas já elencadas, Arruda e Arruda (2007, p. 320) apontam outros relevantes acontecimentos ocorridos no período entre a Era Vargas e o início da ditadura militar no Brasil: Criou-se

Em 1944, o Instituto Técnico de Alimentação (ITA), subordinado à Coordenação de Mobilização Econômica, que em 1946 é transformado em Instituto Nacional de Nutrição da então Universidade do Brasil; em fevereiro de 1945, pelo Decreto-Lei n. 7328, é criada junto ao Conselho Federal de Comércio Exterior a Comissão Nacional de Alimentação (CNA), transferida em 1949 para o Ministério da Educação e Saúde, investida em abril de 1951 nas funções de Comitê Nacional da Food and Agriculture Organization (FAO) e, em agosto de 1951, incumbida de assistir o governo na formulação da política nacional de alimentação, sendo extinta em 1972, quando da criação do Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição (INAN) (ARRUDA; ARRUDA, 2007, p. 321).

Em sua conclusão a respeito das medidas tomadas ao longo dos anos com escopo de buscar avanços no campo do direito à alimentação e nutrição, Silva (1995) menciona que, “apesar dos conhecimentos acumulados, da oferta de excedentes alimentares de outros países, das estruturas burocráticas que emergiram ao longo desses anos” e dos institutos de nutrição criados, pouco avanço era notado. Para o autor, a problemática da fome e falta nutricional era de tamanha complexidade e gravidade, envolvendo tantos aspectos (econômicos, sociais, geográficos, políticos), que a capacidade de pesquisa e treinamento avançado em nutrição humana não

conseguiu atingir o nível desejado. As medidas não prosperavam, mas o acúmulo de informações não deixava dúvida da gravidade da situação (SILVA, 1995).

Paralelo ao entrave normativo e de desenvolvimento de programas que abarcassem os problemas nutricionais no Brasil, consagrava-se o médico Josué de Castro como o grande pensador brasileiro a se ater ao tema da fome, da produção, distribuição e qualidade da alimentação. Conforme Hirai e Anjos (2007, p. 344), em 1946, o médico mapeou o quadro de fome através da obra *Geografia da Fome*, onde expunha a falta de alimentos e suas consequências como epidemia no país.

Afirma Valente (2002, p. 45) que a influência de Josué de Castro ultrapassou limites nacionais, tendo o médico, inclusive, representado o país perante a ONU com grande participação na criação da FAO; “Josué tentou mostrar o caráter intrinsecamente político e social da fome e de suas sequelas orgânicas, cobrando também soluções de cunho social para questão”.

Com o início da ditadura militar em 1964, o assunto fome tornou-se proibido, e mascarado, ainda que fosse ela parte representativa do cotidiano da população brasileira, Josué de Castro, que tinha há anos seus estudos utilizados como alicerce dos projetos governamentais direcionados à erradicação da fome e alcance de qualidade nutricional, foi expulso do país, ao tentar “tirar a fome de debaixo do tapete e colocá-la em debate” (VALENTE, 2002, p. 45).

Em meados da década de 70, o regime ditatorial se via pressionado pela comunidade internacional, a FAO buscava engajamento de toda a sociedade civil para combater a fome que mais uma vez assombrava o planeta. No âmbito do DHAA, Arruda aponta como relevantes à época a criação do Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição (INAN), em 1972, e a elaboração do I Programa Nacional de Alimentação e Nutrição (PRONAN), “envolvendo 12 subprogramas das diversas estruturas governamentais e, com olhar inovador da desnutrição como uma doença social, que foi substituído, em 1976, pelo PRONAN II”. Em análise feita em 2007 acerca da avaliação das políticas públicas, o autor, assim como Silva (2007), afirma ser o Brasil um país tradicionalmente marcado pela carência de procedimentos sistemáticos de efetivos resultados.

No final da década de 80, passados mais de 20 (vinte) anos de regime ditatorial, já havia no país manifestações constantes clamando democracia. Conforme Erhardt (2014, p. 5), o início da década de 90 foi um período de amplitude, em nível nacional, da identificação de diretrizes do DHAA e conceituação de Segurança Alimentar Nutritiva (SAN). Afirma a autora ter sido nesta época a adição do termo “nutricional” à expressão segurança alimentar, “abrangendo, dessa forma, questões relativas à qualidade sanitária, biológica, nutricional e cultural dos alimentos e das refeições in-

dividuais e coletivas". Ainda, retomava-se com mais afinco questões relacionadas à equidade, justiça, relações éticas e sustentabilidade (ERHARDT, 2014, p. 5).

A Lei da Anistia de 1979 propiciou a abertura política nacional, culminando na Constituição de 1988, a Constituição Cidadã, onde o clamor por concretização dos direitos e garantias fundamentais seria atendido. Conforme Chehab e Lopes, a carta magna de 88 inaugurou um período ímpar na história brasileira, fundamentando o seu exercício na cidadania e na dignidade da pessoa humana, realocou os direitos e garantias fundamentais para logo após o primeiro título, "tal medida, embora pareça de importância secundária, cunhou uma mensagem emblemática aos gestores públicos e à sociedade em geral acerca dos novos tempos de prevalência democrática e de respeito ao ser humano" (CHEHAB; LOPES, 2013, p. 236-237).

## **5 MARCOS ORIENTADORES DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO NO BRASIL: PÓS CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988**

A constituição de 1988 trouxe, ao longo do seu texto normativo, a defesa e promulgação dos valores inerentes à vida, à igualdade e à dignidade. A esta altura, já se reconhecia que nenhum destes direitos seria plenamente alcançado sem que houvesse alimentação adequada para a população (CHEHAB; LOPES, 2013, p. 237).

Siqueira (2011, p. 52-54), ao tratar do assunto, aponta que ainda que o texto original da constituição não trouxesse o termo "direito à alimentação adequada" de forma expressa, o último se via abordado como preexistente ao direito à vida, salvaguardado no artigo 5º, e ao direito à saúde, previsto nos artigos 6º e 196, ambos da Constituição Federal. Na interpretação do autor, o direito à saúde "enquanto direito fundamental intimamente ligado ao direito à vida" tem o DHAA como fator de suma importância a sua efetividade, vez que, dentre outros fatores, é a alimentação segura e nutritiva pilar essencial à saúde plena (SIQUEIRA, 2011, p. 53).

De igual modo, é o pensamento de Magalhães (2012, p. 74-75), ao afirmar que a construção normativa do direito humano à alimentação adequada se deu também pela interpretação de outros dispositivos constitucionais como os artigos 7º, inciso IV, 200, inciso VI. Dos artigos 7º e 200 da Constituição é possível interpretar que o direito à alimentação se encontra abarcado em outros direitos básicos, à exemplo, o direito de todo trabalhador a ter um salário mínimo que garanta a sua subsistência, capaz de resguardar uma alimentação básica a si e sua família, o artigo 200 por sua vez, traz o DHAA caracterizado em um dever do estado de fiscalizar e inspecionar o teor nutricional dos alimentos, um viés de proteção e precaução.

Magalhães (2012) aponta o art. 227 da Constituição, no qual, da mesma forma, o direito à alimentação vem assegurado com contorno subjacente à um direito expresso, neste caso a proteção primaz à criança e ao adolescente. O texto normativo elenca direitos fundamentais que devem ser salvaguardados de forma prioritária à parcela infanto-juvenil, inclusive a alimentação, entretanto, ainda que elencados em importância equivalente, não há como imaginar a proteção plena dos outros direitos sem que preexista alimentação adequada e segura, tamanha a relevância do DHAA.

No tocante à efetividade, Siqueira (2011, p. 54) traz importante reflexão acerca do conteúdo normativo que, previsto em uma norma dirigente, atribui caráter imperativo aos seus dispositivos, ou seja, não é apenas uma previsão, são direitos prestacionais obrigatórios do Estado, “impondo a este a função básica e essencial de atuar, exercendo políticas e ações para promover a construção de uma nova ordem social, que vise o bem-estar de todos aqueles que estiverem no território nacional”.

Nesse sentido, Prates (2014, p. 59) aponta que a efetividade dos dispositivos da Constituição Federal tem significativa dependência da atuação conjunta da tríplice atuação do poder estatal, Judiciário, Legislativo e Executivo. O Poder Judiciário julgando litígios que possam envolver cidadãos entre si, cidadãos e o poder público ou mesmo órgãos do poder público, inclusive, por vezes, o poder judiciário sugerindo como deve atuar o poder executivo, ao julgar litígios que o envolva. Depois, o Poder Legislativo, que por sua vez, cumpre a importante prerrogativa de criar e alterar o ordenamento jurídico, para fomentar políticas e programas estatais em prol do DHAA, “ou ainda para tornar mais exequível à exigibilidade e a justiciabilidade de tal direito”, e por fim, fechando a tríade, o Executivo que, segundo o autor, “possui, mais do que qualquer outro, aqueles três deveres fundamentais que o Comentário Geral Nº 12 do CDESC sugere aos Estados-parte do PIDESC: respeitar, proteger e satisfazer (prover + facilitar) o Direito Humano à Alimentação Adequada” (PRATES, 2014, p. 59-60).

Em se tratando de normas infraconstitucionais, Beurlen (2004, p. 70), relacionando a legislação nacional que teve impacto ao desenvolvimento do DHAA, aponta acontecimentos relevantes a este estudo, como o advento da Lei nº 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), assegurando o direito à alimentação desde o aleitamento materno, assim como fez a Consolidação das Leis Trabalhista (CLT), que em seus dispositivos também garante proteção à amamentação. Ainda, a Lei nº 8080/90 – Lei Orgânica da Saúde, que trouxe atuações específicas sobre vigilância alimentar e nutricional, como controle de qualidade de produção, consumo de alimentos, além de estipular a obrigação estatal nas políticas de defesa à saúde e segurança alimentar (BEURLEN, 2004, p. 70).

Corroborando, Hirai e Anjos (2007, p. 346-348) observam para uma fragmentação constante das leis e políticas públicas direcionadas à alimentação, com demasiada criação e extinção de organismos, como o Conselho Nacional de Segurança Alimentar (CONSEA), criado em 1993, o qual realizou a I Conferência Nacional da Alimentação e Nutrição, e foi interrompido em 1995, a extinção do INAN, em 1997, e a manutenção constante de programas de distribuição de cestas básicas de forma instável e, geralmente, sujeitos ao calendário eleitoral. Apontam, já nos primeiros anos do século XXI, para a também constante e sucessiva criação e substituição de políticas públicas relacionadas ao combate à fome e pobreza, como Bolsa Alimentação, Bolsa Família, Fundo de Combate à Pobreza, políticas de uso da terra, de alimentos modificados, etc (HIRAI; ANJOS, 2007, p. 2007, p. 348-349).

Nesse sentido, Arruda e Arruda (2007, p. 324), ao analisarem os anos de políticas públicas e construção da legislação infraconstitucional relacionadas ao DHAA, apontam quatro grandes problemáticas no país:

- a) superar a visão de que segurança alimentar e nutricional é a mesma coisa que combate à fome;
- b) superar a visão de que a Política de Segurança Alimentar e Nutricional é uma política setorial, fazendo-se necessário agregar experiências e ter flexibilidade para compreender as especificidades regionais;
- c) superar a visão paternalista/assistencialista que permeia a sociedade brasileira e as ações governamentais, cabendo ativar a participação comunitária, para que os usuários utilizem os serviços, ajudem a promovê-los e sugiram mudanças;
- d) superar a incompreensão da importância do desenvolvimento de ações de segurança alimentar e nutricional em todos os níveis, e de que a sociedade organizada em Estado tem obrigações em relação à garantia do direito humano à alimentação e nutrição para todos, mas que todas as pessoas também têm responsabilidades (ARRUDA; ARRUDA, 2007, p. 324).

Pode-se constatar que o início dos anos 2000 foi de entrave nacional acerca da compreensão do DHAA, assim como havia ocorrido em âmbito internacional, onde há muito se discutia sobre a diferenciação entre combater à fome e alcançar SAN. Valente, ao discorrer sobre o tema, expõe ser a luta contra a fome apenas o iniciar da busca pelo DHAA. SAN consiste em mais que o simples acesso ao alimento em quantidade suficiente, cabendo observar aspectos mais diversos, como nutricionais de uma dieta balanceada, regulamentação e fiscalização de produção, conservação e distribuição de alimentos, questões acerca de qualidade sanitária, incentivo ao estilo de vida saudável, respeito às práticas alimentares culturais de cada região, acesso à

educação e informação nutricional, entre outros. Nos dizeres do autor, “o ser humano precisa de muito mais do que uma ração básica nutricionalmente balanceada, que pode ser válida para gado de corte, mas não para gente” (VALENTE, 2002, p. 38-39).

A reativação do CONSEA em 2003, órgão de caráter consultivo e de assessoramento à Presidência da República, integrante do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), mesclando representantes governamentais e membros da sociedade civil, com a função de “formulação, monitoramento e avaliação de políticas públicas de segurança alimentar e nutricional, com vistas a promover a realização progressiva do DHAA”, mostrou a conjunção de esforços entre governo e sociedade, superando, em parte, a ausência de responsabilização do restante da sociedade para obtenção dos resultados esperados para evolução DHAA (BRASIL, 2017).

Ainda, neste sentido de consolidar a ideia de sociedade e governo unidos em um só propósito, em 2004 aconteceu em Olinda/PE a II Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, a qual teve como uma das principais deliberações a proposta de criação de uma lei que tratasse da segurança alimentar no país, “na época, cerca de 1,3 mil participantes decidiram que a segurança alimentar deveria ter respaldo legal, como já ocorria com a saúde”. Sob a coordenação do CONSEA, a proposta de lei foi elaborada, de forma participativa, sendo aprovada em 2006 a chamada Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (11.346/06), conhecida como LOSAN (BRASIL, 2011).

A LOSAN “cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada”, estabelecendo definições, princípios, diretrizes e objetivos do SISAN, inclusive, relativos à composição e atuação do CONSEA como sendo um órgão essencial ao sistema nacional. Dentre suas várias especificações, é de suma importância a disposição do artigo 3º, ao trazer a definição de Segurança Alimentar e Nutricional (BRASIL, 2006), que assim dispõe:

Art. 3º A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis (BRASIL, 2006).

O respaldo legal oferecido pela LOSAN tornava as definições do que consiste o DHAA e a SAN, já internacionalmente estabelecidas, finalmente, mais palpáveis a

nível nacional ao serem esclarecidas em legislação específica. Incorporava-se definitivamente a ideia de alimentação suficiente, protegida e segura sob todos os enfoques: nutricional, social, ambiental, educacional, cultural, econômico, sustentável, há muito apontados como essenciais por estudiosos do tema como Castro, Valente, Beurlen e outros.

Quatro anos após, em 2010, o DHAA foi inserido no rol de direitos sociais, disposto no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal, tal inovação se deu através da Emenda Constitucional nº. 64/2010. A partir da emenda não seria mais necessário empreender uma extensa “construção argumentativa para evidenciar o caráter de direito fundamental da alimentação”, esse direito passou a estar positivado expressamente na mais importante diretriz normativa do país. Segundo Magalhães, a alteração do texto constitucional para incluir o DHAA como direito social representou “todos os esforços exarados pelos estudiosos do direito constitucional – ou talvez dos direitos humanos – no sentido de demonstrar a natureza fundamental do direito à alimentação” (MAGALHÃES, 2012, p. 74-75).

Interessante para compreender a evolução e a problemática do DHAA é a análise de duas recentes notícias veiculadas no site do CONSEA, abarcando inclusive a alimentação de crianças e adolescentes. A primeira, com publicação em 14 de junho de 2017, abarca a venda de produtos industrializados considerados nocivos à saúde dentro de escolas, mais precisamente o refrigerante. A notícia aponta que apesar de estar na lista de alimentos não recomendados do *Guia Alimentar da População Brasileira*, do Ministério da Saúde (BRASIL, 2014), “o refrigerante é vendido livremente dentro de escolas públicas e particulares, ou seja, onde estão as crianças e adolescentes, partes hipossuficientes em uma relação de consumo, mais ainda em uma relação que envolva atenção às questões nutricionais” (BRASIL, 2017b).

A segunda notícia divulga acordo voluntário firmado entre o Ministério da Saúde e as associações da indústria alimentícia, para a redução de sódio em produtos industrializados como prevenção às doenças crônicas, comentada sob o olhar de uma conselheira do CONSEA. Entre suas críticas a conselheira aponta para o fato de não haver punição para quem descumprir o acordo, visto seu caráter voluntário. Por fim, faz uma relevante observação ao afirmar que a ação é válida, todavia, para a prevenção de doenças, “é necessária a adoção de uma série de outras medidas, como a questão da rotulagem dos produtos alimentícios industrializados e a efetivação da proibição da publicidade dirigida às crianças” (BRASIL, 2017b).

Analisando todo o contexto histórico pontuado, conjuntamente às duas notícias veiculadas, verifica-se que, a partir da normatização do DHAA em 2006, houve um crescente incentivo ao desenvolvimento humano dentro de um estilo de vida mais

saudável e, conseqüentemente, à promulgação de mecanismos capazes de assegurar a SAN como um todo, e, quando não, pelo menos capazes de incentivá-la, mesmo que por vezes falho, vez que a população permanece à mercê de políticas e legislações igualmente falhas, que ainda necessitam da criação de projetos paralelos para sua complementação, o que prejudica a real efetividade destes mecanismos.

O que não se pode deixar de reconhecer é que o engajamento da sociedade brasileira e do Estado frente à garantia de que todo cidadão tenha acesso e proteção do seu DHAA, em todos os seus aspectos, é constante e crescente no país. O Brasil é considerado pela FAO uma potência emergente de inovações à segurança alimentar (BRASIL, 2017b).

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir das várias conceituações apresentadas por estudiosos do tema, como Beurlen, Valente e Piovesan, conclui-se que o DHAA se dá através da garantia de acesso à alimentação básica, segura e nutritiva, em quantidade e qualidade suficientes, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis. Esta conceituação de DHAA se mostrou ampla, abrangendo vários aspectos da alimentação, portanto, ao DHAA não basta a simples oferta de qualquer alimento, no entanto, depreende-se do estudo histórico apresentado, que nem sempre assim o foi.

Os prefixos do DHAA iniciam muitos antes dos debates acerca de nutrição e adequação alimentar, pode-se dizer que a primeira feição do DHAA se deu extritamente sob o enfoque do “não passar fome”, ou seja, com o final da Segunda Grande Guerra, pensava-se em erradicação da fome e da pobreza por ela deixados, atendo-se em segundo plano ao valor nutricional e demais aspectos do DHAA, traço que só veio a evoluir a partir de 1966, com o primeiro grande pacto a debruçar-se sobre as questões nutricionais da alimentação, avançando com as diversas diretrizes que se seguiram.

Da mesma forma, mostrou-se a evolução em nível nacional, onde oscilavam os enfoques à medida em que cartas magnas eram substituídas e criavam-se novas diretrizes sobre saúde pública no país. O tema galgou espaço e consolidou-se com a promulgação da constituição de 1988, que trouxe ao longo do seu texto normativo a defesa dos valores inerentes à vida, a esta altura, já se reconhecia que direitos sociais não seriam plenamente alcançados sem que houvesse alimentação adequada e suficiente para toda a população.

Das legislações trazidas, conclui-se de suma importância o respaldo legal oferecido pela LOSAN, que tornou as definições do que consiste o DHAA e a Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), já internacionalmente estabelecidas, finalmente, mais palpáveis a nível nacional, ao serem esclarecidas em legislação específica. Igualmente, mostrou-se bastante relevante a inserção do DHAA no rol de direitos sociais, que se deu através da Emenda Constitucional nº. 64/2010. A partir da Emenda, deixou de se ver a necessidade de empreender extensas construções argumentativas sobre DHAA; a natureza fundamental do direito à alimentação passou a ficar estampada na Constituição Federal.

Assim como em âmbito internacional, os conceitos e proteções ao DHAA em modo geral têm se desenvolvido com reconhecido crescimento, entretanto, ainda há no país uma atuação demasiadamente enfatizada no problema já existente. As políticas públicas brasileiras parecem ser criadas a partir de diagnósticos negativos, no sentido de corrigir ou estagnar problemas já identificados, e não com a intenção de prevê-los e atuar na precaução.

Ainda que observados aspectos positivos e significativos de evolução da segurança alimentar e nutricional, é preciso frisar que esta segue dependendo da conjunção de esforços constantes da comunidade internacional e nacional, por exigência da própria evolução da sociedade civil, que muda seus hábitos continuamente, inclusive os alimentares. O acesso ao DHAA não fica estagnado a simples compreensão e positivação do direito, vez que na medida em que há essa evolução global, os direitos do homem também criam aspectos, e precisam superar obstáculos contemporâneos a sua proteção e promulgação.

Não há dúvidas do tamanho da complexidade e da necessidade de conjunção de estudos e esforços de toda a sociedade para chegar-se ao objetivo de alcance satisfatório de SAN, inclusive, para aqueles que possuem acesso à alimentação, mas ainda assim não tem o DHAA garantido.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Relações internacionais e temas sociais**: A década das conferências. Brasília: FUNAG e IBRI, 2001.

ARAGÃO, Edselma Regina. **Direitos Humanos do Mundo Antigo ao Brasil de Todos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ARRUDA, Bertoldo Kruse Grande de; ARRUDA, Ilma Kruse Grande de. Marcos referenciais da trajetória das políticas de alimentação e nutrição no Brasil. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**, Recife, v. 7 n. 3, jul./set. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbsmi/v7n3/11.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de Julho de 1934**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Assembleia Nacional Constituinte. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional –LOSAN, nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Portal Brasil. **Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional completa 5 anos**. Publicado em 15 set. 2011. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2011/09/lei-organica-de-seguranca-alimentar-e-nutricional-completa-5-anos>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Guia Alimentar Da População Brasileira**. 2. ed. Brasília: 1. reimpr. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia\\_alimentar\\_populacao\\_brasileira\\_2ed.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_alimentar_populacao_brasileira_2ed.pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA). **O que é o CONSEA?** Publicado em 29 maio 2017. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/acesso-a-informacao/institucional/apresentacao>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA). **Curso da FAO sobre alimentação destaca ações e programas brasileiros**. Publicado em 05 mai. 2017. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2017/curso-da-fao-sobre-alimentacao-destaca-acoes-e-programas-brasileiros>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Apresentação de Celso Lafer. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 13. tirag. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BEURLEN, Alexandra de França. **O Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil**. 2004. 260 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife- PE, 2004. Disponível em: <[http://www.repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/1234\\_56789/4171/arquivo5071\\_1.pdf](http://www.repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/1234_56789/4171/arquivo5071_1.pdf)>. Acesso em: 21 mar. 2018.

CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. O Direito Humano à Alimentação Adequada: contexto histórico, definição e notas sobre sua fundamentalidade. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Fortaleza no período de 09 à 12 de Jun. 2010. **Anais...** Fortaleza, 2010. Disponível em: <[www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais\\_fortaleza/3430.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais_fortaleza/3430.pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2018.

CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos; LOPES, Ana Maria D'Ávila. Legislação internacional e nacional do direito fundamental à alimentação adequada. In: TRAMONTINA, Robison; NERY, Rogério; SCHNEIDER, Yuri (Org.). **Relações de trabalho e seguridade social no Brasil e na Alemanha:**

Tommo II. Joaçaba: Unoesc, 2013.

COLUCCI, Maria da Glória; TONIN, Marta Marília. Direito Humano à Alimentação Adequada e a Segurança Alimentar e Nutricional da Criança e do Adolescente. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Florianópolis, 2008, p. 2323-2337. **Anais...** Florianópolis, 2008. Disponível em: <<http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IscScript=iah/iah.xis&src=google&base=REPIDIS-CA&lang=p&nextAction=Ink&exprSearch=180163&indexSearch=ID>>. Acesso em: 22 abril. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. 9. ed. São Paulo: Sarai-va, 2015.

ERHARDT, Caroline. O direito humano à alimentação adequada como direito fundamental. Jornada de Estudos e Pesquisa em Bioética, Programa de Pós-Graduação em Bioética, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2014. **Anais...** Curitiba: PUCPR, 2014. Disponível em: <<http://jorneb.pucpr.br/wp-content/uploads/sites/7/2015/02/O-DIREITO-HUMANO-%C3%80-ALIMENTA%C3%87%C3%83O-ADEQUADA-COMO-DIREITO-FUNDAMENTAL.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

EIDE, Asbjorn. A realização dos direitos econômicos sociais e culturais- O direito à alimentação adequada e a estar livre da fome. In: VALENTE, Flavio Lutz Schieck (Org.). **Direito Humano à Alimentação: desafios e conquistas**. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 207-260.

FERREIRA, Monica Gomes. **Direito Humano à Alimentação Adequada**. 2010. 54 f. Monografia (Especialização em Política e Representação Parlamentar) - Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados (CEFOR), Brasília, 2010. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5810/direito\\_alimentacao\\_ferreira.pdf?sequence=4](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5810/direito_alimentacao_ferreira.pdf?sequence=4)>. Acesso em: 22 abr. 2018.

HIRAI, Wanda Griep; ANJOS, Flávio Sacco. Estado e segurança alimentar: alcances e limitações de políticas públicas no Brasil. **Revista Textos & Contextos**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 335-353, jul./dez. 2007.

LISBOA, Renata Cardoso. Direito Humano À Alimentação Adequada. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte. v. 21, n. 39, p. 365-374, out. 2013. Disponível em <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1464>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

MAGALHÃES, Gabriel Gomes Canedo Vieira de. **Direito fundamental social à alimentação e sua efetivação pelo Poder Judiciário**. 2012. 135 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Público) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13213/1/DireitoFundamentalSocial.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA (FAO/ONU). **Objetivos estratégicos da FAO**. 1964. Disponível em: <<http://www.fao.org/about/es/>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

----- . **Voluntary Guidelines** - to support the progressive realization of the right to adequate food in the context of national food security. Roma, 2005. Disponível em: <<http://www.fao.org/g/3/b-y7937o.pdf> >. Acesso em: 22 abr. 2018.

----- . **Países comprometem-se a combater a nutrição inadequada através de políticas e ações fortes**. 19 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.fao.org/news/story/pt/item/266634/icode/>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral das Nações Unidas. Comitê de Redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Proclamada em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Aprovado em 19 dez. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Declaração de Roma Sobre a Segurança Alimentar Mundial & Plano de Ação da Cúpula Mundial da Alimentação**. Aprovada em 17 nov. 1996. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/FAO-Food-and-Agriculture-Organization-of-the-United-Nations-Organizacao-das-Nacoes-Unidas-para-a-Alimentacao-e-a-Agricultura/cupula-mundial-de-alimentacao-declaracao-de-roma-sobre-a-seguranca-alimentar-mundial-a-plano-de-acao-da-cupula-mundial-da-al.html>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos. **Comentário Geral nº 12 de 1999** - O direito humano à alimentação (art.11). Traduzido por José Fernandes Valente. Disponível em: <<http://fianbrasil.org.br/novo/wp-content/uploads/2016/09/Coment%C3%A1rio-Geral-12.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti; PIOVESAN, Flávia. Os direitos humanos das crianças e dos adolescentes no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRATES, Lucas Eduardo Allegretti. **O Direito Humano à Alimentação Adequada e a questão agrária: lutas contra a fome no Brasil e na Índia**. 2014. f 107. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná Curitiba, Paraná, 2014. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/37769/85.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Direito à alimentação adequada e desenvolvimento humano: a possibilidade de justiciabilidade da temática e a concreção da dignidade da pessoa humana. **Revista Lex Humana**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=940>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

SILVA, Alberto Carvalho da. De Vargas a Itamar: políticas e programas de alimentação e nutrição. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 9, n. 23, jan./abr. 1995. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141995000100007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000100007)>. Acesso em: 21 abr. 2018.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. O Direito Fundamental à Alimentação Adequada e suas consequências na ordem jurídica brasileira: Uma interpretação sob o viés da efetividade. **Revista Argumenta** – UENP, n. 15, p. 41-57, 2011. Disponível em: <<file:///F:/PESQUISA,%20ARTIGOS,%20INICIA%C3%87%C3%82O%20CIENT%C3%8DFICA/KINGSTON/ARTIGOS%20CIENT%C3%8DFICOS%20ENVIADOS%20EM%202018/J%C3%89SSICA/198-393-1-SM.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

VALENTE, Flavio Lutz Schieck. **Direito Humano à Alimentação: desafios e conquistas**. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

# **O REGRAMENTO INTERNACIONAL DO COMBATE AO TERRORISMO NO ÂMBITO DAS NAÇÕES UNIDAS**

## **Débora da Silva Monteiro**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: [monteiro\\_057@hotmail.com](mailto:monteiro_057@hotmail.com).

## **Daniel Sica da Cunha**

Doutor em Direito pela  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.  
Professor na Universidade Feevale.  
E-mail: [danielscunha@feevale.br](mailto:danielscunha@feevale.br).

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos últimos anos, especialmente a partir do marco histórico dos atentados de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, pôde-se constatar um aumento no número de atos de terror em diversos países, com um número significativo de vítimas na população civil, gerando uma crescente preocupação da comunidade internacional e reflexões sobre a eficiência das normas jurídicas vigentes para combater o denominado terrorismo internacional.

No âmbito do direito internacional, considerando que cabe às Nações Unidas a primordial função de manter a paz e a segurança internacionais, o Conselho de Segurança assumiu relevante papel na aplicação das normas de combate ao terrorismo, buscando fundamentar juridicamente e politicamente as ações de Estados contra grupos terroristas.

Nesse contexto, a presente pesquisa objetivou apresentar o atual regramento internacional do combate ao terrorismo e especificamente analisar qual fundamentação tem sido utilizada pelo Conselho de Segurança a fim de justificar legalmente as ações de Estados contra grupos terroristas, especialmente ponderando as exceções ao princípio da proibição do uso da força no direito internacional, presentes na Carta das Nações Unidas.

Utilizou-se como marco legal da atual normativa de combate ao terrorismo internacional a Resolução nº 1.368 do Conselho de Segurança, que em 12 de setembro de 2001, extraordinariamente, reconheceu o direito de legítima defesa individual ou coletiva, autorizando a resposta armada norte-americana com fundamento no artigo 51 da Carta das Nações Unidas, o que ensejou diversos questionamentos na comunidade internacional acerca da correta extensão de referido dispositivo normativo. Como forma de responder os questionamentos apontados, utilizou-se o método dedutivo, consistente em pesquisa bibliográfica, juntamente da pesquisa documental.

Para tanto, no primeiro momento será apresentado um estudo sobre a definição de terrorismo no âmbito jurídico e o marco legal internacional do combate ao terrorismo pós 11 de setembro de 2001. Na sequência, será feita uma análise sobre a proibição do uso da força no direito internacional com base na Carta das Nações Unidas e a interpretação dada pelo Conselho de Segurança.

## 2 A DELIMITAÇÃO LEGAL DO TERRORISMO NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO CONTEMPORÂNEO

Esta parte inicial objetiva realizar um estudo sobre a definição do terrorismo no âmbito jurídico e sociológico, bem como analisar o marco legal internacional do com-

bate ao terrorismo pós 11 de setembro de 2001. Assim, é de grande merecimento investigar e aprofundar qual o conceito de terrorismo e o seu marco legal após os ataques de 11 de setembro aos Estados Unidos, destacando o que será abordado neste capítulo, de forma a reduzir a dificuldade dos esforços internacionais contra o terrorismo, pois a falta de uma definição acaba dificultando o trabalho da Organização das Nações Unidas e dos Estados na luta contra esse fenômeno.

## 2.1 DEFINIÇÃO SOCIOLÓGICA E JURÍDICA DE TERRORISMO

O significado da palavra terrorismo possui relação com a história, a cultura e as políticas das nações e organizações internacionais, sendo quase impossível se entrar num consenso. Pode-se dizer que existem abordagens diferentes, como governamental, psicológica, religiosa, criminal e acadêmica. Em virtude disso, o terrorismo pode ser definido como um crime, como um ato de guerra, como um ato religioso ou como um ato político, destacando que não existe uma abordagem certa ou errada (ALCÂNTARA, 2012).

Neste sentido, observa-se uma grande dificuldade de conceituar o terrorismo, de modo que nenhum doutrinador desenvolveu uma definição exata e adequada acerca desse fenômeno (FRAGOSO, 1981, p. 05).

A palavra terrorismo vem do latim *terrere*, que significa tremer, e *detertere*, com o significado de amedrontar. Foi na Revolução Francesa, em 1793, que se utilizou pela primeira vez o termo terrorismo, e seu líder, Maximilien Robespierre, foi caracterizado pelo terror e intimidação. Nessa época, o termo terrorismo configurava um modo de atacar o Estado e as pessoas com meios violentos e intimidadores, sendo que o principal objetivo era passar medo e insegurança aos atingidos. Contudo, essas formas de violência e de ideais eram usadas desde a Roma antiga, porém era o Estado que se utilizava de métodos de terror para punir ou amedrontar a sociedade, tais como penas de morte e tortura. Assim, quem cometia algum crime ou desobedecia a alguma ordem da majestade, era alvo de aplicação desses métodos de terror (PRADO; CARVALHO, 2002, p. 421-447).

Porém, é a partir do final do século XX e início do século XXI que o terrorismo se torna uma das maiores ameaças à paz e à segurança das pessoas, ganhando mais poder e destaque com a globalização e o avanço da tecnologia, bem como com a divulgação da mídia em grande escala. Assim, o terrorismo, após a Guerra-Fria, deixou de ser promovido pelo Estado e passou a ser um terrorismo político, ideológico e religioso contra a população mundial (SIMIONI, 2008).

De acordo com a Organização das Nações Unidas (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2016), o terrorismo é inaceitável e injustificável em todas as suas formas:

Atos criminosos pretendidos ou calculados para provocar um estado de terror no público em geral, num grupo de pessoas ou em indivíduos para fins políticos são injustificáveis em qualquer circunstância, independentemente das considerações de ordem política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa ou de qualquer outra natureza que possam ser invocadas para justificá-los.

Nesse sentido, em 1994, a Declaração sobre as Medidas para eliminar o Terrorismo Internacional, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, afirma que terrorismo são atos criminosos com o intuito de causar pânico a um grupo de pessoas particulares ou num grupo em geral, com o propósito de atingir o governo, sendo injustificáveis os padrões políticos, ideológicos, filosóficos, raciais, étnicos, religiosos ou de outra natureza, estabelecendo que esses atos violam os princípios que a Organização das Nações Unidas estabelece (SCHMITT, 2015, p. 39-65).

Em outros países, pode-se destacar nas suas normas internas as definições trazidas pela Grã-Bretanha e pelos Estados Unidos. Através do *Terrorism Act 2000*, a lei britânica caracteriza o terrorismo como o uso de ameaça para influenciar e intimidar governos ou organizações internacionais, pessoas específicas ou público em geral, com o objetivo de promover uma causa política, religiosa ou ideológica, através de armas de fogo ou explosivos (REINO UNIDO, 2000). Já para o Departamento de Defesa dos Estados Unidos, terrorismo é o uso ilegal da força contra a população e governos, que tem por finalidade ameaçar ou intimidar, pretendendo atacar os objetivos políticos, religiosos ou ideológicos (MEDEIROS, 2011, p. 335-355).

No Brasil, o terrorismo pertence ao rol de crimes contemplados pela Lei de Segurança Nacional, sendo definido como crime político (BARROS, 2003, p. 22). A Lei nº 10.744/2003, que trata das responsabilidades civis perante os atentados terroristas com sequestro de aeronaves, conceituou atos terroristas, no seu artigo 1º, §4º, como “qualquer ato de uma ou mais pessoas, sendo ou não agentes de um poder soberano, com fins políticos ou terroristas, seja a perda ou dano dele resultante acidental ou intencional” (BRASIL, 2003).

A partir das diferentes definições legais, sejam em normas internacionais, sejam em normas internas (brasileiras ou estrangeiras), a doutrina traz as suas definições. Conforme leciona Mazzuoli (2012, p. 1110), “por terrorismo se entendem os atos violentos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, praticados de surpresa e geradores de terror, contra pessoas inocentes [...]”. Nesse passo, evidencia-se que o terrorismo é um tipo de crime que se caracteriza pelo grande pânico e tumulto que

é gerado à população, em que os terroristas empregam meios capazes de causar grande estrago e perigo geral, como o uso de explosivos, produtos tóxicos e agentes infecciosos, tendo como alvo os motivos políticos, ideológicos e sociais (FRAGOSO, 1981, p. 07).

Pela visão de Eugênio Diniz (2002), o terrorismo é um fenômeno social, em que se usa a ameaça ou o emprego de terror, com a finalidade de causar pânico. Logo, Diniz conclui que terrorismo é:

[...] o emprego do terror contra um determinado público, cuja meta é induzir (e não compelir nem dissuadir) num outro público (que pode, mas não precisa, coincidir com o primeiro) um determinado comportamento cujo resultado esperado é alterar a relação de forças em favor do ator que emprega o terrorismo, permitindo-lhe no futuro alcançar seu objetivo político - qualquer que este seja.

Joshua Sinai (2008), em seu artigo *How to define Terrorism*, caracteriza o terrorismo como:

O terrorismo é uma tática de guerra envolvendo premeditada, politicamente motivada, violência, perpetrada por grupos subnacionais ou agentes clandestinos contra qualquer cidadão de um Estado, de origem civil ou militar, para influenciar, coagir, e, se possível, causar mortes em massa e destruição física sobre os seus alvos. Ao contrário de forças de guerrilha, os grupos terroristas são menos capazes de derrubar os governos de seus adversários do que em infligir destruição indiscriminada ou discriminada com que eles esperam coagi-los a mudar de política.

Nesse raciocínio, a intenção dos atos terroristas é causar pânico e insegurança nas pessoas, deixando-as com medo de se tornarem vítimas dessas ações violentas e imprevisíveis. Acredita-se que os atos terroristas mesmo não sendo concretizados acabam deixando a sociedade instável, fazendo com que suas atividades sejam paralisadas, assoberbando os sistemas públicos e, conseqüentemente, causando prejuízos financeiros e psicológicos à população (CONSORTE, 2011).

O grande impasse que o direito internacional tem enfrentado para definir o conceito de terrorismo dá-se em razão dos diversos meios que ele abrange, desde diferentes motivações e diversas formas de como é executado (DONATO, 2010, p. 64). Atos terroristas se diferem das guerras. A guerra tem um objetivo claro, com declaração formal, é entre dois ou mais Estados com territórios, tendo como principal conceito a vitória. Já o terrorismo é um ato militar, realizado por qualquer pessoa ou rebelde, sem esperança de vitória e com o objetivo de causar grandes eventos que abalem a moral do inimigo (BORGES; AMARAL, 2014, p. 47).

Assim, a partir dessa análise de diferentes doutrinadores e regramentos nacionais e internacionais, constata-se que ainda não se chegou a um conceito certo de terrorismo. Nota-se que o terrorismo é praticado desde séculos passados, primeiramente pelo Estado contra a sociedade, com punições e torturas contra quem ia ao contrário de seus ideais ou infringia alguma regra, como por exemplo, a Alemanha nazista e a União Soviética de Stalin. Hoje, esses atos também são praticados contra o próprio Estado e a sociedade, destacando-se em comum os motivos políticos, religiosos e sociais, sempre com emprego de violência física ou psicológica, com a intenção de amedrontar e intimidar, causando mortes de inocentes. O terrorismo é uma forma de impor o poder, gerando pânico e medo, afetando a segurança e a paz mundial, atacando de surpresa, geralmente causando danos irreparáveis.

## 2.2 MARCO LEGAL INTERNACIONAL DO COMBATE AO TERRORISMO PÓS 11 DE SETEMBRO DE 2001

Há quase 17 anos a população mundial, principalmente a população dos Estados Unidos, foi surpreendida pelo maior ataque terrorista da história da humanidade, em que quase três mil pessoas morreram. A manhã do dia 11 de setembro de 2001 ficou marcada pela barbárie dos terroristas e pelo número de vítimas mortas e feridas. Terroristas pertencentes ao grupo Al-Qaeda, comandado por Osama Bin Laden, sequestraram quatro aviões comerciais de grande porte, tendo como alvos dos ataques as Torres Gêmeas do World Trade Center e o Pentágono. O quarto avião sequestrado caiu na Pensilvânia, não conseguindo realizar seu plano de ataque, levantando a suspeita de que o alvo seria a Casa Branca (ATENTADOS, 2016).

Os ataques de 11 de setembro de 2001 quebraram paradigmas até então existentes, tornando a ameaça terrorista como principal elemento definidor de políticas no cenário mundial desde então. A Organização das Nações Unidas passou a avaliar o terrorismo como um dos cinco principais problemas globais, juntamente do narcotráfico, aumento das armas de destruição em massa, migrações e agressões ao meio ambiente (ABIN, 2013).

Após esses eventos, passou-se a diferenciar o terrorismo *velho* do terrorismo *novo*. Essa diferenciação é feita, pois o terrorismo *velho* era concentrado em determinados espaços regionais, tendo menos abrangência, enquanto o terrorismo *novo* tornou-se uma ameaça à ordem e à paz mundial, usando alta tecnologia e novos meios para se abranger e se espalhar, aproveitando-se da globalização (REZENDE, 2015, p. 87-105).

Uma importante resposta ao *novo* terrorismo começa a ser vista a partir das Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, em que começa a se formar

um novo reordenamento jurídico acerca do terrorismo, bem como a criação de leis antiterroristas (SUGAHARA, 2008, p. 08). Mesmo que os atentados de 11 de setembro não tenham sido os primeiros ataques terroristas, nem mesmo os mais recentes, devido à gravidade e à relevância que foi dada, a Organização das Nações Unidas passou a ser questionada quanto a sua estratégia de defesa e atuação perante os ataques. Por isso que, a partir de 11 de setembro de 2001, a sociedade internacional e a Organização das Nações Unidas decretaram a verdadeira “guerra ao terrorismo”, dando maior relevância ao assunto e criando medidas para evitar e combater o terrorismo em todas as suas formas (SCHMITT, 2015, p. 39-65).

Assim, logo após os ataques de 11/09, mais precisamente no dia 12/09, foi aprovada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas a Resolução n° 1.368, que reconheceu o direito de legítima defesa individual ou coletiva em conformidade com a Carta das Nações Unidas, condenando da forma mais horripilante os ataques de 11 de setembro, considerando tais atos uma ameaça à paz e à segurança internacional e reforçando que todos os Estados deveriam trabalhar juntos para responsabilizar e condenar os autores, apoiadores e financiadores de tais ataques para que a justiça fosse feita. Ainda, destacou a importância de a comunidade internacional unir esforços para reprimir e prevenir o terrorismo. Nesse passo, a Resolução n° 1.368 trouxe à tona o *novus* terrorismo, dando início ao marco legal do combate ao terrorismo internacional (CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU, 2001).

No dia 28 de setembro de 2001, o Conselho de Segurança das Nações Unidas aprovou a Resolução n° 1.373, internalizada no Brasil por meio do Decreto n° 3.976/2001. Criada com base no capítulo VII da Carta das Nações Unidas, tornou-se também o marco do combate ao terrorismo pela organização, afirmando que os atos terroristas são uma ameaça à paz e à segurança internacional. E foi a partir daí que todos os assuntos referentes ao terrorismo e suas formas passaram a ser monitorados diretamente pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas e pela Assembleia Geral (CORRÊA, 2013).

Nesse seguimento, a Resolução n° 1.373 trata das medidas de prevenção do combate ao terrorismo, dificultando a liberdade e congelando os fundos financeiros dos autores, participantes, ou facilitadores de ataques terroristas (SCHMITT, 2015, p. 39-65). A referida Resolução também determina que todos os Estados-membros adotem as Convenções da Organização das Nações Unidas sobre atos terroristas, fazendo com que toda a comunidade internacional se dedique ao combate do terrorismo e seu financiamento, prestando mais apoio jurídico em investigações e processos criminais que englobam o terrorismo, criminalizando esses atos e, inclusive, que o apoio financeiro seja considerado um delito grave (CORRÊA, 2013).

Até os atentados terroristas contra os Estados Unidos, a adesão dos países ao combate ao terrorismo era opcional. Após a tragédia do 11/09, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas passou a obrigar cada Estado-membro a prestar contas de suas ações contra o terrorismo, bem como a cooperação dos países para banir qualquer tipo de apoio ou financiamento das organizações terroristas. Assim, os Países-membros passaram a ser monitorados e avaliados quanto à prevenção e supressão do financiamento do terrorismo pelo Comitê de Contraterrorismo (CTC em inglês), criado a partir da Resolução nº 1.373 (CORRÊA, 2013).

Posterior à Resolução nº 1.373, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, no dia 12 de novembro de 2001, criou a Resolução nº 1.377, a qual recorda as resoluções anteriores e declara que os atos terroristas são a maior ameaça à segurança e à paz mundial no século XXI, afirmando ainda que o terrorismo é um desafio para a sociedade internacional, destacando a importância dos Estados-membros a aderirem às medidas antiterroristas citadas na Resolução nº 1373 (CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU, 2001).

Com o intuito de combater os ataques terroristas e buscar a união e a cooperação dos Estados-membros da Organização das Nações Unidas, foram se criando ao longo dos anos diversas resoluções, condenando outros ataques terroristas ocorridos após o 11 de setembro, bem como cobrando atitudes dos Estados para que eles demonstrem o que estão fazendo para ajudar na guerra contra o terrorismo.

Diante disso, o Brasil também fez a sua parte, sancionando 15 convenções e protocolos internacionais de combate ao terrorismo, integrando à legislação brasileira tanto os tratados internacionais, como as resoluções obrigatórias do Conselho de Segurança das Nações Unidas (LASMAR, 2015).

Dando seguimento na legislação brasileira sobre o combate ao terrorismo, bem como acerca de suas contribuições para combater e prevenir o terrorismo internacional, o Brasil conta hoje com agências de segurança e inteligência. O monitoramento ativo e a prevenção dos ataques ou ameaças terroristas são feitos pela ABIN – Agência Brasileira de Inteligência – e pela Interpol, com a ajuda de agências de inteligência estrangeiras ou outros órgãos internacionais. Importa frisar que a Polícia Federal também atua na prevenção e combate ao terrorismo, através do monitoramento e vigilância dos pontos de fronteira e imigração brasileira (LASMAR, 2015).

Outra importante forma de combater o terrorismo internacional no Brasil é no âmbito financeiro. O Brasil, como membro da Financial Action Task Force (FATF), de sua divisão de Lavagem de Dinheiro para a América do Sul (GAFISUD) e dos grupos regionais em estilo FATF (FSRB), criou um grupo dentro do Ministério da Justiça para incorporar as recomendações desses órgãos, que incluem diversos mecanismos

para combater o financiamento do terrorismo. O mais importante órgão que atua no combate ao financiamento do terrorismo é o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). O COAF atua na detecção e combate ao financiamento ao terrorismo através de ações de inteligência financeira, realizando também a verificação para o congelamento de fundos ou bens ligados aos terroristas ou às organizações terroristas constantes nas Resoluções nº 1.267 e 1.373 do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (LASMAR, 2015).

Diante de todo o exposto no presente capítulo, pode-se notar que muitas providências foram tomadas após os ataques de 11 de setembro. A Organização das Nações Unidas, junto de seu Conselho de Segurança e com a ajuda dos Estados-membros e seus governos, evoluiu nas medidas contra o terrorismo. Em contrapartida, percebe-se também o aumento de ataques terroristas e de grupos terroristas, que cada vez mais vêm conquistando simpatizantes. Não se pode esquecer também da dificuldade que ainda se tem quanto à definição exata de terrorismo, o que consequentemente acaba gerando grandes impasses para combatê-lo. Assim, há muito para se fazer por parte da comunidade internacional e seus governos.

### **3 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO USO DA FORÇA NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E O COMBATE AO TERRORISMO**

No presente capítulo será objeto de estudo a vedação do uso da força no direito internacional com base na carta das Nações Unidas, cabendo ao Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas manter a paz e a segurança da comunidade internacional através de soluções pacíficas de controvérsias, evitando ataques armados.

Assim, em se tratando do combate ao terrorismo, será aprofundado e analisado quais as exceções que a Organização das Nações Unidas prevê quanto ao uso da força no combate ao terrorismo, lembrando que as Resoluções nº 1.368 e nº 1.373, estudadas no capítulo anterior, autorizaram uma “resposta armada” aos ataques ocorridos nos Estados Unidos no dia 11 de setembro de 2001.

#### **3.1 A VEDAÇÃO DO USO DA FORÇA E AS PROIBIÇÕES NA CARTA DAS NAÇÕES**

Durante muito tempo a guerra foi considerada uma forma lícita de soluções de controvérsias. No início, o homem lutava para se proteger das adversidades naturais

que o ambiente lhe criava. Sua maneira de atacar era individual, sem qualquer perfil guerreiro. Mas o desenvolvimento econômico fez surgir a formação e junção de grupos humanos, como os clãs, e, mais adiante, as tribos e os povos. E foi a partir daí que começaram os conflitos coletivos, ainda sem um conceito de guerra, mas com a compreensão de que esses conflitos advinham de choques entre os grupos ou das injustiças coletivas. Contudo, após o surgimento da figura do Estado, foi que os conflitos passaram a ser estatais, e as lutas deixaram de pertencer ao domínio dos clãs e das tribos, passando agora a fazer parte dos Estados em conflitos, por questões de religião ou conquista (MAZZUOLI, 2014, p. 1114-1175).

Foi em Roma que o assunto de guerra começou a ter o sentido jurídico, quando se regulamentou o procedimento bélico criando-se regras relativas ao que se deveria entender por guerra justa. A partir daí começou a se falar em *jus in bello*, consistente nas regras aplicáveis na guerra, e no *jus ad bellum*, para nomear o direito da guerra quando esta parecesse justa. Importante frisar que com a obra de Hugo Grotius (*De Jure Belli ac Pacis*, de 1625), considerado o fundador do Direito Internacional Público, a guerra passou a ser uma disputa natural entre os Estados, pois obedecia ao princípio da defesa e conservação dos territórios (MAZZUOLI, 2014, p. 1175).

A paz de Westfália de 1648 e a consequente emergência do Estado soberano marcam o início do Direito Internacional clássico. Com o enraizamento da soberania passou a existir a possibilidade do uso da força para a imposição dos interesses estatais, podendo se afirmar que nesse período não vigorava nenhum direito expresso e nenhuma proibição geral do uso da força (SANTOS, 2012, p. 533-568).

Como se já não bastasse a preocupação da doutrina e dos teólogos com as consequências e desgraças da guerra, a sorte dos prisioneiros de guerra e dos feridos era lamentável. E foi só depois da Guerra da Criméia (1853 a 1856) que a humanidade se convenceu da necessidade de se fazer algo. Assim, o resultado foi a Convenção da Cruz Vermelha de Genebra de 1864 e a Segunda Conferência da Paz de Haia de 1907, a qual marca o ponto mais alto na história do direito de guerra, quando na capital dos Países-Baixos foram assinadas diversas convenções para regimentar as relações entre os Estados em tempo de guerra (SILVA; ACCIOLY, 2002, p. 472).

Contudo, com o acontecimento da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), notou-se que houve um retrocesso em face das regras que foram elaboradas. Mesmo a Liga das Nações tendo dado grande importância ao direito internacional, o avanço das leis de guerra foi pequeno (SILVA; ACCIOLY, 2002, p. 472).

Assim, na tentativa de banir com a guerra, 15 Estados celebraram em Paris, no dia 27 de agosto de 1928, o Pacto Briand-Kellogg, conhecido também como Pacto de Renúncia à Guerra. A criação desse pacto foi inspirada no pronunciamento do mi-

nistro das Relações Exteriores da França, Aristide Briand, ao povo norte-americano, ocorrido em 06 de abril de 1927, quando se comemorou o décimo aniversário da entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial. Na oportunidade, o ministro francês aconselhou que fosse dado fim à guerra, o que originou as negociações entre os dois países para a conclusão de um tratado a respeito (AMARAL JÚNIOR, 2012, p. 218-219).

Dessa forma, o Secretário de Estado dos Estados Unidos F.B. Kellogg, avançou com a proposta inicial, postulando um tratado multilateral que acabasse com todo tipo de guerra. Nesse contexto, então, o Pacto Briand-Kellogg entrou em vigor no dia 04 de julho de 1929, determinando que os Estados se comprometessem a renunciar a guerra como instrumento de política nacional, garantindo-lhes o direito à legítima defesa e ao uso da força baseado no art. 16 do Pacto da Sociedade das Nações, em que, de certa forma, apresentava uma antinomia, pois o Pacto Briand-Kellogg abolia a guerra, e o Pacto da Sociedade das Nações aperfeiçoava a regulamentação do uso da força no sistema internacional (AMARAL JÚNIOR, 2012, p. 219).

Em suma, o Pacto Briand-Kellogg clareou o entendimento sobre a ilicitude da guerra de agressão, e que aquelas formas usadas para solucionar controvérsias precisavam ser banidas das relações internacionais, devendo, a partir daquele momento, os Estados solucionarem seus desentendimentos através de meios pacíficos. Mais adiante, a Carta de São Francisco, que criou a Organização das Nações Unidas, veio a contemplar o Pacto Briand-Kellogg, no sentido de buscar a proibição do uso da força nas relações internacionais (SARAIVA, 2009, p. 47-48).

A criação da Organização das Nações Unidas em 1945 na Conferência de São Francisco foi um marco inicial e decisivo para estabelecer parâmetros jurídico-internacionais no tocante ao uso da força (SANTOS, 2012, p. 533-568). Dessa maneira, a Carta das Nações Unidas foi criada pelos representantes de 50 países presentes à Conferência sobre Organização Internacional, que se reuniram em São Francisco do dia 25 de abril ao dia 26 de junho de 1945. Entretanto, a Organização das Nações Unidas passou a existir oficialmente a partir do dia 24 de outubro de 1945, após a ratificação da Carta por China, Estados Unidos, França, Reino Unido e a ex-União Soviética, bem como pela maioria dos signatários, tendo sede permanente na cidade de Nova York (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL).

O art. 2, IV se moldura nos princípios da Carta na intenção de favorecer a solução pacífica dos conflitos, vedando o uso da força nas situações não abrangidas pela Carta da Organização das Nações Unidas. A intervenção unilateral representa um descumprimento da integridade territorial e da independência política dos Estados (AMARAL JÚNIOR, 2012, p. 219-220).

Nota-se que a Organização das Nações Unidas deixou os Estados obrigados a resolverem suas controvérsias por meios pacíficos. A guerra é considerada hoje um meio de tumulto da ordem social internacional, não podendo ser usada pelos Estados, salvo em caso de legítima defesa de seus direitos, comprovada por uma agressão injusta ou por um perigo de dano atual ou iminente.

Contudo, não foi eliminada por completo a oportunidade de se recorrer à força, sendo aceita excepcionalmente pela Carta a possibilidade de legítima defesa, consoante o art. 51, ou quando autorizado pelo Conselho de Segurança, constante no Capítulo VII (AMARAL JÚNIOR, 2012, p. 220). Em virtude disso, o Art. 51 da Carta das Nações Unidas prevê:

Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais (RANGEL, 2005, p. 38).

O art. 51 valida a legítima defesa, inserindo-se entre as prerrogativas inerentes à soberania estatal, tornando-se uma exceção ao art. 2, IV, que proíbe o emprego da força nas relações internacionais. Assim, pode-se afirmar que a legítima defesa é lícita somente quando sua finalidade for rebater o uso de força armada. Contudo, ela não é aceitável para conquistar novas áreas territoriais (AMARAL JÚNIOR, 2012, p. 220-221).

A partir disso, é importante frisar que somente é lícito o uso da força no direito internacional para fins de manutenção ou restabelecimento da paz e segurança internacionais. Tanto o Conselho de Segurança como os Estados (em legítima defesa) irão valer-se do uso de força quando o objetivo principal for manter ou restabelecer a paz e a segurança na comunidade internacional (SILVA; ROSA).

Ainda, os artigos 24 e 25 da Carta das Nações Unidas afirmam que é conferida ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacional, agindo em consonância com os propósitos e princípios da Organização, cabendo aos membros da Organização das Nações Unidas aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, sendo o único órgão com o poder de tomar decisões (RANGEL, 2005).

Nesse passo, o art. 41 da referida Carta aduz que cabe ao Conselho de Segurança decidir sobre as medidas que devem ser tomadas para tornar suas decisões efetivas, podendo ainda convidar os Membros das Nações Unidas a aplicar tais medidas. Lembrando que as medidas referidas não devem envolver o uso da força armada, podendo ser medidas de interrupção parcial ou completa das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telégrafos, além do rompimento das relações diplomáticas (BRASIL, 1945).

Contudo, o art. 42 da Carta das Nações ainda prevê que, no caso de o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no Artigo 41 são inadequadas, poderá, através de forças aéreas, navais ou terrestres, levar a efeito a ação que achar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais (BRASIL, 1945).

Dessa forma, entende-se que o Conselho de Segurança é incumbido da responsabilidade de manter a paz e a segurança internacionais através da solução pacífica de controvérsias, e que no caso dessas medidas pacíficas serem inadequadas ou insuficientes, poderá se valer do uso da força (SILVA; ROSA).

O fato é que, apesar da abertura da Carta da Organização das Nações Unidas em 1945 proibir o uso da força de uma forma geral, bem como esclarecer e determinar regras para a manutenção e restabelecimento da paz internacional, acaba causando uma certa preocupação, uma vez que o texto da Carta é uma norma inderrogável, ou seja, não se pode mudar ou alterar. Essa preocupação surge, pois, o direito internacional é mutável e multidimensional, e o texto que a Carta normatiza foi realizado em um cenário que hoje não existe mais, uma vez que eram outras guerras, outras armas e outras formas de conflitos. As novas armas de destruição, bem como a atual conjuntura e principalmente o novo terrorismo, são ameaças que a Carta não contempla em sua redação (SANTOS, 2012, p. 533-568).

Nesse sentido, as normas que tratam o uso da força não tiveram evolução no tocante à ameaça e à segurança internacionais, fazendo com que os Estados-membros e a doutrina realizem interpretações, permitindo uma elasticidade no sistema, o que acaba dificultando o alcance de um consenso entre os membros permanentes do Conselho de Segurança, pois permite uma interpretação unilateral de acordo com seus interesses nacionais, gerando uma insegurança jurídica pela falta de um consenso normativo (SANTOS, 2012, p. 533-568).

Diante do exposto e tratado nesse tópico, pode-se notar que muito se evoluiu no tocante ao regramento da guerra, desde as Convenções de Haia e Genebra ao Pacto Briand-Kellog, chegando até a Carta das Nações Unidas, em que a guerra foi banida, livrando as futuras gerações desse flagelo. Verificou-se que mesmo com a proibição

do uso da força, a Carta das Nações Unidas prevê exceções, conforme o art. 51, em que nos casos de legítima defesa é lícito valer-se do uso de força armada. Assim, a Carta das Nações Unidas traz em seu texto as formas de solução pacífica de controvérsias, bem como as sanções que devem ser aplicadas caso alguma norma seja violada, cabendo ao Conselho de Segurança, de forma primordial, a responsabilidade de manter a paz e a segurança internacionais. Por fim, levando em consideração o atual cenário que a comunidade internacional vive, principalmente com o ocorrido após os ataques de 11 de setembro, notou-se uma preocupação por a Carta não contemplar a ameaça que mais tem causado a insegurança internacional, qual seja, o novo terrorismo.

### **3.2 AS MEDIDAS CONTRATERRORISMO AUTORIZADAS PELAS NAÇÕES UNIDAS COMO EXCEÇÃO *SUI GENERIS* À PROIBIÇÃO DO USO DA FORÇA**

Após o fim da Guerra Fria, esperava-se que épocas de paz e tranquilidade reinassem na comunidade internacional. Contudo, após os ataques de 11 de setembro e com os atos de terror que têm ocorrido, os Estados estão enfrentando um problema ainda maior, causado por um agente não estatal com o intuito de desestabilizar a ordem nas relações internacionais, devido a sua atuação transterritorial (DUARTE, 2011, p. 100).

O terrorismo atual ultrapassou as fronteiras, podendo acontecer em qualquer lugar do planeta e a qualquer momento, deixando seus autores no anonimato, gerando novos problemas e desafios para combatê-lo. Nesse passo, a luta pelo fim ou contenção do terrorismo sofreu uma renovação, criando novos dispositivos de segurança, juntamente com ações militares efetivas (DUARTE, 2011, p. 100).

Dessa forma, desde 2001, após os ataques nos Estados Unidos, as Resoluções 1.368 e 1.373 (ambas de 2001) do Conselho de Segurança, reconhecem como ataque armado, com o objetivo de legítima defesa, atentados terroristas praticados por particulares. Assim, a guerra dos Estados Unidos no Afeganistão, ocorrida no final do ano de 2001, se originou a partir dessa nova interpretação de ataque armado, não sendo condenado pela comunidade internacional, consolidando, então, uma interpretação extensiva do art. 51 da Carta das Nações Unidas (SLOBODA, 2017).

Nessa esteira, pela primeira vez na história da Organização das Nações Unidas, foi autorizado pelo Conselho de Segurança o uso da força contra um Estado, em resposta a um ato terrorista, passando o direito internacional a ter novos desafios (VELLOSO, 2017). Segundo Jack M. Beard, então Conselheiro do Departamento de

Defesa dos Estados Unidos, a invasão dos Estados Unidos ao Afeganistão está em conformidade com o princípio da legítima defesa, respeitando assim o art. 51 da Carta das Nações Unidas, pois os atos terroristas de 11 de setembro configuram um ataque armado comandado por outro Estado-nação (FROTA, 2005, p. 11-31).

Diante disso, verifica-se que na resposta do governo estadunidense aos ataques de 11 de setembro de 2001, invadindo o Afeganistão, empregou-se o uso da força em legítima defesa sem esperar a fase de qualificação a cargo do Conselho de Segurança. Portanto, houve uma recusa de convocar a ação militar nas medidas ordenadas no Art. 42 da Carta das Nações Unidas (GODINHO).

Após a invasão ao Afeganistão no final do ano de 2001, os Estados Unidos lançam, em 2002, a Estratégia de Segurança Nacional ou a "Doutrina Bush", criando a política de ataques preventivos, que conseqüentemente mais tarde, no ano de 2003, é aplicada na polêmica invasão ao Iraque, conhecida também como a Segunda Guerra do Golfo. Portanto, com a "Doutrina Bush", nota-se então que os Estados Unidos estão determinados a atacar com antecedência qualquer inimigo que seja capaz de ameaçá-los (SARAIVA, 2009, p. 26).

Dessa forma, no que concerne à invasão dos Estados Unidos ao Iraque em 2003, que foi fundamentada pelos princípios da Doutrina Bush, existem controvérsias no tocante à interpretação extensiva ao art. 51 da Carta das Nações Unidas, bem como da defesa preventiva. Uma vez que os Estados Unidos alegam que, pelo fato de o Iraque financiar o terrorismo, direta ou indiretamente, e produzir armas de destruição maciça, já seria por si só uma ameaça, sendo justificável o uso da força por parte dos norte-americanos. Todavia, críticos da guerra no Iraque sustentam a tese de que nesse caso não houve iminência de necessidade, tendo os Estados Unidos agido por antecipação, causando uma guerra preventiva, existindo fortes razões para negar tanto a legitimidade como a legalidade desse uso da força. Nesse sentido, adotar uma justificativa ou doutrinar uma guerra preventiva poderá causar graves riscos à comunidade internacional, pois geraria um aumento no número de conflitos entre os Estados (TORRES, 2010).

Desse modo, apesar dos prós e contras, pode-se dizer que a partir do 11 de setembro passou a se usar a legítima defesa antecipatória, sendo executados ataques armados preventivos, como, por exemplo, no caso da invasão dos Estados Unidos ao Iraque, o qual estava de forma expressa ou implícita financiando o terrorismo ou acobertando os agentes terroristas. Ressaltando, assim, que tais atos não foram condenados pela Organização das Nações Unidas, presumindo então uma extensão ao art. 51 da Carta de São Francisco, bem como pela sua concordância (FROTA, 2005, p. 11-31).

Indo ao encontro desses argumentos, surge então a possibilidade do Estado se defender antes da efetiva agressão através do chamado ataque preventivo, sendo uma reação defensiva antecipada diante de uma real e iminente agressão. O que acaba se tornando uma questão de extrema importância, tendo em vista a atual conjuntura que a comunidade internacional está vivendo, com a existência de armas modernas, com alto poder de destruição, sem possibilidade de defesa e reação para o Estado vítima (SOARES, 2013).

Entretanto, a teoria da legítima defesa preventiva, no âmbito do direito internacional, é marcada por uma visível ambiguidade e pelo risco de ser tomada para dissimular o mal em nome do bem comum, pois se usada de forma irresponsável, poderá se tornar um instrumento de dominação legítima dos Estados mais poderosos (TORRES, 2010).

Ademais, segundo o doutrinador Louis Henkin, o Art. 51 da Carta das Nações não engloba o uso da defesa preventiva, sustentando ainda que a Carta das Nações Unidas não prevê em lugar algum o direito de antecipação de legítima defesa. Nesse sentido, o conceito de legítima defesa preventiva é frágil, pois um contra-ataque realizado em um momento errado pode ser caracterizado como um ato de agressão. Ainda, essa tese vai ao contrário dos princípios que nortearam a Carta, sendo impossível um Estado utilizar essa estratégia de defesa preventiva sem saber as intenções da outra parte (FERREIRA, 2007, p. 107).

De outra sorte, há também a corrente daqueles que apoiam a guerra preventiva, como Allen Buchanan e Robert O. Keohane, que acreditam que não é preciso esperar acontecer o ataque para daí tomar providências, pois deixar acontecer o ataque pode causar muito mais consequências do que promover uma guerra preventiva que seja justificada. Ademais, proibir totalmente o uso da força preventiva com o intuito de preservar o princípio da obrigatoriedade da paz pode causar mais danos e destruição para a humanidade (TORRES, 2010).

Nesse contexto, acredita-se que a partir da Resolução 1.368, já estudada anteriormente, reconheceu-se o direito à legítima defesa de forma preventiva, dando “carta branca” aos Estados, principalmente aos Estados Unidos, para fazerem o uso da força nas ações do combate ao terrorismo internacional, gerando uma interpretação extensiva ao Art. 51 da Carta de São Francisco. Trata-se, então, de uma legislação internacional que nos dias atuais tem grande tendência de ser aplicada, pois no que tange ao terrorismo, os Estados precisam combater algo que ainda não se tem conceito definido, nem tipificação certa, devendo ser compreendido nessa nova realidade em que a comunidade internacional está vivendo (BRANT, 2004).

É possível constatar, assim, que a guerra foi banida no direito internacional a partir da Carta das Nações Unidas em 1945, contudo, a Carta prevê que no caso de legítima defesa, expresso no Art. 51, o Estado pode se valer do uso da força para defender-se. No entanto, com a realidade atual, em que existem armas com alto nível de destruição, mísseis capazes de devastar povos inteiros, bem como o aumento das ameaças e atos terroristas, os Estados, principalmente os Estados Unidos, passaram a utilizar o uso da força como uma forma de prevenção, ou seja, atacar para não ser atacado. Nota-se que o Art. 51 da Carta das Nações Unidas sofreu uma extensão, em que as guerras preventivas, proibidas antes dos ataques de 11 de setembro, passaram a ser utilizadas como formas de defesa, como no caso da invasão dos Estados Unidos ao Afeganistão e ao Iraque, não sendo condenadas pela Organização das Nações Unidas. Trata-se, então, de uma legislação internacional que nos dias atuais tem grande tendência de ser aplicada, estando de forma implícita prevista na Carta das Nações Unidas, através da extensão dada ao seu Art. 51, pois o Conselho de Segurança não condenou as guerras preventivas praticadas pelos Estados Unidos, presumindo, desse modo, pela sua concordância.

## **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Historicamente, constatou-se que não se chegou a um conceito certo e exato de terrorismo, tendo o direito internacional enfrentado um grande impasse para sua definição, em virtude dos diversos meios que ele abrange, desde diferentes motivações e diferente formas de como é executado, pois atos terroristas se diferem das guerras, sendo um ato realizado por qualquer pessoa ou rebelde, sem esperança de vitória e com o objetivo de causar grandes eventos desastrosos.

Percebeu-se que com os ataques de 11/09, o cenário internacional teve uma grande mudança, passando-se de uma cultura de reação para uma cultura de prevenção. Assim, no dia 12/09/2001, foi aprovada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas a Resolução n° 1.368, que reconheceu o direito de legítima defesa individual ou coletivo em conformidade com a Carta das Nações Unidas, condenando os ataques de 11 de setembro, considerando tais atos uma ameaça à paz e à segurança internacionais, trazendo à tona o *novo* terrorismo, dando início ao marco legal do combate ao terrorismo internacional.

Notou-se que, após os atos de 11 de setembro, a Organização das Nações Unidas e seu Conselho de Segurança passaram a dar mais ênfase ao terrorismo, criando resoluções e medidas para combatê-lo. As Nações Unidas, junto de seu Conselho de Segurança e com a ajuda dos Estados-membros e seus governos, evoluíram nas

medidas contra o terrorismo, criando mecanismos para o combate ao financiamento do terrorismo, bem como a cobrança para que todos os Estados façam parte das Convenções e programas de combate ao terror.

No que concerne ao uso da força no direito internacional, pode-se notar que muito se evoluiu no regramento da guerra, desde as Convenções de Haia e Genebra ao Pacto Briand-Kellog, chegando até a Carta das Nações Unidas, em que a guerra foi banida, livrando as futuras gerações desse flagelo. Verificou-se que, mesmo com a proibição do uso da força, a Carta das Nações Unidas prevê exceções, conforme o art. 51, em que nos casos de legítima defesa é lícito valer-se do uso de força armada. Assim, a Carta das Nações Unidas traz em seu texto as formas de solução pacífica de controvérsias, bem como as sanções que devem ser aplicadas caso alguma norma seja violada, cabendo ao Conselho de Segurança, de forma primordial, a responsabilidade de manter a paz e a segurança internacionais. Com o atual cenário que a comunidade internacional vive, principalmente com o ocorrido após os ataques de 11 de setembro, notou-se uma preocupação por a Carta não contemplar expressamente a ameaça que mais tem causado a insegurança internacional, qual seja, o novo terrorismo.

O art. 51 valida a legítima defesa, inserindo-se entre as prerrogativas inerentes à soberania estatal, podendo-se afirmar que a legítima defesa é lícita somente quando sua finalidade for rebater o uso de força armada. Porém, após os ataques nos Estados Unidos, foi possível perceber, através das Resoluções 1.368 e 1.373 do Conselho de Segurança, que se tornou reconhecido como ataque armado, com o objetivo de legítima defesa, atentados terroristas praticados por particulares, sofrendo então o Art. 51 da Carta das Nações Unidas uma interpretação extensiva. Portanto, a guerra dos Estados Unidos no Afeganistão, ocorrida no final do ano de 2001, se originou a partir dessa nova interpretação de ataque armado, passando os Estados Unidos a se valer da defesa preventiva, criando a Doutrina Bush, com a tese de que os Estados devem atacar para não ser atacados. Foi através deste entendimento norte-americano que foi realizada a polêmica invasão ao Iraque no ano de 2003.

Foi possível perceber que há duas teorias no tocante à legítima defesa. Uma corrente daqueles que condenam uma interpretação extensiva do art. 51 da Carta, entendendo que um Estado só deve agir se valendo do uso da força quando sofrer um ataque, pois empregar o uso da força de maneira preventiva seria um retrocesso e uma afronta à Carta. De outro lado está a teoria daqueles que acreditam que devido à tecnologia, às armas de destruição em massa, do aumento dos ataques terroristas e do atual cenário que a comunidade internacional vive, os Estados podem se utilizar

do uso da força de forma preventiva, que se existe algum risco, o Estado deve atacar para não ser atacado.

Dessa forma, verificou-se que, com a realidade atual, em que existem armas com alto nível de destruição, mísseis capazes de devastar povos inteiros, bem como o aumento das ameaças e atos terroristas, os Estados, principalmente os Estados Unidos, passaram a utilizar o uso da força como uma forma de prevenção, não sendo condenados pela Organização das Nações Unidas.

Conclui-se, então, que a utilização de guerras preventivas como legítima defesa trata-se de uma normativa internacional que nos dias atuais tem grande tendência de ser aplicada, estando de forma implícita prevista na Carta das Nações Unidas, através da extensão dada ao seu Art. 51, pois o Conselho de Segurança não condenou as guerras preventivas praticadas pelos Estados Unidos, presumindo, assim, pela sua concordância.

## REFERÊNCIAS

- ABIN - AGÊNCIA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA. **Revista Brasileira de Inteligência**, Brasília, n. 8, set. 2013. Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/conteudo/uploads/2015/08/revista8-1.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2017.
- ALCÂNTARA, Priscila Drozdek. Terrorismo: Uma abordagem conceitual. **Universidade Federal do Paraná**, Paraná, 2012. Disponível em: <[http://www.humanas.ufpr.br/portal/nepri/files/2012/04/Terrorismo\\_Uma-abordagem-conceitual.pdf](http://www.humanas.ufpr.br/portal/nepri/files/2012/04/Terrorismo_Uma-abordagem-conceitual.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2017.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ATENTADOS de 11 de Setembro completam 15 anos. **Veja.com**. Brasil, 11 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/mundo/atentados-de-11-de-setembro-completam-15-anos/>>. Acesso em: 23 mai. 2017.
- BARROS, José Manoel de Aguiar. **Terrorismo: Ação – Reação – Prevenção**. São Paulo: Arte e Ciência, 2003. p. 22. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=t\\_n21TJYHcw-C&printsec=frontcover&dq=Terrorismo&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwim8vqTO\\_nPAh-VM5SYKHX-4DPUQuwUIHzAA#v=onepage&q=Terrorismo&f=false](https://books.google.com.br/books?id=t_n21TJYHcw-C&printsec=frontcover&dq=Terrorismo&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwim8vqTO_nPAh-VM5SYKHX-4DPUQuwUIHzAA#v=onepage&q=Terrorismo&f=false)>. Acesso em: 23 mar. 2017.
- BORGES, Rosa Maria Zaia; AMARAL, Augusto Jobim do; PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Direitos Humanos e Terrorismo**. Porto Alegre: Edipucrs, 2014.
- BRANT, Leonardo Memer Caldeira. Terrorismo internacional: a guerra preventiva e a desconstrução do Direito Internacional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 90, jul./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/7/6>>. Acesso em: 20 out. 2017.
- BRASIL. **Decreto n° 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da

qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.744, de 09 de outubro de 2003.** Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.744.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.744.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2017.

CONSELHO SEGURANÇA DA ONU. Resolução RE nº 1.368, de 12 de setembro de 2001. Condenação dos atentados de 11 de setembro contra os Estados Unidos. **Organização das Nações Unidas**, Nova York, EUA, 12 set. 2001. Seção 4370. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/533/85/PDF/N0153385.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CONSELHO SEGURANÇA DA ONU. Resolução RE nº 1.377, de 12 de novembro de 2001. Declaração Ministerial sobre o esforço global de combate ao terrorismo. **Organização das Nações Unidas**, Nova York, EUA, 12 nov. 2001. Seção 4413. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/633/04/PDF/N0163304.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CONSORTE, Raquel de Castro Campos Jaime. **A Cooperação Internacional à repressão e combate ao terrorismo.** 03 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/cooperacao-internacional-repressao-e-combate-ao-terrorismo>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

CORRÊA, Luiz Maria Pio. **O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI):** organizações internacionais e crimes transnacional. FUNAG, Brasília, 2013. Disponível em: <[http://funag.gov.br/loja/download/1042-Grupo\\_de\\_Acao\\_Financeira\\_Internacional\\_GAFI\\_O.pdf](http://funag.gov.br/loja/download/1042-Grupo_de_Acao_Financeira_Internacional_GAFI_O.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2017.

CUNHA, Ciro Leal M. da. **Terrorismo Internacional e Política Externa Brasileira após o 11 de setembro.** FUNAG. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://funag.gov.br/index.php/pt-br/>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

DINIZ, Eugênio. Compreendendo o fenômeno do terrorismo. In: 3º ENCONTRO NACIONAL DA ABCP – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 2002, Niterói. **Ciberativismo e Guerra.** Disponível em: <<https://ciberativismoeguerra.files.wordpress.com/2016/09/diniz-do-o-fenomeno-do-terrorismo.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

DONATO, Priscilla Bigotte. **O Sistema Jurídico Internacional e o Terrorismo.** 2010. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito). – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, 2010, p. 64. Disponível em: <[http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/PSP\\_8b707efaf16c243f4b0f3876114abacd](http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/PSP_8b707efaf16c243f4b0f3876114abacd)>. Acesso: 13 mar. 2017.

DUARTE, João Paulo Gusmão Pinheiro. **Terrorismo e sociedade de controle.** 2011. 179f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, 2011, p. 100. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/3351/1/Joao%20Paulo%20Gusmao%20Pinheiro%20Duarte.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2017.

FERREIRA, Luciano Vaz. **Da Juridicidade da Legítima Defesa na Globalização do Terror.** 2007.

161f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2007, p. 107. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2421/juridicidade%20da%20legitima%20defesa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

FRAGOSO, Heleno Claudío. **Terrorismo e Criminalidade Política**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FROTA, Hidemberg Alves da. Análise dialética da legítima defesa antecipatória: O contraste entre a Doutrina Bush e o Direito Internacional. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, n. 15, abr./jun. 2005, p. 11-31. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-15-2013-abril-junho-de-2005>>. Acesso em: 25 set. 2017.

GODINHO, Thiago José Zanini. Um direito dos Estados à autoproteção? Entre certezas e incertezas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/230/211>>. Acesso em: 11 out. 2017.

LASMAR, Jorge Mascarenhas. A legislação brasileira de combate e prevenção do terrorismo quatorze anos após 11 de Setembro: limites, falhas e reflexões para o futuro. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 23, n. 23, mar. 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782015000100047](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782015000100047)>. Acesso em: 22 abr. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **A ONU e o terrorismo**. Brasil, [2016?]. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/terrorismo/>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **A História da Organização**. Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em: 22 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Reports by Member States pursuant to Security Council resolution 1.373 (2001)**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/sc/ctc/resources/1373.html>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Delito Político e Terrorismo: Uma aproximação conceitual. **Revista dos Tribunais**, v. 771, n. 2000, jan. 2002, p. 421-447, **Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa**, v. 6, jul. 2011, p. 1235-1269. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=iOad-818160000015848b6671cb72dc96a&docguid=Id46f68d0f25411dfab6f010000000000&hitguid=Id46f68d0f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1192&context=40&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e Relações Internacionais**. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

REINO UNIDO. **Terrorism Act 2000**. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/contents>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

REZENDE, Lucas Pereira; SCHWETHER, Natália Diniz. Terrorismo: a Contínua Busca por uma Definição. **Revista Brasileira de Estudos de Defesa**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2015, p. 87-105. Disponível em: <[seer.ufrgs.br/index.php/rbed/article/download/58349/35236](http://seer.ufrgs.br/index.php/rbed/article/download/58349/35236)>. Acesso em: 17 mar. 2017.

SANTOS, Sofia. O uso da força no Direito Internacional e os desafios ao paradigma onusiano. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 61, jul./dez. 2012, p. 533-568. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2340.2012v61p533/237>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

SARAIVA, Rodrigo Motta. **Legítima Defesa ou represália? O uso da força no conflito armado de 2001 no Afeganistão**. 2009. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, SP, 2009, p. 47-48. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-02122009-164104/pt-br.php>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

SCHMITT, Guilherme Berger. O Impacto do Terrorismo nos Direitos Humanos: uma análise crítica das medidas internacionais de combate ao terrorismo à luz dos Direitos Humanos. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, v. 1, n. 1, p. 39-65, jul./dez. 2015. Disponível em: <[seer.ufms.br/index.php/revdir/article/download/766/1175](http://seer.ufms.br/index.php/revdir/article/download/766/1175)>. Acesso em: 27 mar. 2017.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini; ROSA, Patricia Rodrigues. **O uso da força em direito internacional: Legítima Defesa preemptiva**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a08c938c1e7c76d8>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

SILVA, G.E do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SIMIONI, Alexandre Arthur Cavalcanti. **O terrorismo contemporâneo: consequências para a Segurança e Defesa do Brasil**. 2008. 36 f. Dissertação (Mestrado em História Comparada) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp090607.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

SINAI, Joshua. How to define terrorism? **Perspectives on Terrorism**, v. 2, n. 4, 2008. Disponível em: <<http://www.terrorismanalysts.com/pt/index.php/pot/article/view/33/html>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

SLOBODA, Pedro Muniz Pinto. **O Combate ao Estado Islâmico e o uso da força no direito internacional contemporâneo**. Disponível em: <[http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2017/03/O\\_COMBATE\\_AO\\_ESTADO\\_ISLAMICO\\_E\\_O\\_USO\\_DA.pdf](http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2017/03/O_COMBATE_AO_ESTADO_ISLAMICO_E_O_USO_DA.pdf)>. Acesso em: 08 set. 2017.

SOARES, Flávia Salum Carneiro. O direito à legítima defesa como exceção da proibição do uso da força no contexto pós-criação da ONU. In: CONPEDI (Org.). **Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade**. 1. ed. São Paulo: FUNJAB, 2013, v. 22, p. 320-349. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f6bc0623a4ab517a>>. Acesso em: 27 set. 2017.

SUGAHARA, Thiago Yoshiaki Lopes. **Terrorismo e insegurança no mundo pós 11 de Setembro**. 2008. 105 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – UNESP / UNICAMP / PUC-SP

da Universidade Paulista, São Paulo, SP, 2008, p. 08. Disponível em: <[http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/99847/sugahara\\_tyl\\_me\\_mar.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/99847/sugahara_tyl_me_mar.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 27 mar. 2017.

TORRES, Edgard Marcelo Rocha. O uso da legítima defesa preventiva no pós 11 de setembro de 2001. **Revista da AGU**, v. 23, p. 128-155, 2010. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312625>>. Acesso em: 25 set. 2017.

VELLOSO. Ana Flávia. **O terrorismo internacional e a legítima defesa no Direito Internacional: O Art. 51 da Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2017/03/O-Terrorismo-Internacional-e-a-Leg%C3%ADtima-Defesa-no-Direito-Internacional-Ana-Fl%C3%A1via-Velloso.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2017.

# **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DIFERENÇA SUCESSÓRIA ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS: UMA ANÁLISE DO RE 878694**

## **Priscila Trapp Buss**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: [priscilatrappbuss@gmail.com](mailto:priscilatrappbuss@gmail.com).

## **Valéria Koch Barbosa**

Doutoranda em Qualidade  
Ambiental pela Universidade Feevale.  
Professora na Universidade Feevale.  
E-mail: [valeriakb@feevale.br](mailto:valeriakb@feevale.br).

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho insere-se na área do Direito das Famílias e tem como objetivo analisar o tratamento diferenciado que, à luz do Código Civil de 2002, é outorgado ao companheiro em relação ao cônjuge no que toca ao direito sucessório. Justifica-se esta pesquisa pela relevância social do assunto, especialmente considerando-se que se vive em uma sociedade na qual está cada vez mais comum casais constituírem família na forma de união estável, sem a realização das formalidades jurídicas do casamento.

Por esse motivo, é imprescindível a discussão acerca dos princípios constitucionais, principalmente no que toca ao princípio da igualdade, uma vez que o tratamento desigual, obviamente, é considerado inconstitucional.

O problema principal da pesquisa está centrado no seguinte questionamento: o tratamento diferenciado dado pelo CC/02 ao casamento e à união estável no que tange ao regime sucessório é constitucional? Tem-se como hipótese que o artigo 1.790 do CC/02 deve ser considerado inconstitucional, uma vez que dispensa tratamento diverso aos cônjuges e aos companheiros no que concerne ao direito sucessório.

Para buscar respostas ao problema, o objetivo geral do estudo é suscitar uma reflexão acerca da inconstitucionalidade da diferença sucessória entre cônjuges e companheiros. Os objetivos específicos são os seguintes: identificar a origem e a evolução da família, buscando uma conceituação atual do que se considera entidade familiar; analisar o instituto do casamento e da união estável no Direito brasileiro, identificando suas formas de constituição, formalidades, exigências e sua equiparação como entidades familiares; apresentar alguns dos princípios constitucionais que dão amparo à entidade familiar e discorrer sobre o regime sucessório aplicável ao casamento e à união estável com base nos preceitos do Código Civil pátrio.

Para a realização desta pesquisa exploratória, foi utilizado o método de abordagem analítico, com nível de pesquisa explicativa e procedimento bibliográfico, por meio do qual foram realizadas pesquisas em doutrinas, jurisprudências, legislação e alguns poucos materiais disponíveis na internet.

Desse modo, a pesquisa foi dividida em dois capítulos, cada um deles com três subcapítulos. O primeiro capítulo, com o título "Família, origem e princípios norteadores da proteção à entidade familiar", foi dividido em três subcapítulos.

No primeiro, "Origem e evolução da família", trata-se da conceituação de família a partir do Direito Romano, buscando trazer o início da família, sua evolução, até chegar à conceituação que atualmente se tem de família.

Seguindo, no segundo subcapítulo, “Do casamento e da união estável no sistema jurídico brasileiro”, examinam-se os conceitos dos referidos institutos, apontando-se as suas características e as diferenças. No que toca ao casamento, demonstram-se os requisitos e as exigências que lhe são impostos. Por outro lado, no que diz respeito à união estável, abordam-se a sua formação, as características e o seu reconhecimento.

Por último, no subcapítulo “Princípios concernentes à entidade familiar”, são trazidos direitos constitucionais, que permeiam desde o campo da igualdade até o da afetividade, por intermédio dos quais são identificados e conceituados os princípios norteadores e formadores das famílias, com o objetivo de identificar como entidade familiar as suas mais diversas maneiras de formação.

Por fim, trata-se do principal ponto do trabalho, “A (in)constitucionalidade da diferença sucessória entre cônjuges e companheiros”, especificamente em abordagem ao RE 878694, o qual declarou inconstitucional a norma do art. 1.790 do CC, que diferencia a sucessão do companheiro frente ao cônjuge. O julgamento do recurso ocorreu no mesmo sentido do que se pretendia, desde o início, concluir neste último tópico, confirmando a hipótese levantada, isto é, no sentido de defender a inconstitucionalidade do dispositivo que outorga ao companheiro tratamento discriminatório no regime sucessório em relação àquele conferido ao cônjuge.

Novos rumos serão dados às lides que envolvam o direito sucessório de companheiros, o que corrobora a importância da constante discussão dos diplomas legais pátrios à luz da Carta Magna, pois a sua supremacia resta inquestionável quando da análise de dispositivos legais que venham a ferir os seus preceitos.

## **2 FAMÍLIA: ORIGEM, EVOLUÇÃO E PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROTEÇÃO À ENTIDADE FAMILIAR**

### **2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA**

Dos registros mais recentes que se pode ter, é em Roma que se percebem as primeiras formações familiares. Apesar de, mesmo àquela época, já existirem diversos modelos de família, a mais convencional era aquela controlada pelo *pater familias*. A família, na sua origem, tinha funções muito mais abrangentes do que se tem hoje, a principal delas era a produção de bens (COELHO, 2011, p. 16).

As funções da família eram bem divididas e foram conceituadas por Ulhoa (2011, p. 17) como sendo biológica, educacional, econômica, assistencial, espiritual e afetiva.

A estrutura familiar também sofreu a evolução interposta pelo matrimônio religioso, pois a concepção de família cristã era fixada em pilares que se preocupavam com as questões morais, uma vez que “a família sempre foi considerada uma célula básica da Igreja”, e o casamento, nesse mesmo contexto, era o “baluarte da família” (VENOSA, 2014, p. 5).

Na linha da evolução da família, o Cristianismo retirou dela a função religiosa. Primeiramente, porque a Igreja Cristã difundiu o monoteísmo, dessa forma, não poderia haver adoração a outros deuses, apenas àquele dito pela Igreja como “um único Deus, pai de toda humanidade”. Segundo, porque a religião foi tornada pública, fora do núcleo doméstico e, por último, só os escolhidos pela Igreja poderiam presidir cultos. Assim, deixou a família de ser o centro religioso (COELHO, 2011, p. 18).

Passada a intervenção religiosa, veio a Revolução Industrial, alterando, mais uma vez, o modelo de família. Nesse contexto, a família perdeu o caráter produtivo, já que os bens passaram a ser produzidos fora dos lares e, conseqüentemente, perdeu também o caráter econômico, mantendo-se ainda os valores morais, afetivos, espirituais e de assistencialismo (VENOSA, 2014, p. 4).

Para Dias (2011, p. 28), foi nesse período que a mulher entrou para o mercado de trabalho, e o homem deixou de ser o único provedor do sustento familiar. O caráter produtivo e rural das famílias mudou com a migração dessas para as cidades, assim, vivendo em lugares menores, foram restringindo-se os membros da família, a qual se ateve apenas ao núcleo de pai, mãe e filhos. A concepção de família mudou, valorizando-se mais do que antes os vínculos de afeto, carinho e amor. Assim, começou a se falar em dissolubilidade das relações, reconhecendo que, “cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa”.

Toda essa transformação trouxe valores diferentes no conceito de família, a qual deixou de ser aquele núcleo essencialmente econômico e reprodutivo. A família passou a ter uma estrutura envolta de companheirismo e amor. Embora a família tenha evoluído, permaneceram resquícios no que tange ao caráter patrimonial e afetivo e é nesse sentido que se deve pensar nas novas representações sociais de família, bem como compreendê-las (DIAS; PEREIRA, 2001, p. 10).

Como norteadores da formação da família estão os princípios do afeto e a dignidade da pessoa humana, independentemente de a família estar apenas sob a proteção do pai ou somente da mãe. Ainda aquela em que, ausentes pai e mãe, permanece o vínculo e a assistência entre irmãos, ou ainda, entre aquelas formadas com filhos de pais distintos (DIAS, 2011, p. 10).

Para Dias (2011, p. 70), o novo conceito de família está inserido onde houver “qualquer relação íntima de afeto”. No mesmo sentido, Gonçalves (2014, p. 47) traz que a constituição da família se traduz pela existência de afeto, contudo não qualquer afeto pois, se assim fosse, “uma simples amizade seria família”. O afeto tem que ser um sentimento especial, pelo convívio diário das pessoas, por comungarem um futuro juntos, gerando efeitos patrimoniais.

Assim, no campo da afetividade, caracterizador das formações familiares, não há como analisar a família contemporânea sem que se leve em conta todas as transformações pelas quais a entidade passou, ou seja, desde “[...] a grande família, que compreendia a própria linha de escravos”, até a família nuclear, centrada na tríade pai-mãe-filho”, chegando, mais recentemente, a famílias monoparentais, homoafetivas, por exemplo, centradas na afetividade, que foi o que lhe deu “um novo rosto”, passando a família a ser aquele lugar onde houver companheirismo e afetividade (MORAES, 2017, p. 97-98).

## **2.2 DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

No Brasil, até o advento da República (1889), só existia o casamento religioso, e o reconhecimento do casamento civil apenas chegou em 1891, sendo inadmissível a dissolução dessa união, que apenas era dada pelo “desquite”. O Código Civil de 1916 deixou claro que a constituição da família se dava pelo casamento, que era indissolúvel, sendo a única forma de convívio ou de vínculo aceitável (DIAS, 2011, p. 146).

Para Diniz (2008, p. 37-38), o casamento é a “mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado” por ser o fundamento da família, e a família, por sua vez, base da sociedade. Desse modo, o matrimônio constitui o “ pilar do esquema moral, social e cultural do país”. No que toca à base da sociedade advir do casamento, Dias (2011, p. 148) é contrária a esse ponto, dizendo que, na verdade, a sociedade se fundamenta nas famílias, não nos casamentos.

O casamento reveste-se de algumas características, como o fato de ser ato eminentemente solene, constituído por processo de habilitação do casamento, publicação dos editais, cerimônia e registro; além disso, segue normas de ordem pública, quer dizer, não cabe aos nubentes a estipulação dos seus direitos e deveres, é um ato que não admite termo ou condição, e os nubentes têm a liberdade de escolha para o casamento (GONÇALVES, 2014, p. 44-45).

Para a realização do casamento, imprescindível a passagem por duas etapas: a habilitação e a celebração (COELHO, 2011, p. 53). A habilitação para o casamento é o

procedimento realizado frente ao cartório de registro civil (DIAS, 2011, p. 162). Após, o oficial do registro providenciará o edital, também chamado de proclamas, que, nos quinze dias subsequentes, será publicado com a finalidade de levar a conhecimento do público o interesse de casar dos nubentes para que, alguém sabendo de algum possível impedimento, possa se manifestar (COELHO, 2011, p. 52-53).

Superada a habilitação, estando os nubentes em posse da certidão exarada pelo Registro Civil, ocorrerá a celebração do casamento, sendo um ato solene e gratuito (DIAS, 2011, p. 163) Independentemente do local da realização, deverá a celebração ocorrer a portas abertas diante da publicidade que deverá ser dada ao ato. Nessa ocasião, presentes os nubentes e as testemunhas, a pessoa que estiver presidindo o ato perguntará aos noivos se “pretendem se casar por livre e espontânea vontade” (DINIZ, 2008, p. 100-101).

Ter-se-á por constituído o casamento no momento em que os nubentes anuírem à pergunta do celebrante, bem como quando esse os declarar casados, momento em que será “lavrado o assento” (DIAS, 2011, p. 163-164).

Casados, então, nasce aos cônjuges o respeito aos deveres inerentes ao casamento, dispostos no art. 1.566 do CC/02, são eles: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos (BRASIL<sup>2</sup>,2002). Em relação à união estável, se tem pela “relação entre um homem e uma mulher, sendo duradoura, pública e contínua” com o objetivo de constituir família “como se casados fossem” (CRISPINO, 2009, p. 134-135). Com efeito, difere-se a união estável do casamento quanto à ausência de formalismo, uma vez que a primeira requer apenas o fato da “vida em comum”, enquanto o último necessita de habilitação, celebração. Desse modo, no caso das uniões não registradas fica dificultada a apresentação das provas da sua constituição (GONÇALVES, 2014, p. 620-623).

Em verdade, o que se exige é a convivência “more uxório”, ou seja, vínculo entre homem e mulher com características inerentes à união familiar, ocorrido por um determinado tempo que se entenda e que exista objetivo de manter a vida em comum. Não deve ser um relacionamento “efêmero e circunstancial” (DIAS, 2011, p. 170-173).

O primordial para o reconhecimento da união estável é o objetivo de formar família e assim ser reconhecido pela sociedade. Quando se fala em formação de família, não significa, necessariamente, a concepção da prole, bastando que exista a relação de afeto entre o casal (DIAS, 2011, p. 170-173).

No que toca à publicidade e à notoriedade, significa dizer que essa convivência é pública, inclusive, na intenção de constituir uma família, sendo afastados do re-

conhecimento aqueles que vivem na “clandestinidade” sem, de fato, ter a intenção de formar família e que não queiram ser vistos perante a sociedade como casados (CRISPINO, 2009, p. 134-135). Nesse aspecto, Dias entende que, para que exista essa publicidade, basta que ela ocorra no meio social em que os companheiros convivam (DIAS, 2011, p. 170-173).

Embora o legislador tenha disciplinado a união estável, no CC/02, no último capítulo do Direito das Famílias, traduzindo relutância em legitimá-la como entidade familiar, não subsiste hierarquia entre o casamento e a união estável, tanto é que a CF/88 as equipara como “fontes geradoras de família”. Mesmo com o tratamento igualitário estabelecido pela Constituição, o CC/02 ainda possui tratamento diferenciado entre as instituições, notadamente visto nos escassos três artigos que disciplinam a união (1.723 a 1.726) (BRASIL<sup>2</sup>,2002). Para atribuir efeitos a essa união, o legislador busca amparo na “ideia de família” como parâmetro, como é o caso dos alimentos e da partilha de bens, contudo, outros tantos direitos são concedidos apenas àqueles que se enquadrarem no “status” de casados, como é o caso da inexigibilidade da comprovação de estabilidade do casal adotante que tenha sido instituído pelo matrimônio. Com efeito, ninguém discute que há, de fato, similitude entre a união estável e o casamento, haja vista que ambas nascem de ligações de afeto, divergindo apenas quanto ao modo de constituição, ao passo que uma tem celebração e data específica de início, a outra nasce sem formalismos, perceptível então quando da ocorrência “do entrelaçamento de vidas e embaralhar de patrimônios” (DIAS, 2011, p. 171).

Ao cabo, o que diferencia a união estável e o casamento, além do estabelecimento da data de início da constituição, é a prova, muito mais acessível aos casados pela formalidade que a eles se impõe. Por outro lado, na união estável, a prova do vínculo dar-se-á por testemunhas, fotos, extratos bancários, despesas financeiras demonstrando o benefício para ambos os companheiros, testamentos, constar como segurado em apólice do seguro de vida, etc (COELHO, 2011, p. 277-278).

## 2.3 PRINCÍPIOS CONCERNENTES À ENTIDADE FAMILIAR

Neste ponto, analisam-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da solidariedade, do pluralismo das entidades familiares e da afetividade, valendo ressaltar que, embora possa ser dada maior atenção a algum desses, constitucionalmente não existe hierarquia entre os princípios abordados.

O princípio da liberdade está fundado na livre opção de como constituir a unidade familiar, bem como a forma de geri-la, sem intervenção do Estado (DINIZ, 2008, p.

23). Quanto ao princípio da igualdade, esse está inserido na Carta Magna ao trazer a isonomia nos direitos das famílias: “todos são iguais perante a lei” e, mais especificamente para as relações conjugais, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (DIAS, 2011, p. 65-66).

Por sua vez, o princípio do pluralismo das entidades familiares tem a ver com as diversas formas de “arranjos familiares”, isto é, desde o momento em que a Constituição Federal de 1988 mudou a conceituação de família, retirando a exclusividade de formação dada apenas àquelas constituídas por casamento, operou-se o reconhecimento de novas formas de famílias, como, por exemplo, as uniões estáveis, as famílias monoparentais, as homoafetivas, etc (DIAS, 2011, p. 67-68). Não obstante o reconhecimento de diversas formas, inclusive da família monoparental, que abarca cerca de 26% das famílias brasileiras, o Código Civil de 2002 não regula tal família, mesmo sendo reconhecida constitucionalmente (DINIZ, 2008, p. 23). Independentemente disso, o pluralismo familiar nada mais é que o reconhecimento do Estado quanto às várias formas de formação de “núcleos familiares” (MELLO, 2017, p. 103-104).

No que toca ao princípio da dignidade da pessoa humana, é um princípio difícil de conceituar, diz-se que é mais fácil definir o que não faz parte do conceito de dignidade da pessoa humana do que de fato dizer o que é. Consoante Sarlet, cuida-se de aspectos que são inerentes ao ser humano, irrenunciáveis e inalienáveis, é algo que está ligado à sua espiritualidade, que está “por dentro”, é o valor que as pessoas têm e que não está ligado ao aspecto físico. É a sua própria moral, é a autodeterminação consciente do que se quer fazer da ou na vida. É a autonomia de vontade. É o direito que cada pessoa tem, independentemente dos seus atos, independentemente de ser criminosa, ou de não respeitar a dignidade do próximo (SARLET, 2007, p. 40-46). É na linha dos Direitos Humanos, da dignidade da pessoa humana, que nasce o princípio da afetividade. Quando a CF/88 fala em dignidade da pessoa humana, ela está falando em afeto (DIAS, 2011, p. 70-72).

A afetividade é aspecto de essencial relevância no momento atual, ainda mais diante do fato de que as funções antes atribuídas à família desfaleceram-se, ou, se não for isso, desempenham papel secundário na intenção de formar família. Assim, apesar de o afeto não estar explicitamente legislado, é nesse viés que o julgador deve considerar o reconhecimento dos “relacionamentos familiares” (MELLO, 2017, p. 96-98).

Feita esta abrangente contextualização, no capítulo que segue, aborda-se o foco do presente estudo, ou seja, analisam-se as diferenciações trazidas pelo Código Civil pátrio no que tange ao direito sucessório de cônjuges e companheiros.

## **3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO DE HERANÇA ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS**

### **3.1 O REGIME SUCESSÓRIO NO CASAMENTO**

Direito das Sucessões é o ramo que, por intermédio de um conjunto de normas e princípios, determina a transmissão de patrimônio deixado pelo *de cuius* aos seus herdeiros e/ou legatários (ASSEF, 2004, p. 161).

A sucessão *causa mortis* pode ser legítima, de acordo com as regras do Código Civil, ou testamentária, feita por testamento como ato de última vontade. Para que exista a sucessão, deverá haver bens a partilhar (MELLO, 2017, p. 73-74).

A totalidade do patrimônio, incluindo os ativos e os passivos, compreende a universalidade de direito. Essa universalidade de direito é a herança, nela incluídos seus bens, créditos, débitos, bem como as obrigações (MELLO, 2017, p. 73-74).

Na linha sucessória, a primeira classe que é chamada a suceder são os descendentes e o cônjuge sobrevivente, ou seja, aqueles que se originarem do seu “tronco”, bem como aquela pessoa com a qual o falecido contraiu casamento. Quanto aos descendentes, é irrelevante o regime de bens adotados pelo casal, diferentemente do que ocorre com o cônjuge supérstite, em que haverá diferença no recebimento da herança dependendo do regime de bens adotado pelo casal no casamento (RIZZARDO, 2008, p. 148-174).

O cônjuge faz parte da ordem de vocação hereditária, ocupando o terceiro lugar no rol de sucessores, ficando atrás dos descendentes e dos ascendentes. O cônjuge é herdeiro necessário, permanecendo nessa qualidade independentemente da vontade do *de cuius* e do regime de bens. Também ao viúvo é garantido o direito de concorrência, o que significa que, apesar de existirem herdeiros que o antecedem, a ele é reservado o direito a uma fração da herança. Em relação à concorrência, dependendo do regime de bens, o cônjuge concorrerá com os descendentes. No que diz respeito aos ascendentes, concorrerá sempre (DIAS, 2011, p. 53).

Via de regra, o cônjuge concorre com os demais herdeiros, contudo essa situação pode ser afastada dependendo do regime de bens do casal, de modo que é a lei quem define qual regime de bens excluirá o cônjuge da concorrência sucessória. O rol que determina a exclusão do cônjuge é taxativo, pois se trata de exceção à regra, não permitindo uma “interpretação extensiva” (DIAS, 2011, p. 163).

Essa exclusão está explicitada nos regimes de comunhão universal (quando houver bens comuns), separação obrigatória, na comunhão parcial quando não houver bens particulares, de sorte que, em todos os demais regimes, não há a exclusão da

concorrência. Assim, o direito do cônjuge à herança, em havendo outros herdeiros que o antecedam na linha sucessória, permanece no regime de participação final nos aquestos, na comunhão parcial com bens particulares e na separação convencional de bens (DIAS, 2011, p. 163).

Por fim, não havendo descendentes, concorrerá o viúvo com os ascendentes. Aqui, diferentemente da concorrência com os descendentes, em que o princípio norteador é a proteção do conjunto familiar, herdará o ascendente em virtude da gratidão decorrente do zelo pela educação e criação recebidas (RIZZARDO, 2008, p. 180-181).

Assim, quando a concorrência se der com os ascendentes, ao contrário do que ocorre com os descendentes, independe do regime de bens do casal. Sempre existirá o direito à herança do cônjuge sobrevivente, mesmo no regime de separação obrigatória, de sorte que alcançará, quando da inexistência de descendentes, o acervo sucessório do falecido. Assim, perceberá o viúvo, no mínimo, 1/3 da herança e, no máximo, a metade. A diferença do percentual das cotas está relacionada com a quantidade de ascendentes e com o grau de parentesco. Por exemplo, se o cônjuge concorrer com ambos os pais, alcançará 1/3 da herança. Entretanto, concorrendo com os avós, será garantida a ele metade da cota da herança (DIAS, 2011, p. 178-180).

Por fim, não havendo nem descendentes, nem ascendentes, independentemente do regime de bens, o cônjuge sobrevivente alcançará na totalidade o patrimônio do *de cuius* (DINIZ, 2011, p. 139).

Percebe-se que, apesar de algumas situações específicas, como no caso do regime da separação obrigatória, bem como na comunhão parcial de bens sem bens particulares, resta o cônjuge protegido patrimonialmente, tendo sido incluído como herdeiro necessário e por ter garantida a concorrência, tirando as situações descritas e ainda no que se refere ao regime de comunhão total, que o exclui quando em concorrência com descendentes, na hipótese de essa ocorrer com ascendentes, ou seja, sempre estará o cônjuge protegido, não alcançando os demais parentes o acervo hereditário.

Na sucessão dos que viviam em união estável, o companheiro tinha atendimento diferenciado no art. 1.790 do CC/02, dispositivo que estabelecia que o companheiro teria direito à herança no que tocasse aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, garantido o direito à concorrência. Tanto para a meação quanto para a herança, a “base de cálculo” – “massa patrimonial na qual o cônjuge concorreria com descendentes” (NICOLAU, 2011, p. 89) – eram os aquestos, de modo que não restava outro entendimento senão o de que a concorrência se dava, também, apenas em relação aos aquestos (DIAS, 2011, p. 182).

O companheiro herdava no que tocava aos bens sobre os quais já havia recebido meação, quanto aos bens que já teria ajudado a adquirir, ocorrendo exatamente o contrário com o cônjuge herdeiro, que concorre nos bens particulares, ou seja, sobre aqueles que não ajudou a construir. Essa questão não prejudicava, necessariamente, o convivente, visto que, se a prevalência fosse de bens adquiridos de forma conjunta, herdaria mais do que se casado fosse (NICOLAU, 2011, p. 90). Contudo, se o falecido não tivesse construído nada conjuntamente com o companheiro, mas, em contrapartida, tivesse adquirido vultoso patrimônio individualmente, nada alcançaria o companheiro, independentemente de quem fossem os eventuais herdeiros do *de cuius* (HIRONAKA; PEREIRA, 2007, p. 107).

A proteção ao companheiro sobrevivente surgiu a partir da CF/88, em que foi instituído o abrigo às famílias oriundas de relações extramatrimoniais e não mais somente àquelas provenientes do casamento (GOMES, 2008, p. 66-67). O companheiro entrou na sucessão do *de cuius*, mas não como herdeiro necessário, o que significa dizer que não tinha garantido para si a legítima, ou seja, o falecido poderia testar todo o seu patrimônio, sem a reserva dos 50% da herança, diferentemente do que ocorria com o cônjuge, ao qual era reservada a legítima (NICOLAU, 2011, p. 81-82).

A concorrência também foi garantida ao companheiro, mas, então, concorrendo com descendentes, ascendentes e outros parentes sucessíveis. Mesmo que a lei não tratasse o companheiro como herdeiro necessário, no momento em que estabeleceu a concorrência com os demais sucessores, não há como se ter interpretação diversa, ou seja, o companheiro entrou no rol de herdeiros necessários, ao menos, em parte (DIAS, 2011, p. 182).

No que diz respeito à concorrência do convivente em relação aos ascendentes, diferentemente do que ocorria na concorrência com os descendentes, o companheiro concorria na integralidade da herança, ao passo que, em relação aos descendentes, a concorrência se dava apenas sobre a parte dos bens adquiridos “onerosamente na constância da união estável”, conforme dito no diploma civil, em seu art. 1.790, III, em que ascendentes e colaterais estavam enquadrados como “outros parentes sucessíveis” (DIAS, 2011, p. 189).

Em concorrência com os ascendentes, era garantida ao convivente a quota de 1/3 sobre a integralidade da herança (GOMES, 2008, p. 68), independentemente do número de ascendentes, de sorte que, se concorresse com ambos os genitores do falecido, cada qual receberia 1/3 da herança, mas, se concorresse apenas com um deles, com o sogro, por exemplo, a este seriam destinados 2/3 da herança, enquanto ao companheiro sobrevivente restaria apenas 1/3 dessa (DINIZ, 2011, p. 166-167). Em outras palavras, “não importava tratar-se de ambos os ascendentes, quando

cada um deles receberia – também e igualmente – um terço do acervo partilhável, ou de um único tio-avô com quem o falecido não mantinha quaisquer relações” (HIRONAKA; PEREIRA, 2007, p. 107).

Na união estável, e só nela, concorriam os companheiros com os parentes colaterais, isso porque a lei os colocou na ordem de vocação hereditária. A linha dos parentes colaterais que eram aptos a receber a herança vai até 4º grau, o que significa que poderiam herdar, antes do companheiro, irmãos, sobrinhos, tios, sobrinhos-netos, tios-avós e primos (DIAS, 2011, p. 190). Embora existam, de fato, diferenças entre as entidades, o núcleo básico, o cerne de tudo é, no mínimo, semelhante, não fosse assim, sequer seriam consideradas “espécies do mesmo gênero”. É por isso que causa estranheza quando a lei diz que o cônjuge, com regime de comunhão parcial, só concorrerá em relação aos bens exclusivos deixados pelo falecido e, em contrapartida, o companheiro concorrerá quanto aos bens “adquiridos onerosamente na vigência da união estável”. Desse modo, justo seria, conforme Boeckel (2011, p. 84-85), se tanto cônjuge quanto companheiro participassem da sucessão dos bens exclusivos do *de cuius*, ou, então, ambos participassem quanto aos bens adquiridos onerosamente a partir da formação da família.

Até aqui se percebe que, de fato, existiam diferenças inexplicáveis entre os regimes, começando pela concorrência no que diz respeito aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, sendo que, em relação a isso, o cônjuge já estaria protegido pela meação. Outros pontos que apresentam discrepância são o fato de a concorrência com os ascendentes sempre se limitar a um terço ao companheiro, independentemente do grau de ascendência e, por último, a concorrência com colaterais, que muitas vezes distantes e sem contato com o falecido, alcançavam maior parte do acervo hereditário do que o próprio companheiro, com quem o *de cuius* compartilhou sua vida.

### **3.3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DIFERENÇA SUCESSÓRIA ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS: UMA ANÁLISE DO RE 878694**

O referido Recurso Extraordinário foi interposto contra decisão de segundo grau que reformou a decisão do juízo *a quo*, o qual já tinha dito acerca da inconstitucionalidade. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a ordem constitucional não impede que lei infraconstitucional discipline o regime sucessório, de modo que foi dado provimento pela constitucionalidade do art. 1.790 do CC/02.

Nestes termos foi o referido o acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. DIREITOS SUCESSÓRIOS DA COMPANHEIRA. ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL. CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DO DIREITO DE A COMPANHEIRA SOBREVIVENTE HERDAR TÃO SOMENTE OS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL, EM CONCORRÊNCIA COM OS PARENTES COLATERAIS DE SEGUNDO GRAU, EXCLUÍDOS, PORTANTO, OS BENS PARTICULARES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1) O Órgão Especial deste Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 1.790, quando do julgamento do Incidente de nº 1.0512.06.0322313-2/002, por entender que o ordenamento jurídico constitucional não impede que a legislação infraconstitucional discipline a sucessão para os companheiros e os cônjuges de forma diferenciada, visto que respectivas entidades familiares são institutos que contêm diferenciações. 2) A teor do inciso III do art. 1.790 do Código Civil, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro faz jus tão somente a um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável a título de herança, pois concorre com os colaterais até quarto grau, devendo ser excluídos sua participação como herdeiro dos bens particulares do de cujus (BRASIL, 2017).

Irresignada, a parte autora, diante do que considerava escancaradamente inconstitucional, adentrou com o RE objeto desta análise, sustentando tratamento discriminatório da companheira em relação à mulher casada e que tal tratamento fere o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda mais pelo fato de o acórdão ter concedido a parentes distantes quotas da herança do *de cujus* (BRASIL, 2017).

O Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, iniciou o relatório do seu voto falando acerca da constitucionalidade do debate já que o art. 226 da CF, em consonância com o princípio da isonomia, fala do reconhecimento da união estável como entidade familiar. Ressaltou também que o debate tem repercussão geral, tanto do ponto de vista social, pois diz respeito às relações de família, quanto jurídico, uma vez que está relacionado ao amparo previsto pelo Estado no art. 226 da CF. Para o Ministro, “Quando o Código Civil desequiparou o casamento e as uniões estáveis, promoveu um retrocesso e promoveu uma hierarquização entre as famílias que a Constituição não admite” (BRASIL, 2017).

Bem como assentado pelo Relator, que exaltou o princípio da isonomia entre as entidades familiares, para Dias (2011, p. 161), o que mais surpreende é a forma diferenciada como a lei tratou duas coisas idênticas. Essas situações demonstram que o que as pessoas querem, independentemente de casar ou viver em união estável, é serem felizes. Além disso, sustenta que a diferença sucessória fere o princípio da

igualdade e da dignidade da pessoa humana, pois, no momento em que a CF equiparou as entidades familiares, foi justamente para não haver hierarquia, tampouco tratamento diferenciado.

Seguindo o entendimento do Relator, o Ministro Luiz Edson Fachin acompanhou o seu parecer favorável, elencando dez razões pelas quais deve ser considerado inconstitucional o regime sucessório do companheiro frente ao cônjuge. Iniciou sua sustentação arguindo que casamento e união estável são duas formas de conjugalidade que encontram amparo na CF, razão pela qual não há como não se dar tratamento isonômico (BRASIL, 2017).

Seguindo sua linha, enfatizou Fachin que a família é a base da “sociedade livre, justa e solidária”, não hierarquizada, que pode optar pela sua formação pelas suas próprias vontades, sem que isso lhe dê direitos em menores ou maiores proporções, o que estaria em consonância, inclusive, com o que está previsto no art. 3º da CF (BRASIL, 2017).

Falou ainda o referido Ministro do princípio eudemonista, trazido pelo § 8º do artigo 226 da CF, que diz respeito à proteção a cada um dos integrantes da família, sem fazer nenhuma distinção, concedendo mais ou menos direitos em virtude do “modelo” de conjugalidade escolhida. Para Fachin, ao se atribuir direitos sucessórios distintos aos companheiros, estar-se-ia violando também o art. 5º, I, pois seria “tratar de modo distinto indivíduos em situações iguais, o que não encontra guarida no texto constitucional” (BRASIL, 2017).

Outro argumento utilizado pelo Ministro foi que, se for dado tratamento diferenciado, estar-se-á fazendo um “juízo moral” sobre as formas de constituição de família e na forma como convivem, o que não é permitido pela Carta Magna (BRASIL, 2017).

Voltando aos argumentos do Ministro, outro ponto discutido é sobre a opção pela união estável, em que muitos assim escolheriam para possuir “maior liberdade”. Para o Ministro, união estável não é o mesmo que união livre, pois união estável pressupõe “comunhão de vida” e, mesmo que haja interpretação de uma conjugalidade com maior liberdade, ainda assim não deve ser dado tratamento diferenciado (BRASIL, 2017).

Ainda sobre o afeto, ressaltou o Ministro que a CF, no que diz respeito à matéria atinente ao Direito das Famílias, pauta-se pela “realidade das relações de afeto e no valor da solidariedade” e é nesse ponto, principalmente, que não admite o tratamento discriminatório. Enfatizou o afeto trazendo a doutrina de Álvaro Villaça Azevedo, em que o autor diz que não cabe ao Estado definir ou intervir na forma como o povo constitui suas famílias, ao Estado incumbe o dever de protegê-las (BRASIL, 2017).

Por fim, entendeu Fachin inadmissível que o regime sucessório se dê de forma diferenciada, pois, para ele, a diferença no modelo de conjugalidade não pode afetar a sucessão, destacando que “Trata-se, em um ou outro modelo, de comunhão de vida afetiva: um ninho com moldura e outro sem, mas sempre um ninho”. Assim, sendo as conjugalidades idênticas em aspectos afetivos, não há como se admitir a aplicação de regimes sucessórios desiguais (BRASIL, 2017).

Seguindo nessa linha, frisou Toffoli que atribuir o mesmo tratamento sucessório às duas entidades seria o mesmo que desrespeitar o princípio da “autonomia da vontade”, da mesma forma que se estaria “limitando” as liberdades de escolha pelas entidades familiares. Para Toffoli, são infundadas as alegações de falha do legislador ao estabelecer os regimes sucessórios, aduziu que os dispositivos foram muito discutidos e que houve a vontade do legislador de atribuir efeitos sucessórios diferentes aos companheiros. Tanto foi assim que, segundo ele, o Congresso resolveu dar tratamento desigual, entendendo que “não se pode admitir que o convivente tenha tratamento privilegiado em relação ao cônjuge, mesmo porque este não foi o espírito do constituinte de 1988”. A união estável é um “caminho” para o matrimônio, tanto é assim que, para tal modalidade de entidade familiar, não é exigido todo aquele rol de direitos e obrigações atribuídos aos cônjuges, como, por exemplo, capacidade matrimonial, causas suspensivas, impedimentos, habilitação para o casamento, celebração, validade, eficácia, etc.

O Ministro, por sua vez, sustentou ainda que igualar o regime sucessório seria o mesmo que “aniquilar” as escolhas feitas por aqueles que optam por viver em uma relação informal e que vivem assim porque não quiseram o casamento (BRASIL, 2017). Toffoli defendeu que o que deve ser respeitado é a vontade das partes, pois a união estável surgiu a partir de questionamentos que eram feitos a respeito do casamento e, então, criou-se uma relação mais livre, na qual pudesse haver liberdade em relação à constituição familiar, sem intervenção estatal. Para o Ministro, isso nada mais é que a união estável. Ressaltou também que não há explicação para não se querer o casamento sob a justificativa de falta de aparato econômico, já que o Estado proporciona a gratuidade do casamento, além de outras ferramentas, como a celebração de casamento comunitário, o que viabiliza economicamente a celebração àqueles que não dispõem de recursos financeiros (BRASIL, 2017).

Em resumo, Toffoli defendeu sua tese com base no princípio da autonomia da vontade, da liberdade de escolha entre os casais sobre qual tipo de família pretendem adotar, aplicando-se o art. 1.790 do CC/02 como antes descrito.

Assim, importante a escolha pelo princípio o qual se acredita o melhor aplicável ao problema discorrido nesta pesquisa. Certo é que o princípio da autonomia da

vontade e da liberdade estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, de sorte que se entende que a dignidade, direito tão forte, que está incrustado no maior dos sentimentos de cada pessoa de conduzir sua própria vida como quiser e, neste ponto, de escolher viver com quem quiser e da forma como quiser, não deveria sofrer a intervenção pelo Estado. Então, deverão ser as pessoas livres para, sob o princípio da autonomia da vontade, escolher entre constituir sua família por meio do casamento, da união homoafetiva, da família monoparental, da união estável, entre as mais diversas formas de constituição de família.

Entretanto, entende-se que mais plausível, embora não mais importante, no presente caso, é a aplicação do princípio da igualdade entre as entidades familiares. Na relação de pesos dos princípios, não há, neste caso, como dizer que o princípio da igualdade pese mais que o da autonomia da vontade, da escolha pela união estável, isso porque, no cenário brasileiro, mesmo que não se possa alegar o “desconhecimento da lei”, não se acredita que as famílias se unam estavelmente para “fugir” de alguma obrigação e formalidade. Ainda que diga o Ministro Toffoli que não há óbice financeiro na formalização do casamento, por ser um serviço amparado pela gratuidade àqueles que demonstrem insuficiência financeira, a grande maioria dos casais que vivem em união estável não sabe que a eles é atribuído tratamento diferenciado por não serem casados.

Assim, sobrepõe-se o princípio da igualdade em relação ao princípio da autonomia da vontade, pois não poderá este último princípio prevalecer no sentido de vir em prejuízo daquele que optou por instituir sua família por puro amor, por afeto, para estar junto do outro. Não pode desamparar aquele que conviveu com o companheiro, que ajudou a construir e a guardar o patrimônio. Assim, inconstitucionalidade do dispositivo aqui analisado protege, sobretudo, os princípios da afetividade e dignidade da pessoa humana.

## **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Para se chegar à conclusão final do presente trabalho, qual seja, a inconstitucionalidade da diferença sucessória entre cônjuges e companheiros, passou-se por várias esferas e conceituações para que, então, ao final, fosse possível chegar à “solução do problema”.

Primeiramente, no que diz respeito à origem da família, sua formação e conceituação atual, percebeu-se que, depois de muitas mutações, chegou-se ao momento atual em que se percebe a existência de família como aquele núcleo no qual existe afeto, ou seja, família é onde houver um “grupo de companheirismo e lugar de afetividade”.

Já da análise do instituto do casamento e da união estável, notou-se que, ao fim e ao cabo, o que diferencia o casamento e a união estável, no âmbito da entidade em si, nada mais é que as formalidades para sua constituição e a simples prova do casamento, de sorte que casar-se é mais “burocrático” do que viver em união estável, entretanto, na união estável, quando não houver o contrato registrado em cartório, mais difícil será a prova, inclusive, quanto à data em que foi constituída a união.

Após o estudo desses institutos, passou-se ao exame dos princípios que os norteiam sendo que os que chamam mais atenção pela sua relação com o tema sejam os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade e o da afetividade.

Quando examinados os regimes sucessórios, viu-se que, quando houver casamento, tirando algumas situações específicas, estará o viúvo protegido patrimonialmente, isso por ser considerado herdeiro legítimo e lhe estar garantida a concorrência sucessória.

Para o que viveu em união estável, a lei não havia lhe sido tão favorável, isso porque, embora tenha colocado o companheiro em concorrência com os demais herdeiros, quando em concorrência com ascendentes, sempre receberia menos que aqueles (1/3 da herança), isso sem contar que a ele apenas foi destinada a totalidade da herança quando não houvesse nem descendentes, nem ascendentes, nem parentes colaterais até 4º grau.

Por fim, quando da abordagem do último capítulo – a (in)constitucionalidade da diferença sucessória entre cônjuges e companheiros –, viu-se que, na análise do RE nº 878694, os posicionamentos de dois Ministros foram os que mais se destacaram. Fachin, ao sustentar a inconstitucionalidade, em atenção ao princípio da igualdade, arguindo que não se pode dar tratamento discriminatório entre as instituições do casamento e da união estável. Na via contrária, Toffoli, respeitando o princípio da autonomia da vontade, aduziu que inconstitucionalizar o dispositivo (1.790 do CC/02) violaria a liberdade de escolha que os casais fizeram por tal instituição.

Diante de todo o exposto, conclui-se, no presente trabalho, que, para resolver o problema suscitado, seria necessária a escolha de algum dos princípios levantados pelos Ministros. Considerando que os princípios não possuem hierarquia entre si, então, dever-se-ia fazer a análise em relação ao princípio que tivesse mais “peso”, o que se entendeu equivocado no presente caso. O princípio da igualdade preza pelo tratamento sem que haja discriminação. Liberdade e autonomia da vontade estimam a autodeterminação de cada pessoa. Certo é que os dois princípios são de pesos enormes e dizer que um pesa mais que o outro seria praticamente inaceitável.

Além do mais, embora no Brasil não se possa descumprir a lei alegando desconhecê-la, é de conhecimento geral que, na sociedade brasileira, grande parte da população, em virtude da falta ou de sua precária instrução, não tem o alcance das consequências que poderão ser havidas dependendo do “modelo” de instituição familiar que pretenderam adotar, até porque o conhecimento popular é de que, independentemente de casar ou não, os efeitos de “viver junto” são os mesmos, de tal sorte que, muito provavelmente, poucas pessoas façam ideia de que poderão ser prejudicadas patrimonialmente, quando do falecimento do seu companheiro, se viveram sob união estável.

Assim, analisando a situação em que é posta a polêmica, constata-se que, em uma sociedade na qual, mesmo existindo a previsão legal de que ninguém poderá negar conhecer a lei, é evidente o desconhecimento da população frente à existência de tratamento diferenciado, pela legislação, no tocante aos regimes sucessórios.

Concluiu-se, pois, que o mais adequado seria a aplicação do princípio da igualdade, já que inadmissível reconhecer a liberdade de escolha para quem desconhece as diferenças, de modo que isso venha a prejudicar aquelas pessoas que, como dito ao longo da pesquisa, só queriam ter o direito de serem felizes. Assim, entende-se correto o julgamento que foi pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/02, o qual tratava do regime sucessório do companheiro.

De qualquer sorte, como bem visto na análise dos princípios que ensejaram a decisão do RE nº 878694, o estudo não é conclusivo e, embora a hipótese levantada tenha sido confirmada, o tema deve ser mais discutido, podendo haver lacunas que permitam entendimento diverso a respeito da conclusão a que aqui se chegou.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Direito das sucessões**: sucessão em geral: sucessão legítima. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ASSEF, Tatiana Moschetta. **Direito Civil**: Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Harbra, 2004.

BOECKEL, Fabrício Dani de. ROSA, Karin Regina Rick. **Direito sucessório em perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 878694**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Data do julgamento: 30 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>>. Acesso em: 20 set. 2017.

CESAR, Celso Laet de Toledo. **Herança orientações práticas**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODVIM, 2015.

CRISPINO, Nicolau Eládio Bossalo. **A União Estável e os negócios entre companheiros e terceiros**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DANTAS, San Tiago. **Direitos de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **A União Estável**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_791\)3\\_\\_a\\_uniao\\_estavel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_791)3__a_uniao_estavel.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva

FACHIN, Luiz Edson. Inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil Brasileiro. **Soluções práticas da revista**, v. 2, p. 39-57, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b-0000015f937b134b16fda685&docguid=le83de1105eb011e188de00008517971a&hitguid=le83de1105eb011e188de00008517971a&spos=1&epos=1&td=2&context=16&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 25 set. 2017.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: direito de família**. Caxias do Sul: Educ, 2015.

FREIRE, Reinaldo Franceschini. **Concorrência Sucessória na União Estável**. Curitiba: Juruá, 2009

GOMES, Orlando. **Sucessões**. Atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Mario Roberto Carvalho de Faria. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Dicionário reformula conceito de família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5990/Dicion%C3%A1rio+reformula+conceito+de+fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODVIM, 2015

LEAL, Adilson. Reflexões sobre a posição sucessória de padrastrós e enteados. **Revista de Direito Privado**, v. 71, p. 321-335, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015fa67ab-3d2635b1d0c&docguid=I5a441c1094ea11e689b6010000000000&hitguid=I5a441c1094ea11e689b6010000000000&spos=2&epos=2&td=270&context=21&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 25 out. 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de famílias. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família: Direito Matrimonial**. Campinas: Bookseller 2001.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NICOLAU, Gustavo Rene. **União Estável e Casamento: diferenças práticas**. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e União Estável**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

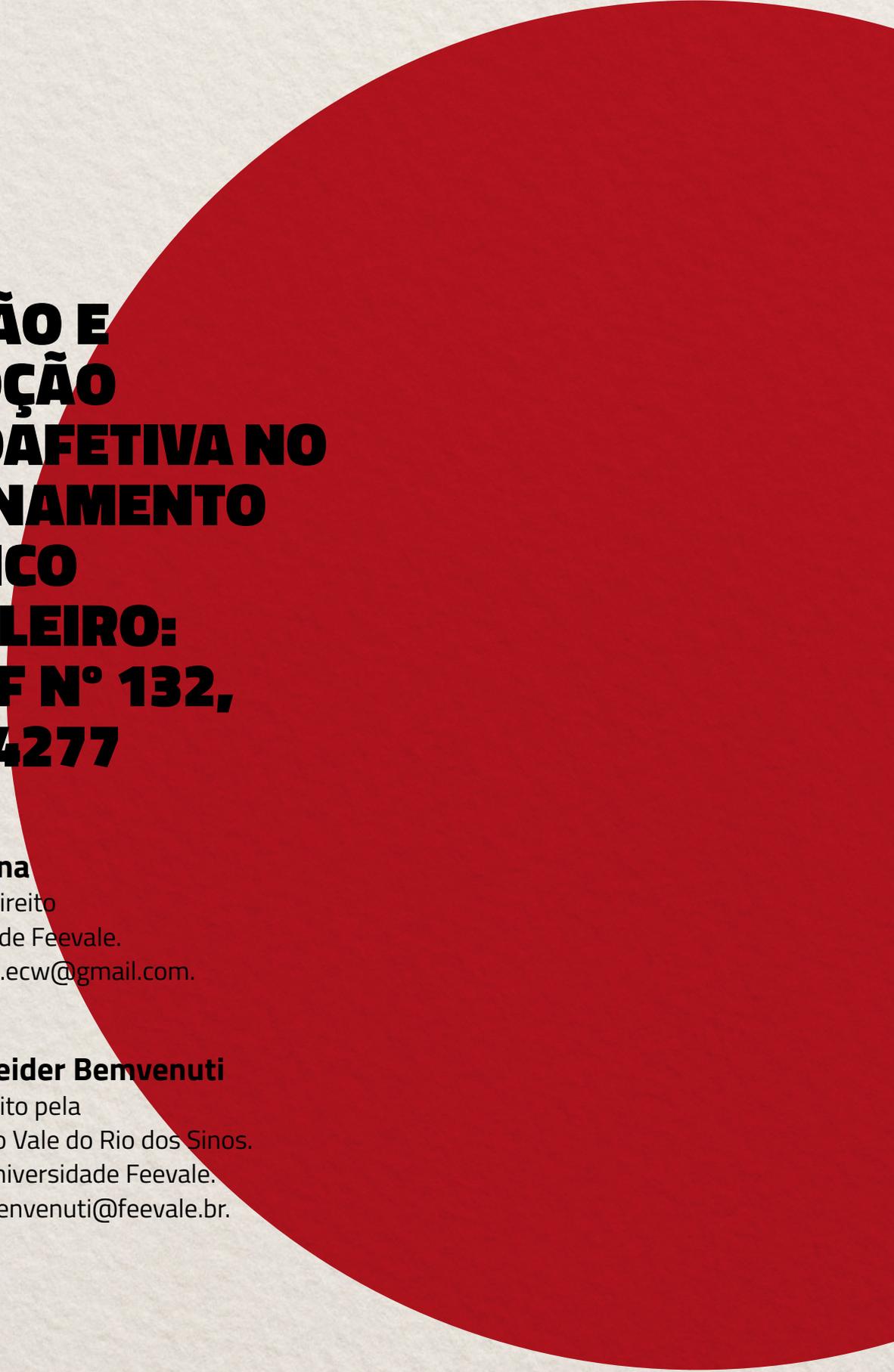
RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.



**A UNIÃO E  
A ADOÇÃO  
HOMOAFETIVA NO  
ORDENAMENTO  
JURÍDICO  
BRASILEIRO:  
a ADPF N° 132,  
a ADI 4277**

**Caroline Viana**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: [caroline.ecw@gmail.com](mailto:caroline.ecw@gmail.com).

**Cassio Schneider Bemvenuti**

Mestre em Direito pela  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos.  
Professor na Universidade Feevale.  
E-mail: [cassiobenvenuti@feevale.br](mailto:cassiobenvenuti@feevale.br).

## **1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente artigo aborda a temática jurídica do Direito Constitucional, tendo como objetivo a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. A abordagem do tema se mostra amplamente relevante, na medida que versa sobre um assunto muito polêmico e discutido pela sociedade. Alguns fatores como o preconceito, discriminação que está vedada pelo artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal, são temas bastante presentes na luta dos homoafetivos pelo direito à igualdade.

A problemática de estudo dar-se-á em torno dos questionamentos apontados pelos doutrinadores frente ao procedimentalismo, substancialismo, ativismo judicial que se manifestam como objeto de discussão, uma vez que o Poder Judiciário estaria utilizando-se dessas teorias para justificar as suas atribuições nas grandes decisões, dando um sentido interpretativo diferente, fugindo da tradição ao sentido unívoco e objetivo.

Dessa forma, o objetivo principal do trabalho consistirá em compreender a decisão do STF que tem como objeto o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, destacando-se os princípios constitucionais, assim como as críticas a respeito da perspectiva da autonomia dos juízes, tal como o procedimentalismo, substancialismo e o ativismo, que se revelam como objeto de discussões dentro da esfera jurídica.

## **2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA: DECISÕES QUE POSSIBILITARAM A ADOÇÃO E A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE CASAIS DO MESMO SEXO**

Ainda que a possibilidade de adoção por casais homoafetivos já tenha sido reconhecida, urge apresentar rapidamente algumas das decisões que já apoiavam a concessão da adoção. No CC de 2002, conforme já mencionado no capítulo anterior, a união estável é reconhecida, de fato, entre homem e mulher.

Pode, ainda, a união estável vir a ser transformada em casamento, conforme artigo 1726 do CC/02: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil” (OLIVEIRA, 2009, p. 115), não sendo prevista, contudo, a união de casais homoafetivos. Advém que mesmo as uniões homoafetivas não estando previstas em Lei, Dias (2010) entende que:

Nem o matrimônio nem a diferenciação dos sexos ou a capacidade procriativa servem de elemento identificador da família. Por consequência, não há como só ver como entidade familiar a união estável entre pessoas de sexos opostos. Na mesma direção, não se diferencia mais a família pela ocorrência do casamento.

A partir desse conceito, cumpre complementar o entendimento da autora exemplificando, a partir de sua perspectiva, que a relação familiar nada mais é do que:

[...] duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formando um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem, mister identificá-la como geradoras de efeitos jurídicos (DIAS, 2010).

Para o referente estudo, essas considerações são de grande relevância, uma vez que, para a adoção por duas pessoas, era necessário que elas fossem casadas ou conviventes em união estável. Conforme mencionado, esse Instituto merece uma abordagem aprofundada. Eis que, em decorrência disso, em 05 de maio de 2011, o STF na ADPF 132 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) e na ADI 4277 (Ação Direta e Inconstitucionalidade):

Reconheceu, pela unanimidade de 10 ministros votantes, que a união homossexual pode ser considerada entidade familiar no Brasil, em plena igualdade de direitos com relação às vinculações heterossexuais estáveis (que o legislador denominou de união estável). Assim, desde que preenchidos determinados requisitos legais – consubstanciados na convivência factual pública (notória ostensiva), contínua, duradoura e com perspectiva de vida em comum –, casais de pessoas do mesmo sexo formam uniões estáveis aptas ao usufruto de todos os direitos e ao exercício de deveres decorrentes do mesmo sentimento: o amor (SILVA JUNIOR, 2011, p. 19).

Relevante evidenciar que tanto o ECA quanto o CC determinam que, para a adoção conjunta, é necessário que os adotantes estejam casados ou vivam em união estável.

Acontece que, diante da decisão do STF, os casais homoafetivos passaram a ter os mesmos direitos que os casais de sexo oposto. Ressalta-se que, “cada vez mais, julgadores de todo o país acabam se rendendo a sólidos argumentos, que não deixam qualquer dúvida: uniões homoafetivas são entidade familiares”. Argumentos esses que foram tidos com base na interpretação dos artigos da CRFB de 1988, “que trouxe para si o conceito plural de família, extinguindo-se o primado exclusivo da forma tradicional de família, aquela constituída por cônjuges casados sob o selo do Estado e seus filhos” (DIAS, 2011a, p. 377-383).

No tocante à jurisprudência, destacam-se alguns entendimentos que vão ao encontro das ideias defendidas pelos doutrinadores anteriormente citados. Para Silva Junior (2011, p. 121), o ECA e o CC não vedam a inserção da criança e do adolescente em famílias em que os adotantes tenham relação afetiva com pares do mesmo sexo. Para ele, está claro que todos os requisitos exigidos para a efetiva adoção podem ser atendidos, inclusive a documentação necessária para a realização do processo.

A primeira decisão do STJ referente à adoção por casal homoafetivo foi discutida e mantida conforme sentença de primeiro grau do Estado do Rio Grande do Sul em 27 de abril de 2010, antes mesmo do Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277. O ministro Luis Felipe Salomão, em sede de Recurso Especial nº 889.852, por decisão unânime, “reconheceu o direito à adoção a um casal formado de pessoas do mesmo sexo” (DIAS, 2011b, p. 500). Ressaltou em seu voto que a decisão se baseou no melhor interesse da criança, que o que realmente estava em questão era o convívio familiar, bem-estar, além do vínculo afetivo que essas crianças já tinham com o casal homoafetivo (PEREIRA, 2013, p. 460).

Diante desse preconceito ainda vivenciado no Brasil, nem todas as decisões dos Tribunais são favoráveis, muitos julgadores deixam de utilizar “os costumes, a analogia e os princípios gerais do Direito, como consta na Lei de Introdução ao Código Civil em seu artigo 4º” para julgar as decisões com seus posicionamentos particulares (VITOR, 2013). Em uma dessas decisões, a ministra Cármen Lúcia negou um recurso do Ministério Público do Paraná e manteve a decisão que autorizou a adoção por um casal homoafetivo, “o conceito de família, com regras de visibilidade, continuidade e durabilidade, também pode ser aplicado a pessoas do mesmo sexo” (BRASIL, 2015).

Importa ressaltar que mesmo antes do STF reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, abrindo assim as mesmas possibilidades da união heteroafetiva a casais do mesmo sexo, os Tribunais de Justiça já discutiam a possibilidade de adoção. Ocorre que hoje, com as decisões favoráveis, sejam elas do Tribunal de Justiça ou STF, podem ser usadas com referência posto que “levar em conta a opção sexual do adotante como requisito positivo ou negativo no processo de adoção, é ir contra a carta magna brasileira, por tratar de questão íntima: conflitando o direito individual da intimidade, tipificado no artigo 5º da Constituição Federal” (MORAIS *et al.*, 2013). Tendo em vista que “preceitos constitucionais vedam preconceitos sobre raça, sexo, cor, idade, razão de origem e outras formas de discriminação” (MORAIS *et al.*, 2013).

### **3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA BRASILEIRA**

O STF reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, usando como fundamento a CRFB que tem como base o princípio da isonomia - a igualdade de todos perante a Lei-, advém que para muitos a decisão ultrapassou os limites da jurisdição constitucional.

Inicialmente, a jurisdição constitucional foi desenvolvida a partir da doutrina dos EUA, "*self-restraint (auto-contenção)*" na qual a competência jurisdicional não deveria contrariar a "vontade soberana" do legislador, limitando-se a declaração de inconstitucionalidade aos casos de "indiscutível evidência", vindo a ser uma interpretação literal inválida da Constituição (TASSINARI *et al.*, 2009, p. 23).

A jurisdição constitucional atuava de duas maneiras, a primeira "da aplicação direta da Constituição" e a segunda "da aplicação indireta da constituição" que se dá através das interpretações conforme a Constituição, que são realizadas por todos os juízes e tribunais do STF (BARROSO, 2014, p. 365).

A esse respeito, Mazzotti (2012, p. 18-19) esclarece que na doutrina não há uma definição precisa sobre a expressão jurisdição constitucional, entretanto, assim como traz o autor Luis Roberto Barroso, há duas ideias vinculadas à ótica da jurisdição: a de aplicação e a ideia de defesa da constituição. A primeira, por não descrever adequadamente a atuação do STF e, por basear-se numa visão de natureza subjetiva, torna-se insatisfatória no Direito Constitucional. Já a ideia de defesa da Constituição baseia-se no controle de constitucionalidade, a relação do ato com a Constituição.

Verifica-se, desde logo, que a expansão da jurisdição tem como elemento essencial um judiciário independente, que por fatores políticos, muitos dos assuntos a serem discutidos em pauta são temas que possuem um desacordo moral na sociedade, cita-se como exemplo as uniões homoafetivas: "Quase todas as questões de relevância política social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal" (BARROSO, 2014, p. 368-369).

Com o advento da CRFB de 1988, após a ditadura militar, o país passou a ser um Estado Democrático de Direito, "cujos pilares de sustentação são os direitos e garantias fundamentais que visam o bem-estar de seus cidadãos" e, a partir dessa Democratização, o Judiciário no Brasil passou a ter uma nova perspectiva, buscando a garantia dos direitos coletivos e individuais. "*Democratizar o judiciário passa a dizer respeito, sobretudo, à sua aproximação com a vida social, criando-se uma malha institucional que capilarmente se credencie a amparar o mundo do direito e da liberdade*" (TASSINARI *et al.*, 2009, p. 25, grifos do autor).

Em outras palavras, quando discutimos a maneira de interpretar a Constituição temos de um lado os chamados substancialistas, que trabalham sob a ótica de 'jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais', e do outro os procedimentalistas, segundo a qual teríamos a 'jurisdição constitucional como instrumento de defesa do procedimento democrático' (RAMIRO; HERRERA, 2013, p. 8665).

Assim, após breve análise desse conceito, é possível avançar para um entendimento acerca dessas correntes filosóficas: procedimentalismo e substancialismo, pois é interessante que se tenha clareza acerca da distinção entre elas. Com base nisso, o referido autor aponta a crítica em relação à decisão da ADPF 132, pressupondo que para se ter o reconhecimento jurídico, democrático da união homoafetiva como entidade familiar, se deve aguardar a alteração do texto constitucional, argumenta que a "ampliação do poder do STF é um risco à democracia e, em alguns casos, pode coagir a própria atividade estatal, colocando em risco sua legitimidade"; ao invés de cobrir as lacunas deixadas pela Constituição, essas falhas acabariam contribuindo para o aprofundamento da crise da Democracia (NIGRO, 2012, p. 5).

No Brasil, a Jurisdição Constitucional é realizada de forma ampla, com poder de interpretar a Constituição, baseada em princípios e valores fundamentais que contribuem para o engrandecimento do Estado Democrático de Direito e também de todas essas questões entre "direitos fundamentais e soberania popular, entre jurisdição Constitucional e legislador democrático" (MENDES).

Segundo a tese Dworkiana, a constitucionalidade da ADPF 132 se deu em "*como* a constituição deve ser interpretada e não sobre *quem* pode fazê-lo." (NIGRO, 2012, p. 7, grifos do autor). Desse modo vale ressaltar que:

Os limites da jurisdição constitucional legítima não são delimitados apenas pelo enunciado diretamente envolvido, mas pela interpretação moral dos princípios subjacentes à prática jurídica como um todo. Mas isso não significa que os juízes tenham poder absoluto para nos impor suas convicções morais. Significa simplesmente que, quando o texto estiver impregnado pela linguagem moral, a leitura moral é o melhor método interpretativo (NIGRO, 2012, p. 9).

Contudo esse debate sobre as teorias procedimentais e substanciais é fundamental para definir o papel da jurisdição constitucional, "[...] as teses materiais colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades de majorias eventuais), o que, para os substancialistas, reforça a relação Constituição-democracia, para os procedimentalistas, entretanto, isso enfraquece a democracia" (STRECK, 2011a, p. 81) pela ausência da Justiça Constitucional.

### 3.1 O PROCEDIMENTALISMO

Essas duas teorias fazem parte de um debate contemporâneo acerca da jurisdição constitucional. Embora ambas reconheçam no Poder Judiciário uma estratégia em relação à Constituição do pós-guerra, muitos autores procedimentalistas divergem dos autores substancialistas pois ainda há muitos conflitos em relação ao papel da Justiça Constitucional e do Poder Judiciário (STRECK, 2014a, p. 42). Assim, “abre-se a discussão sobre a legitimidade dos fundamentos utilizados por cada corrente para a efetivação dos direitos fundamentais” (JUNIOR LEAL; SHIMAMURA, 2011, p. 12-22). Streck (2014a, p. 42) apresenta a tese do procedimentalista Jürgen Habermas que:

[...] critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito. O paradigma procedimentalista pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o do Estado Social de Direito, utilizando-se, para tanto, da interpretação da política e do direito à luz da teoria do discurso.

Corroborando tal entendimento, para Hommerding (2006, p. 4):

A invasão da política pelo Direito ‘entorpece’ a capacidade democrática da sociedade e enclausura todas as possibilidades de emancipação dentro da racionalidade burocrática do Judiciário, aumentando o desprestígio da política e das alternativas democráticas na produção do direito e na condução do dever histórico.

Nesse ínterim, Adalberto Narciso Hommerding conclui que para Jürgen Habermas “não interessa uma pauta de valores previamente estabelecidos, ou seja, uma ordem suprapositiva de valores substanciais, já que não confere à Constituição condição de possibilidade para a transformação da realidade social” (MADERS; DUARTE, 2011, p. 4).

Essa também é a concepção do Desembargador do RS, Rogério Gesta Leal, uma vez que também entende que “as relações políticas da era moderna são marcadas pelos índices e âmbitos de racionalidade presentes na organização e justificação do poder político e sua vinculação com o social”. O autor defende a tese de Jürgen Habermas, onde mesmo havendo dissensões de opinião entre os juízes, parte-se do pressuposto que essas divergências são indiferentes, partindo da ideia de que as decisões só precisam estar em concordância com o Direito e a Moral (LEAL, 2007, p. 36).

Importante mencionar que a base do mandato do governo é o pacto político no qual a Constituição vem sendo concebida. Esse modelo é “a supremacia do legislador

dentro do esquema baseado na separação dos poderes". A Constituição é um marco concebido juridicamente procedimental, tendo em vista que qualquer eventual modificação é submetida ao arbítrio do legislador, "orientada ao estabelecimento de regras de organização do poder, cuja virtualidade envolve, essencialmente, a criação de uma ordem institucional para a organização do Estado" (CAMPUZANO, 2009, p. 14).

O Estado liberal de Direito, se edifica, portanto, sobre um modelo constitucional flexível, facilmente modificável pelo legislador, já que à Constituição não se reconhece uma categoria supralegal, mas sim permanece como norma primeira do ordenamento, submetida à vontade do legislador, cuja atuação é disciplinada somente pelo aspecto formal: é o legislador quem, em última instância, decide sobre a modificação da Constituição (CAMPUZANO, 2009, p. 14).

Ainda sobre as teorias do procedimentalista Jürgen Habermas, o que se destaca é a Teoria do Discurso, na qual poderia contribuir para uma democratização da Justiça Constitucional. Para o autor, os indivíduos (cidadãos) devem se auto-organizar a fim de conseguir os seus direitos, "tais sujeitos devem construir formas de comunicação não coitada pela ideologia hegemônica, [...] a fim de produzir pactos semânticos fundadores dos argumentos justificatórios de seus interesses e projetos de vida", aquilo que sendo discutido discursivamente entre os cidadãos valer-se-á perante a autoridade, essa ideia é a "condição de possibilidade de uma Democracia que se queira legitimada pela soberania popular" (LEAL, 2007, p. 61-62).

[...] somente é legítimo o direito baseado no princípio democrático que decorre da opinião de cidadãos que possuem os mesmos direitos e as mesmas possibilidades de seu exercício. Assim, a atenção do Poder Judiciário deve se assentar no procedimento democrático, que necessita ser pautado pela deliberação aberta a todos. [...] Deste modo, Habermas foca na garantia da deliberação (processo comunicativo) através de regras de procedimento (COPI; KLEIN, 2017, p. 140-166).

Acontece que essa teoria só poderia ser aplicada se todos estivessem na mesma capacidade discursiva, porém no Brasil ainda há grandes disparidades econômicas o que não permite que todos estejam no mesmo nível de discutir os "problemas públicos". Nesse mesmo sentido, de acordo com a teoria de Jürgen Habermas, os autores afirmam que para os procedimentalistas, "o Poder Legislativo se encontra mais aberto às manifestações do povo, de modo que o mérito das decisões da maioria não poderia ser revisto pelos juízes" cabendo ao Poder Judiciário apenas garantir de forma procedimental democrática aos cidadãos a formação de opinião e não a análise do conteúdo em si (COPI; KLEIN, 2017, p. 140-166).

[...] parece muito pouco - mormente se levarmos em conta a pretensão de se constituir as bases de um Estado Social no Brasil - destinar ao Poder Judiciário tão somente a função de *zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania* [...] (STRECK, 2011a, p. 83).

Todavia, o que incomoda é que o judiciário, de forma incontrolada, possa sobrepor os outros poderes, fazendo com que isso traga prejuízos para a separação dos poderes, “a função de intérprete da Constituição não é negada, mas a capacidade normativa do judiciário não pode se agigantar a ponto de romper com a força normativa democrática vinda das leis” (SILVA; COUTO, 2016).

### 3.2 O SUBSTANCIALISMO

A promulgação da CRFB de 1988 forçou uma série de interpretações acerca do texto Constitucional, isso porque uma vez posta a Constituição no centro do ordenamento jurídico pátrio exigindo concordância de todas as normas com essa Norma Maior, houve a necessidade de criação de novos métodos que tornassem possível uma leitura Constitucional de todas as normas infraconstitucionais. O aparecimento dos princípios constitucionais dotados de normatividade que podem ser exigidos jurisdicionalmente geraram uma nova dinâmica, já que até então o nosso legislador e também Judiciário lidavam apenas com regras jurídicas (SILVA; COUTO, 2016).

Logo, quando se fala em Direitos Sociais, entende-se que é dever do Executivo mediante a instrução de políticas públicas assegurar com que essas medidas cheguem à população e sejam concretizados. Entretanto, muitas vezes o Executivo não dá conta de suprir todas as necessidades da população, o que faz com que essa mesma população busque alternativas, seja através do Poder Judiciário ou Legislativo (SILVA; COUTO, 2016).

Ocorre que os juízes do Poder Judiciário não são imbuídos de legitimidade democrática, portanto significa que, diferente do Executivo que são eleitos para exercer essa função, os juízes do Judiciário têm suas decisões judiciais de caráter fortemente influenciativo do Executivo, sendo feridas pela falta de legitimidade.

Em meio a essa interferência judicial, alguns questionamentos surgiram: há legitimidade constitucional na atuação do poder judiciário em temas políticos, historicamente de competência do poder legislativo? No contexto do Estado Democrático, o Juiz deve proferir decisões que interfiram nas decisões de políticas legislativas ou executivas? (SILVA; COUTO, 2016).

O nome desse paradigma usado pelo Brasil desde a promulgação da CRFB que permite que os juízes analisem o conteúdo do Direito é chamado de paradigma substancialista.

A divergência entre os entendimentos se dá, basicamente, sobre o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, já que na concepção substancialista, “as decisões judiciais auxiliam na afirmação dos direitos fundamentais e na realização de uma ‘agenda igualitária’, [...] os procedimentalistas acham que o Direito, em excesso, pode ser prejudicial ao regime democrático” (HOMMERDING, 2006, p. 9-30).

Para os substancialistas, a jurisdição constitucional está fazendo com que o judiciário “assuma uma nova postura em relação à função que tradicionalmente vinha lhe sendo atribuída”, essas transformações, partindo da ideia de consolidar um “Estado que se diz democrático de direito” reconheceria o Poder Judiciário como sendo o último recurso em busca de garantias dos direitos humanos, é certo que “se o Judiciário deixar de declarar inconstitucional uma lei contrária aos princípios constitucionais, sua decisão estará – da mesma forma que a lei – violando a Constituição” (TASSINARI *et al.*, 2009, p. 32).

Barroso (2014, p. 379) esclarece que o Judiciário não será e nem é o único foro de debate, mesmo que dê a última palavra em relação às decisões, tendo em vista que “o poder emana do *povo*, não dos juízes”.

[...] toda vez que atuar em excesso, se caracterizará o exercício de um poder ilegítimo, seja porque violou o princípio da maioria, invadindo o âmbito (político) da decisão legislativa; seja porque, ainda que dentro das possibilidades de sua atenção, assumiu uma postura discricionária e arbitrária na resolução do caso concreto, ferindo a integridade do direito. E, então eis os limites da jurisdição constitucional (TASSINARI *et al.*, 2009, p. 32).

A grande diferença entre procedimentalismo e substancialismo está “no tipo de atividade que a jurisdição realiza no momento em que interpreta as disposições constitucionais que guarnecem direitos fundamentais” (STRECK, 2014a, p. 42). Desta forma, resta evidenciar que a teoria substancialista compreende que:

[...] mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir um papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita/explicita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em xeque o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política (STRECK, 2014b, p. 163-164).

O que se tem constatado é que a teoria substancialista defende uma maior atuação da justiça constitucional, cabendo ao Judiciário a competência de interpretar a Constituição “permitindo a adequação do texto constitucional ao tempo e ao espaço, adaptando-se ao contexto histórico-cultural de dada sociedade”, compromissando o Estado com as causas sociais, de modo que o Judiciário passe a ser o protetor dos direitos fundamentais (LEAL; ALVES, 2013, p. 73).

Em outras palavras, corroborando o entendimento dos autores, verifica-se que a corrente substancialista tem como base a máxima efetivação da CRFB, visto que defende o ativismo como meio de concretizar os direitos fundamentais, uma vez que a inabilidade do Estado em garantir os direitos fundamentais e sociais “levou o administrado a provocar a tutela jurisdicional para ver satisfeitos tais direitos, estabelecendo-se verdadeira judicialização dos direitos fundamentais” (COUTO; OLIVEIRA, 2016, p. 182-200). Já no entendimento do autor Streck (2011a, p. 87), não se pode confundir a corrente substancialista com “qualquer filiação à filosofia da consciência ou a ativismos judiciais”.

Por fim, percebe-se que a intervenção judicial tem sido objeto de divergências doutrinárias, provocando uma série de discussões em relação à atuação do STF. Verificou-se que diante dos apontamentos dos autores a teoria aplicada por Habermas seria insatisfatória no Brasil, diante da disparidade econômica não haveria igualdade argumentativa para se aplicar a Teoria do Discurso. Dessa forma, pode-se compreender que a “atuação proativa do Poder Judiciário ainda é necessária para garantir o acesso das minorias marginalizadas ao “mínimo existencial” que o Estado brasileiro se comprometeu a assegurar na Constituição Federal de 1988”, quando o assunto se relacionar aos direitos sociais fundamentais que por ventura o Estado não decidir (COUTO; OLIVEIRA, 2016, p. 182-200).

### 3.3 ATIVISMO JUDICIAL

No ramo da ciência jurídica, foram concebidos diversos princípios específicos de interpretação constitucional, afim de que superassem as limitações da interpretação jurídica. A interpretação constitucional faz desempenhar um papel diferente na concretização das normas jurídicas e constitucionais, dando um sentido interpretativo relevante à situação, fugindo da tradição do sentido unívoco e objetivo. “O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas” (BARROSO, 2003, p. 141-176).

Frisa-se que a ideia de ativismo é a de “decisão baseada na imposição *da vontade do juiz e não na vontade da lei (the will of the judge and not the will of the law)*” ou seja,

conforme a vontade e consciência do legislador (MAZOTTI, 2012, p. 22). Conforme bem explica Barroso (2014, p. 369-370):

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais [...] Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

O ativismo judicial originou-se na decisão *Lochner V. New York*, onde a Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Nova York. “Mas foi com o historiador Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria da revista *Fortune* intitulada *The Supreme Court: 1947*, que o termo *judicial activism* entrou no léxico não apenas jurídico, mas sobretudo político e popular” (TEIXEIRA, 2012). Para parcela da doutrina, o oposto do ativismo é a *auto-contenção judicial*, linha de atuação do Poder Judiciário até o advento da CRFB. A diferença entre os dois é que o ativismo “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional e a *auto-contenção* “restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas” (BARROSO, 2009, p. 01-29, grifos do autor).

Desse modo, pode-se constatar que o ativismo judicial tem sido utilizado para apreciar o comportamento dos juízes no processo de tomada de decisão. O ativismo “indica uma situação-limite, as fronteiras fluídas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito”. No caso, o ativismo seria contrário ao direito e à constituição, “os juízes passariam a fazer a lei e não mais a interpretá-la” violando assim os limites da jurisdição constitucional (KOERNER, 2013, p. 69-85). Contrariamente a tal entendimento, podemos citar as palavras de Montesquieu de que os juízes devem se conter ao texto escrito da lei, já que são “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das mesmas” (MONTESQUIEU, 1996, p. 175).

Com base nesse conceito, compreende-se que:

O ativismo judicial é, portanto, característica intrínseca da atividade do magistrado, posto que, como já mencionado, o juiz se vê obrigado, diariamente, a fazer uso de sua criatividade durante sua atividade típica – seja dizendo o “comprimento” do texto legal na atividade interpretativa, sendo ela extensiva

ou restritiva; seja dizendo “o que falta” quando a lei se cala sobre determinado assunto (BERTO; FERRO, 2016, p. 80).

No Brasil, a discussão a respeito do ativismo judicial ocorreu a partir da promulgação da CRFB de 1988 e passou a ter uma intensa participação do Judiciário. Ainda que visto de forma negativa, compreende-se o ativismo desempenhado pelo Poder Judiciário um comportamento proativo mediante à jurisdição constitucional, que busca de forma interpretativa suprir, a partir das decisões judiciais, as deficiências dos Poderes Executivo e Legislativo (GALVÃO, 2015, p. 88-99).

Alguns doutrinadores interpretaram a decisão emanada pelo STF acerca da análise da ADI 4277, bem como ADPF 132 (que serão apresentadas no próximo capítulo) como uma decisão ativista. Nesse ínterim, cumpre analisar a presente decisão para compreender melhor a atuação do STF. Os autores Streck, Barreto e Oliveira (2009, p. 75-83) salientam que o STF passou a utilizar-se do ativismo para resolver problemas políticos e sociais do cotidiano, no entanto, “em uma democracia não se quer saber o que o juiz pensa sobre determinado fenômeno; o que se quer saber é como se pode alcançar uma resposta a partir do direito. E, definitivamente, o direito não é – e não pode ser – aquilo que o judiciário ‘diz que é’”. Já para o autor Barroso (2009, p. 09):

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica.

Messias (2016, p. 03-20) entende que, para a realidade contemporânea, é inevitável alegar que o ativismo é “um instrumento na busca do reconhecimento e concretização dos direitos fundamentais” uma vez que “em um país em que as composições políticas e a democracia são mais formais do que reais, em que os direitos humanos só são concretizados na apropriada conveniência e habilidade de resistência das elites”, o ativismo judicial com um postura crítica e interpretativa da CRFB passou a decidir os grandes temas de discussão da sociedade.

Sob essa ótica, outro exemplo de julgamento considerado ativista foi o que autorizou o aborto de bebê anencéfalo na ADPF nº 54. “A ofensa ao Estado de Direito foi notória uma vez que inovou o ordenamento jurídico penal, colocando-se acima da norma posta, substituindo o consenso político alcançado, através do processo legislativo, construído pelo Poder Executivo e Legislativo” (RIBEIRO, 2014). A discussão teve como objeto que o STF interpretasse o Código Penal à luz da Constituição, de modo que declarasse a inconstitucionalidade da

Interpretação dos artigos 124, 126, e 128, I e II do Código Penal, como impeditiva a interpretação terapêutica de parto [...] reconhecendo o direito da gestante em optar pela antecipação terapêutica do parto, uma vez atestada a anencefalia por laudo médico (BUNCHAFT, 2013, p. 188-312).

Desse modo, é pertinente esclarecer que embora a técnica de interpretação conforme a Constituição seja legítima, não quer dizer que os juízes podem se manifestar conforme a vontade, uma vez que o papel deles é de julgar através da aplicação pura e simples da lei, podendo exercer o direito de atribuir um sentido e alcance, apenas quando a lei não for suficiente, “sendo esta, portanto, a exceção da atividade jurisdicional em prol da existência do Estado de Direito”. No caso em tela, o STF, “colocou-se acima da lei penal em inobservância a todas as garantias e direitos dos cidadãos, vulgarizando, dessa forma, a sistematização e cientificização do próprio direito”, extrapolando assim seus limites de jurisdição (RIBEIRO, 2014).

#### **4 A ADI 4277**

O ministro Gilmar Mendes analisou a presente ADPF e a recebeu como Ação de Inconstitucionalidade (ADI)in. Tais ações usam como base para interpretação os princípios jurídicos, tais como: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), princípio da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV) e princípio da proteção à segurança jurídica.

Nesse sentido, o ministro Carlos Ayres Britto, em relação à ADPF nº 132, em seu voto, declarou a perda do objeto da ação “no que reputa ao ponto específico de reconhecimento de direitos previdenciários aos servidores públicos homoafetivos do estado do RJ, visto que o mesmo já reconhece, desde 2007, os mesmos direitos aos servidores heterossexuais e homossexuais” (RIBEIRO; NOVAIS; MARTINS, 2013). No entanto, acolheu os pedidos formulados em ambas as ações e reconheceu a ADPF 132-RJ como ADI(in), “ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil Brasileiro à técnica da *interpretação conforme a Constituição*”, o qual refere-se basicamente à luz do inciso IV do art. 3º da CRFB: “3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 2011, grifos do autor).

O princípio da interpretação conforme a constituição não é apenas uma regra de interpretação, mas também fundamentalmente um princípio de controle [...] sua função é assegurar a constitucionalidade da interpretação, ao determinar que, no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas, se deva dar pre-

ferência à interpretação que lhe confira um sentido em conformidade com a Constituição (CEIA, 2013, p. 61-90).

Portanto, o STF, ao interpretar a Constituição de uma forma puramente objetiva, aduz que não se deve limitar o conceito de família exposta pelo Código Civil e sim considerar que qualquer “entidade dotada de afetividade, estabilidade e ostensividade deve ser açambarcada como família sob aspecto isonômico” (RIBEIRO; NOVAIS; MARTINS, 2013).

Não há nenhuma referência na CRFB de 1988 que impossibilite a união e constituição de família por pessoas do mesmo sexo. A definição de família na CRFB está aberta à realidade fática, sendo que “união homoafetiva é parte dessa realidade e traduz o pluralismo e multiplicidade que a expressão de família envolve”. Com isso, no instante em que foi atribuído à união estável o significado de afetividade, companheirismo, convivência pública, não se pode olvidar que os homoafetivos tenham o mesmo tipo de relação. Diante dessa interpretação, o Supremo protege todos os direitos já citados, “dignidade, vedação do preconceito, isonomia, liberdade sexual, privacidade, livre planejamento familiar, entre outros”, além de não violar as normas constitucionais conforme a interpretação dada (RIBEIRO; NOVAIS; MARTINS, 2013).

Quando o assunto são as relações homoafetivas, no que concerne aos aspectos jurídicos, o julgador não pode se omitir em julgar, com a justificativa de inexistência de lei. Ante a omissão, o magistrado vale-se das fontes como à analogia, princípios e costumes que podem ser utilizados em favor de quem requer seus direitos. A interpretação deve ser crescente, progressiva, justa e democrática com o objetivo de que se adéque às mudanças sociais, das alterações dos hábitos dos indivíduos (SILVA; GOMES, 2016).

Diante das acusações de ativismo judicial, em que o STF extrapola seus limites de intervenção judicial, o melhor seria mesmo o Congresso analisar os pedidos e as questões sobre esse tema, no entanto, observa-se que, por razões políticas, tem-se uma resistência para tal, “parece-me que não há exorbitância de nossa parte quando dizemos que a Corte está sendo chamada para decidir um caso que diz respeito aos direitos fundamentais e, no caso específico, de forma inequívoca, diz respeito a direitos de minoria”. Ademais, ressalta que o reconhecimento da ação de inconstitucionalidade protege os direitos fundamentais como bem já disse o ministro Ayres Britto, além de ser “obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas”, julgando, então, procedente o pedido formulado para conferir a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2011).

Nesse sentido, é relevante ressaltar o entendimento dos integrantes do STF, o que permite elucidar a interpretação dada ao dispositivo legal ora em comento julgado por votação unânime, o pedido da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 como da Ação de Inconstitucionalidade 4.277, além de reconhecerem que a união homoafetiva pode ser considerada entidade familiar no Brasil. Os autores Streck, Barreto e Oliveira (2009, p. 75-83) complementam sustentando que “a interpretação conforme a Constituição não modifica o texto da norma, mas produz uma norma a partir da parametricidade constitucional. Esse é o limite do sentido e o sentido do limite”.

Outrossim, contrariamente à decisão, o jurista Streck (2011b) esclarece primeiramente que é absolutamente a favor de que todos tenham seus direitos adquiridos, bem como as uniões homoafetivas, porém, para ele, pelo fato de estar expressamente previsto na Constituição “homem e mulher”, não se poderia equiparar as uniões de casais do mesmo sexo às de casais heterossexuais. Complementa afirmando que os ministros deveriam julgar a ação de inconstitucionalidade improcedente, alegando que é matéria do Legislador e que esse tipo de ativismo extrapola a Constituição.

De fato, várias discussões têm sido realizadas acerca desse assunto, e parece que o entendimento principal caminha na direção de que:

[...] a decisão dispõe de eficácia contra todos e efeito vinculante frente ao Poder Judiciário e à Administração Pública, no âmbito federal, estadual e municipal. Desse modo, a omissão da Lei deixou de servir de obstáculo à outorga de direitos e imposição de obrigações às relações de parceiros do mesmo sexo [...] (DIAS, 2012, p. 125).

O STF se viu obrigado a se manifestar sobre o tema, muito pela falta de iniciativa do Poder Legislativo em elaborar leis que favorecessem aos homossexuais, que preenchessem as lacunas da Lei. O Direito precisa acompanhar as mudanças sociais, porém, para muitos doutrinadores, o STF fez uso do Instituto da *mutação constitucional*, do *ativismo judicial* e também do *judicialismo*.

Outros doutrinadores, antes da decisão do STF, já se manifestavam em relação ao STF não se pronunciar sobre os direitos aos casais homoafetivos. O fato de a Legislação Brasileira, em pleno século XXI, não ter se manifestado e apresentado uma legislação que se estenda aos casais homoafetivos provocou ao Poder Judiciário utilizar-se do ativismo judicial para interpretar e encarar as questões embasadas na CRFB (RAGAZZI; GARCIA, 2011, p. 177).

Para Barroso (2009, p. 01-29), o STF foi provocado e, em relação à própria ADI, os ministros se manifestaram no limite dos pedidos formulados. Ele refere que o “tri-

bunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento”.

Streck (2011c) ressalta que “na medida em que a Constituição Brasileira possui um catálogo extenso de direitos sociais, que se transformam em direitos sociais-fundamentais, é inexorável que ocorra uma judicialização nesse campo da aplicação do direito”. Desse modo, não se pode confundir os Institutos (ativismo judicial e judicialismo), pois o ativismo extrapola a constituição e só ganhou forma pela tardia jurisprudência de valores. No que diz respeito aos direitos fundamentais, não pode o julgador usar da sua opinião pessoal para fundamentar tal decisão.

O risco de utilizar-se do ativismo judicial para intervir em grandes decisões pode vir a ser uma dificuldade ao Poder Judiciário, tendo em vista que nem todos os problemas poderão ser resolvidos por esse meio. Os autores esclarecem que o judiciário pode intervir, desde que sejam usados argumentos plausíveis e não de opinião ou vontade, assim como a decisão poderia vir de um julgador favorável, ou outro sendo mais conservador poderia julgar essa “mutação constitucional” improcedente: “A decisão a ser tomada em tais casos precisa ser levada a cabo no espaço político, e não no jurisdicional, justamente para evitar que sua resolução fique à mercê das opiniões pessoais dos ministros da Corte Constitucional” (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 75-83).

Apesar de os autores serem a favor do reconhecimento da união estável, ressaltam que a decisão deveria se dar por meio do processo legislativo previsto pela CRFB, caso contrário, estariam extrapolando as vias do ativismo judicial. Essa também é a concepção da mestrandia Emmerich (2015), uma vez que também entende que, ao dar-lhe uma interpretação, “alterar o conteúdo expresso na Constituição seria o mesmo que declarar a inconstitucionalidade do texto constitucional”.

## 5 CONCLUSÃO

Expôs-se, através de decisões, a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo, bem como os requisitos necessários para adotar. Observou-se que alguns doutrinadores antes mesmo do julgamento do STF já viam a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo, referindo que no ECA não havia nenhuma restrição a “orientação sexual” e que para realizar esse processo dependia apenas da intenção de constituir uma família, de proteger e cuidar do adotado, uma vez que todos os direitos dos heteroafetivos foram vinculadas às uniões homoafetivas.

Na sequência, apresentou-se uma das primeiras decisões relacionadas à adoção por casais homoafetivos realizada antes do julgamento da ADI 4277. Concluiu-se,

portanto, que essa discussão já estava em pauta há muito tempo e que por esse motivo o STF decidiu se posicionar.

Nota-se que algumas das decisões no âmbito de competência do STJ já estavam sendo favoráveis, tendo em vista que o objetivo da adoção é proporcionar à criança o direito de ter uma família, sendo elas sempre o motivo para realização desse ato. Os argumentos utilizados tinham como base a CRFB onde consta o direito individual da intimidade, nesse sentido, a “orientação sexual” do adotante não poderia influenciar na decisão, por estar constitucionalmente protegida. Essas decisões favoráveis foram paradigmáticas para a tomada de decisões do Tribunal de Justiça do RS, sempre evidenciando que, se todos os requisitos estivessem de acordo, nada impediria a adoção por casais do mesmo sexo.

O debate sobre a união homoafetiva e a adoção se deu por encerrada na jurisdição constitucional (no STF) a quem se atribuiu a função de guarda da Constituição, segundo o artigo 102 da CRFB de 1988. Neste viés, conclui-se que para se compreender melhor a decisão que possibilitou a união estável e a adoção por casais do mesmo sexo, foi necessário discorrer sobre as teorias: procedimentalista, substancialista e ativista.

Observou-se que a vertente da crítica doutrinária trazida mostrou que a teoria adotada não foi o procedimentalismo, visto que atualmente existe um projeto de Lei questionando isso na esfera do Poder Legislativo. Em face dessa omissão do Poder Legislativo, ou até mesmo da não atuação dele, verificou-se que alguns autores adotaram teorias interventivas de âmbito substancialista e ativista, nesse aspecto, coube aos substancialistas e ativistas se manifestarem, uma vez que o Legislativo não estaria exercendo o seu papel.

Por fim, conclui-se, diante do estudo doutrinário, que o STF utilizou da teoria ativista para reconhecer a união estável como entidade familiar. Do estudo, chegou-se à conclusão que, por haver uma norma tutelando o caso e por estar expressamente previsto na Constituição “homem e mulher”, parece estranho buscar a equiparação da união estável heteroafetiva à união estável homoafetiva, uma vez que a entidade familiar já estava tutelada pela norma, dessa forma, somente o ativismo poderia realizar a contraposição do que está na Legislação.

Para tanto, mesmo que o ativismo procure suprir as deficiências do Poder Executivo e Legislativo, os juízes não podem sustentar suas decisões através da “filosofia da consciência”, ainda que tenham como objetivo a concretização dos valores e direitos fundamentais. Embora essa decisão ativista tenha sido favorável, o fato de não buscar uma resposta a partir do Direito demonstra que o Poder Judiciário está se colocando acima da Lei posta e extrapolando os seus limites dentro da jurisdição constitucional.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas - Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, n. 04, p. 01-29. jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 365.
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>>. Acesso em: 24 out. 2017.
- BERTO, Antônio Carlos Pereira; FERRO, Felipe Pessoa. A legitimidade dos membros do Supremo Tribunal Federal. In: SILVA, Alice Rocha da (Org). **Revista Processus**, v. 17, n. 1, p. 72-182 jan./jul., 2016. Disponível em: <<http://www.institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2016/10/REVISTA-PROCESSUS-XVII.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.
- BUNCHAFT, Maria Eugênia. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). Livraria do advogado, Porto Alegre, 2013, p. 188-312.
- BUNCHAFT, Maria Eugenia; CRISTIANETTI, Jéssica. O julgamento da ADI 4277 no STF: uma crítica ao binarismo sexual à luz do debate Fraser-Honneth. **Revista Direito e Liberdade**, ESMARN, v. 18, n. 2, p. 51-84, mai./ago 2016. Disponível em: <[www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas](http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas)>. Acesso em: 11 jun. 2017.
- BRASIL, Portal. **STF reconhece adoção de criança por casal homoafetivo**. 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/ministra-do-stf-reconhece-adocao-de-crianca-por-casal-homoafetivo>>. Acesso em: 19 set. 2017.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Supremo reconhece união homoafetiva**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 23 mar. 2017
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. Relator Ministro Ayres Britto. Data do julgamento: 04 maio. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginaDorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 11 jun. 2017.
- CAMPUZANO, Alfonso de Julios. **Constitucionalismo em Tempos de Globalização**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 14.
- CEIA, Eleonora Mesquita. A aplicação do Princípio da Interpretação conforme a Constituição no controle de Constitucionalidade de Tratados Internacionais. **Espaço Jurídico**, Chapecó, v. 14, n. 1, p. 61-90, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1849/1431>>. Acesso em: 20 jun. 2017.
- COPI, Lygia Maria; KLEIN, Érico Prado. Neoconstitucionalismo e Jurisdição Constitucional no Brasil: uma proposta conciliatória entre a garantia de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e fortalecimento democrático. Brasília: **Observatório da Jurisdição**. Instituto Brasiliense de Direito Públi-

co, a. 7, n. 2, p. 140-166, jul./dez, 2017. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1008/670>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

COUTO, Mônica Bonetti; OLIVEIRA, Simone Pereira de. O judiciário na trincheira do Direito fundamental à saúde: uma proposta de reanálise do problema da judicialização das políticas públicas à luz das teorias do substancialismo e do procedimentalismo. **Direito Público**, v. 13, p. 182-200, dez. 2016. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2786>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e Direito à diferença**. Publicado em 01 set. 2010. Disponível em: <<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_633\)26\\_\\_homoafetividade\\_e\\_o\\_direito\\_a\\_diferenca.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_633)26__homoafetividade_e_o_direito_a_diferenca.pdf)>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a. p. 377-383.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b, p. 500.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 125.

EMMERICH, Natália Nardelli. **O Reconhecimento Jurídico da União Homoafetiva por meio da ADI 4277: Análise sob a ótica do ativismo judicial**. Centro Universitário Salesiano de São Paulo, UNISAL/Lorena. Disponível em: <<http://www.lo.unisal.br/direito/semifce/publicacoes/ARTIGOS%20-%20Estado%20Constitucional%20e%20Teoria%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20I/Natalia%20Nardelli%20Emmerich.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

GALVÃO, Ciro di Benatti. Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 88-99. ISSN 2236-1677. Disponível em: <<https://uniceub.emnuvens.com.br/RBPP/article/view/3101>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado democrático de direito: a necessidade do debate procedimentalismo versus substancialismo. **Revista da AJURIS**, v. 33, n. 103, v. 33, p. 9-30, set. 2006. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017, p. 4.

JUNIOR LEAL, João Carlos; SHIMAMURA, Emilim. Sobre procedimentalismo e substancialismo na promoção de políticas públicas na área da saúde. Direito constitucional. Brasília: **Revista CEJ**. ano XV, n. 52, p. 12-22, jan-mar., 2011. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1404/1448>>. Acesso em: 26 out. 2017.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. São Paulo: **Novos estud. - CEBRAP**, n. 96, p. 69-85, jul, 2013, ISSN: 0101-3300. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-3002013000200006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-3002013000200006&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 25 out. 2017.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. **Teoria Geral e Mecanismos de Efetividade no Brasil e na Espanha: Tomo I**. A apreciação de questões políticas pelo judiciário e a harmonia entre os poderes: É possível se estabelecer um diálogo conciliador entre procedimentalismo e

substancialismo?. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo; TRAMONTINA, Robison. Santa Catarina: Unoesc, 2013, p. 73. Disponível em: <[http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/S%C3%A9rie\\_Direitos\\_Fundamentais\\_Sociais\\_tomo\\_I.pdf](http://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/S%C3%A9rie_Direitos_Fundamentais_Sociais_tomo_I.pdf)>. Acesso em: 09 nov. 2017

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. 7. ed. Porto Alegre Livraria do advogado, 2007, p. 36.

MADERS, Angelita Maria; DUARTE, Isabel Cristina Brettas. Procedimentalismo e Substancialismo: Diferentes perspectivas sobre a Jurisdição Constitucional brasileira na atualidade. **Revista Científica Orbis**, Campina Grande-PB, v. 2. n. 2, p. 92-117, jun./jul, 2011. ISSN: 2178-4809. Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/61/61>>. Acesso em: 26 out. 2017, p. 4.

MAZOTTI, Marcelo. **Jurisdição constitucional e Ativismo Judiciário**: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Estadunidense. 2012. 22 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Programa de Mestrado em Direito do Estado, Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-05122012-162249/pt-br.php>>. Acesso em: 24 out. 2017.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster\\_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2017.

MESSIAS, Cleide Alves. Constituição e Democracia I. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; REZENDE, Beatriz Vargas Ramos G. de (Coord.). XXV Encontro Nacional do Conpedi- Brasília-DF. **CONPEDI**. Florianópolis, p. 03-20, jul. 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii-48h0/5ccav186/xwoS4ApqSA0m55DG.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de. **O espírito das leis**. In: RIBEIRO, Renato Janine (apres). MURACHCO, Cristina (tradução). São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 175.

MORAIS, Aldenise Bezerra de; SANTOS, Raquel Guimarães de Souza; ESTEVAM, Ionara Dantas; FORMIGA, Nilton S. **Adoção por casais homoafetivos: novos arranjos de família**. O Portal dos Psicólogos, nov. 2013, ISSN 1646-6977. Disponível em: <<http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0731.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2017

NIGRO, Rachel. A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, n. 41, p. 157-183, jul-dez. 2012. ISSN: 1516-6104. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=246&sid=23>>. Acesso em: 20 out. 2017, p. 5.

OLIVEIRA, Elson Gonçalves de. **Adoção**: uma porta para a vida: já em consonância com a Lei nº 12.010, de 29 jul. 2009. Campinas: Servanda Editora, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. V, p. 460.

RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. **Princípios constitucionais**. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 177.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Interpretação Constitucional: Notas sobre Procedimentalismo e Substancialismos. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa/Portugal, v. 2, 2013, n. 8, p. 8665, ISSN: 2182-7567.

RIBEIRO, Maria do Socorro Rodrigues. Ativismo em decisões judiciais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org). Escola de Direito de Brasília- EDB. 1. ed. Brasília: **IDP**, 2014. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1000-ativismo-em-decisoes-judiciais-1/file>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

RIBEIRO, Gabrielle Xavier; NOVAIS, Melissa Mendes; MARTINS, Rafael dos Santos. Interpretação conforme a Constituição na ADI 4277. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8 , n. 1, 1º quadrimestre 2013, ISSN 1980-7791. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 19 jun. 2017.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Lorena Fonseca; COUTO, Felipe Frões. Sobre ativismo judicial: o debate “substancialismo x procedimentalismo” em perspectiva. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**. Universidade Estadual de Montes Claros - Unimontes, Brasil, abri./jun, 2016, ISSN: 1988-7833. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/2016/02/legitimidade.html><http://hdl.handle.net/20.500.11763/CCCSS-2016-02-legitimidade>>. Acesso em: 30 out. 2017.

SILVA, Pedro Henrique da; GOMES, Ana Paula Maria Araújo; **XII Encontro de extensão, docência e iniciação científica (eedic) reconhecimento da união estável homoafetiva na ADI 4277 e ADPF 132: Ativismo judicial ou mutação Constitucional?**. Encontro de Extensão, Docência e Iniciação Científica (EEDIC), 12, 2016, Quixadá: Centro Universitário Católica de Quixadá, 2016, ISSN: 2446-6042. Disponível em: <<http://publicacoesacademicas.fcrs.edu.br/index.php/eedic/article/viewFile/962/705>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**: 75-83, jul./dez., 2009a, Unisinos: Publicado em 07 de dez. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011a, p. 81.

STRECK, Lenio Luiz. **Sobre a decisão do STF (uniões homoafetivas)** (Blog na Internet). 02 de junho de 2011. Disponível em: <<http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>>. Acesso em: 14 jun. 2017

STRECK, Lênio Luiz. Entrevista. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. out./dez. 2011, v. 81, n. 4, ano 29. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1302.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. revista atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014a, p. 42.

STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b, p. 163-164.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Conflito entre Poderes e ativismo judicial: Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. São Paulo: **Revista Direito GV**: Versão on-line, v.8, n.1, jan./jun, 2012, ISSN: 2317-6172. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002)>. Acesso em: 24 out. 2017

TASSINARI, Clarissa; BRAVO, Efendy Emiliano Maldonado; JONER, Gabriel; DERMMAN, Marina Ramos; KÖCHE, Raquel; PINTO, Rafael Saurin. **Estudos sobre (Neo) constitucionalismo**. In: STRECK, Lenio Luis; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (coord.). São Leopoldo: Oikos, 2009, p. 23.

VITOR, Marina Veiga Santos; Adoção por casais homoafetivos no Direito brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, out. 2013, ISSN 1678-8729. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1420>>. Acesso em: 19 set. 2017.

# **A RELEVÂNCIA DA MEDIAÇÃO JUDICIÁRIA COMO MEDIDA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA E A PARTICIPAÇÃO DAS CASAS DE ABRIGAMENTO**

## **Carline Tassiara Spohr**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: [linizinha\\_223@yahoo.com.br](mailto:linizinha_223@yahoo.com.br).

## **Rafael Minussi**

Doutor em Qualidade Ambiental  
pela Universidade Feevale.  
Professor na Universidade Feevale.  
E-mail: [rafaelminussi@feevale.br](mailto:rafaelminussi@feevale.br).

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo objetiva trazer esclarecimentos quanto à destituição do poder familiar, quando o menor é colocado como modo de disputa ou, por muitas vezes, descuidado e criado à própria sorte, bem como a necessidade de analisar a forma em que a justiça é utilizada, trazendo para cada problemática uma abordagem de diálogo diferenciada, acompanhamento de profissionais, terceiros que ajudem a reestruturar aquela família e trazê-la, quem sabe, a um âmbito sereno e de convívio respeitoso entre os entes, onde todos, de maneira saudável, façam bem uns aos outros, posto que, perante muitos casos, as crianças e jovens passam por situações de abuso, violência sexual, psicológica e, ainda, permanecem em situação de risco constante quando, por inúmeras vezes, são deixadas à deriva.

Na contemporaneidade, torna-se inadmissível que o bem maior de uma família não esteja baseado entre os valores sentimentais e de estima uns pelos outros, com o objetivo de evolução e desenvolvimento dos menores, para assim assistirem seus filhos com capacidades e oportunidades indescritíveis na vida. Mesmo em locais onde se tenha uma desestruturação social, não devem ser abordadas de maneira banal questões de desrespeito às crianças e adolescentes e muito menos privá-las de passar por cada etapa de sua vida de uma vez, sem pular fases importantes do crescimento, e tirar-lhe o direito de adolecer de forma saudável, com educação, afeto e amor.

Entre os aspectos abordados, apresenta-se a evolução do Poder Familiar durante os séculos, desde os tempos mais remotos, passando pelo direito romano, apresentando um breve destaque à família no direito germânico, bem como outros povos, desatando as evoluções até os dias atuais, exaltando que o *pater familias* possuía um poder sobre o núcleo familiar que ninguém mais tinha. Do passar dos anos esse poder absurdo foi sendo modificado e transferido para a esposa, até os dias atuais, onde o exercício do Poder Familiar é realizado de forma igualitária entre os cônjuges e visa sempre o melhor interesse das crianças e dos adolescentes, que se constitui em um dos princípios basilares quando se fala na proteção destes.

Apresenta-se entre os diversos destaques doutrinários a forte influência do direito canônico no atual direito de família bem como as diversas evoluções legislativas oriundas da mudança do Código Civil de 1916 para o de 2002, bem como, e essencialmente, a Constituição Federal, que com suas normas procede todos os nortes da família no direito brasileiro. A Carta Magna de 1988 trouxe, além do reconhecimento da união estável, a normatização quanto aos direitos dos filhos havidos fora do casamento e ainda o reconhecimento quanto a ambos os pais serem responsáveis pelo núcleo familiar e, logicamente, pelo seu filho.

Verifica-se que um grande enriquecimento está baseado na lei 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, abrangendo de forma integral todos os direitos da criança e do adolescente, compreende os direitos e deveres do Estado, da sociedade, comunidade, pais, escola, e demais entidades para o seu melhor desenvolvimento. Com base no art. 227 da CF, conjuntamente a redação da Emenda Constitucional n° 65/2010, foram fixadas as normas protetivas a estes seres humanos que não conseguem se auto proteger.

Essa blindagem construída em torno das crianças e adolescentes pode falhar em alguns momentos. Os pais são responsáveis pela vida de seus filhos, todavia muitas vezes esquecem que o interesse maior deve ser voltado à evolução do menor, e cometem determinados atos que não compactuam com o que de fato seria educar, amar e criar uma criança. Por vezes, estes pais cometem abusos, são negligentes e não possuem a consciência dos malefícios que estão trazendo. Nas situações em que verificado o risco sofrido pelo menor, os pais passam por determinado processo e conjuntamente à parte processual há acompanhamento tanto aos genitores como ao menor.

Com a medida protetiva, os menores são levados a uma casa de proteção e durante o afastamento permanecem nesta casa sobre cuidados diários. A perda do poder familiar somente é aplicada se o fato que a resultar for de grande proporção, a ponto de colocar em risco permanente a segurança e a dignidade da criança ou adolescente. Trata-se de medida extrema.

A mediação vem para ser um norte que beneficia os envolvidos, é mais ágil, traz uma maior segurança às partes, os envolvidos participam diretamente da dissolução do litígio. Enquanto meio alternativo, tem como finalidade buscar as causas que geraram o conflito de forma apropriada. Além disso, o acordo alcançado pela mediação tem mais possibilidade de ser cumprido pelas partes do que uma decisão proferida por um terceiro, em razão da participação das partes.

Na sequência se pretende analisar algumas questões pontuais vinculadas ao Poder de Família e sua Destituição, A Mediação Como Meio de Solução da Demanda e Reestruturação Familiar e, finalmente, A Participação da Casa de Abrigamento na Mediação e Reestruturação Familiar.

## **2 DO PODER DE FAMÍLIA E SUA DESTITUIÇÃO**

Referente ao poder de família e sua destituição, verifica-se grande avanço histórico acerca do tema. Compreende-se que estão presentes diversos modelos de famílias que influenciaram no atual arquétipo de família do direito brasileiro. Destes

conjuntos domésticos, por ordem cronológica, apresentam-se: a família no direito romano, no direito germânico, na Idade Média, no direito canônico e o modelo anterior ao Código Civil atual até a contemporânea estrutura familiar, que trazia cidadãos *sui iuris* ou *alieni iuris*, onde o primeiro indivíduo não se sujeitava ao poder pela lei 10.406/02. Na família do direito romano, as relações entre os familiares eram de profunda desigualdade (SANTOS NETO, 1994).

Neste sentido, a lição de Tito Carlos de Lima, referindo-se à sujeição da família romana, apresenta que, “como toda sujeição importa na qualidade *alieni iuris*, não pode haver, numa família, senão um único indivíduo *sui iuris*, ao qual todos os demais ficam sujeitos”, assim identificando a figura do *pater familias*, personagem de maior poder na estrutura familiar daquela época (LIMA, 1949, p. ?).

No poder familiar do direito romano, a família significava um conjunto de pessoas que conviviam da seguinte forma:

Sob a *patria potestas* do ascendente mais velho, assim, o *pater familias* exercia seu poder sobre todos os seus descendentes que não haviam se emancipado, inclusive sobre a sua esposa e as esposas de seus descendentes. Para eles os laços de sangue não possuíam influência relevante, tendo em vista que o *pater* detinha o poder sobre qualquer membro de sua família (WALD, 2002, p. 10).

O *pater* era visto como chefe político, sacerdote e ainda juiz. Ele manejava os cultos, exercia poder sobre toda a entidade familiar de forma literal, podendo ao mesmo tempo punir seus descendentes, bem como vendê-los e, até mesmo, ceifar suas vidas. Sobre a *patria potestas* no direito romano, pondera também o autor San Tiago Dantas, de que o direito do *pater* estava vinculado ao domínio:

A *patria potestas* romana não era *múnus*, era uma *auctoritas*, um direito do *pater*, direito construído do mesmo modo que o domínio, de modo que o *pater* estava em face do *filius* como o proprietário em face da coisa: ele é que é o titular do direito, o interesse protegido é dele (DANTAS, 1991, p. 60).

Para Fustel de Coulanges, a palavra *pater*, em outros povos, era encontrada com semelhante significado, sendo estes, os gregos e os hindus e, claro, os romanos. Conceituava-se paternidade não como vemos hoje, mas sim além da autoridade da época. Estava ligada à ideia de dignidade majestosa que tal ser possuía. Na linguagem jurídica, o título de *pater familias* poderia ser direcionado ao homem que não tivesse filhos, e da mesma maneira não fosse casado, ainda que não possuísse idade para tal. Mesmo para os povos antigos, poderia associar-se a palavra *pater*, nas diversas línguas da época, à palavra genitor (COULANGES, 1975).

O *pater familias* era mais do que apenas um cidadão romano, este era o chefe da família. Nos grupos familiares que tivessem mais que um ascendente varão, para que um destes pudesse preencher o posto, o outro ascendente varão deveria ter renunciado a seus poderes como chefe de família a seu primeiro descendente. O poder deste chefe era de forma tão suprema que este poderia abandonar um recém-nascido, não precisando de justificativas para tal ato, pois não se intimidava por ninguém e por nenhum poder doméstico. As ações do chefe de família de forma alguma eram questionadas, sendo que este possuía total controle sobre a vida e os bens de seus descendentes e colaterais (FUZZITA, 2011).

Para Arnold Wald, a família romana era, ao mesmo tempo, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, onde havia apenas um único patrimônio, administrado somente pelo *pater*, uma religião própria, passada por seus antepassados falecidos, sendo a justiça, dentro dos limites da casa, administrada pelo *pater familias*. Ressalta, ainda, que a mulher, ao casar, podia continuar sob a autoridade paterna ou entrar na familiar marital, não sendo permitido que esta pertencesse a duas famílias simultaneamente (WALD, 2002).

Com a evolução histórica, esse poder atribuído quase que exclusivamente ao homem passa a ser dividido com a mulher, o que merece destaque a partir das concepções advindas do direito germânico sobre família. A família germânica é o modelo que mais se aproxima do conceito e transformações que construíram o grupo familiar do século XXI. Ao analisar o Código Civil de 1916, anteriormente à Carta Magna de 1988, o homem ainda mantinha sua posição de chefe de família, enquanto, em relação à mulher que estivesse em matrimônio, esta vinculava-se ao marido como dependente para poder exercer uma profissão. O regime de bens instituído na época foi o da comunhão universal de bens, bem como o direito sucessório criado pelo legislador que conjecturava antes de mais nada os interesses do grupo familiar (WALD, 2002).

Dentre as ideias trazidas pela Lei Civil de 1916, manteve-se diretrizes do direito canônico no que cabia ao processo preliminar de habilitação para o casamento, aos impedimentos dirimentes e impeditivos, em relação às nulidades e observações, e considerou à época o matrimônio entidade indissolúvel. O Código de 1916 somente entrou em vigor em 1917, mantendo o homem em sua posição de chefe de família, e a mãe que fosse viúva e casasse novamente perdia o pátrio poder sobre os filhos do primeiro relacionamento (WALD, 2015).

Algumas características e denominações foram estipuladas para análise de poder familiar. De forma a elucidar este dever dos pais sobre os filhos, destaca Carlos Roberto Gonçalves:

É, portanto, irrenunciável, incompatível com a transação, e indelegável, não podendo os pais renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem. Do contrário, estar-se-ia permitindo que, por sua própria vontade, retirassem de seus ombros uma obrigação de ordem pública, ali colocada pelo Estado. A única exceção é a prevista no art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob a forma de adesão ao pedido de colocação do menor em família substituta, mas feita em juízo (geralmente em pedidos de adoção, que transfere aos adotantes o poder familiar), cuja conveniência será examinada pelo juiz (GONÇALVES, 2013, p. 417).

Do mesmo modo, reforça sobre a irrenunciabilidade da paternidade Arnaldo Rizzardo, enfatizando que não há a possibilidade de renúncia e transferência deste encargo, pois do contrário tal ato implicaria em não aceitação de uma obrigação pública. Há apenas um caso que pode ocorrer a renúncia direta do poder familiar elencado pelo art. 166 da lei nº 8.069/90 – ECA – relativo à adoção. Tal ato transfere a outra família o poder-dever de cuidar, educar, e gerir a vida da criança (RIZZARDO, 2011).

Avaliando o histórico normativo, é possível destacar que a lei 4.121/62, assim como o Projeto de Lei do Código Civil, datado de 1965, e finalmente o próprio Código Civil de 2002 representaram avanços que atribuíram o Poder Familiar também à figura da mulher, lhe reconhecendo esse espaço e lhe outorgando todos os direitos e deveres dali decorrentes (PEREIRA, 2016).

A problemática se dá quando genitores, pai e mãe, não conseguem desempenhar suas funções, levando à busca por outros familiares que possam cuidar da criança, não na condição de pais, mas na condição de autoridade, desempenhando assim o poder familiar. Quando essa busca é infrutífera, não resta outro caminho que não seja a destituição do poder de família.

Não se trata da busca de nenhuma quebra de paradigma que já não esteja consolidado na própria legislação vigente, bem como na jurisprudência atual. O objetivo, nesses casos, é assegurar ao menor uma condição de vida saudável e plena, em segurança e estabilidade, garantindo a sua dignidade como sujeito de direitos.

Esse raciocínio é amparado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de onde se conseguiu extrair, em pesquisa na base de dados, a seguinte decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SITUAÇÃO DE RISCO VERIFICADA. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR. ENCAMINHAMENTO PARA ACOLHIMENTO POR FAMÍLIA SUBSTITUTA COM VISTA À ADOÇÃO. SENTENÇA CONFIRMADA. Em cotejo com o princípio da prevalência da família natural, não há olvidar princípio maior que norteia o direito posto em liça, qual seja, o do bem-estar dos menores. Situação de fato em que a criança foi acolhida institucionalmente quando verificada situação de risco decorrente

da conduta negligente da apelante, que apresenta extenso histórico de intervenções dos órgãos de proteção auxiliares do Juizado da Infância e da Juventude que resultaram ineficazes, culminando na aplicação das medidas extremas de acolhimento institucional e destituição do poder familiar. Conjunto probatório que autoriza a manutenção do filho da apelante sob a tutela do Estado com vistas à adoção. APELO DESPROVIDO (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70071780589, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 26/04/2017).

Dessa forma, a busca pelo melhor interesse da criança se faz com a colocação da criança em família substituta ou, então, com a reestruturação familiar e a mediação dos conflitos, no próprio processo civil. É assim que a mediação acaba por se tornar meio eficaz, não apenas na solução das demandas, mas também na reestruturação familiar, como se verifica no próximo item (SOVERAL, 2017)

### **3 A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE SOLUÇÃO DA DEMANDA E REESTRUTURAÇÃO FAMILIAR**

A cada novo dia se faz necessária a transição de migrar da cultura do litígio para a cultura da pacificação. A mediação é uma prática não terapêutica que vem sendo difundida, gradativamente, com bons resultados, principalmente em comunidades que cultivam a ideologia de resolver os próprios dilemas antes de remetê-los às autoridades, em especial os conflitos de família, como descreve Paulo Lobo:

Os conflitos de família não necessitam sempre ser solucionados com a intervenção do juiz, ou seja, do Estado. Cresce a convicção de melhor equilíbrio entre os espaços públicos e os espaços privados, privilegiando estes sempre que possível. A Constituição (art. 5º, X) elevou a preservação da privacidade, notadamente da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas humanas, ao status de direitos fundamentais invioláveis. A família é o espaço por excelência da privacidade (LOBO, 2014. p. 45).

Os conflitos familiares, ao longo das relações, se formam e solidificam, ocorrendo diversas vezes, por razões de uma falha de comunicação, ou até mesmo crises que constatarem que aquele relacionamento não se faz ideal para os planos tidos. Diante de problemas diários, como financeiros, e muitas vezes de afeto, os impasses se tornam rotina, e o desgaste permanente (CACHAPPUZ, 2011).

A mediação não é uma psicoterapia. Não tem o objetivo de transformar estruturas psíquicas de cada ser humano. Por ser educativa – os mediadores aprendem técnicas comportamentais – é inevitável o poder de transformar. As crises familiares

implicam em diversos desdobramentos, nos quais bens e filhos são o foco dos problemas. Para os mediadores, os conflitos familiares não dependem de uma boa relação com o filho ou qualquer outra interferência, mas sim da incontornável vontade das partes em saírem no final do conflito “vitoriosas”, o que na mediação, por sua vez, não existe, afinal, a “vitória” deve ser de ambos os litigantes (ROSA, 2012).

Embora não se tenha semelhança entre mediação e terapia, é preciso que as duas atividades, se possível, na mediação familiar, e diante de determinados casos, andem em conjunto. A mediação age diante das emoções, analisando-as como um todo, e os estágios emocionais reconhecidos são: choque, negação, permuta, culpa, medo, depressão, raiva, aceitação e resolução. A mediação também só trabalha o presente e o futuro. Ao contrário, a terapia mantém o foco na investigação do vínculo, trabalha todos os conteúdos emocionais, bem como releva as situações de presente, passado e futuro (FERREIRA, 2011).

A mediação consiste, assim, no conjunto de perspectivas, interesses, e opiniões do que é satisfatório a cada parte, trazendo um terceiro que está disponível a ver o melhor andamento possível ao conflito, equivalendo os dois lados para uma solução suficiente, sem que nenhuma das partes tenham prejuízo. Assim, um modelo moderno de resolução foi criado e universalmente é utilizado para desafogar o judiciário (FERREIRA, 2015).

A mediação familiar, enquanto meio alternativo, tem como finalidade buscar as causas que geraram o conflito de forma apropriada. Além disso, o acordo alcançado pela mediação tem mais possibilidade de ser cumprido pelas partes do que uma decisão proferida por um terceiro, em razão da participação das partes (COSTA, 2014).

Este meio de autocomposição consiste em uma intervenção orientada onde determinadas pessoas amparam as famílias na reorganização do núcleo familiar. A finalidade é oferecer a esta unidade parental uma estrutura onde um terceiro imparcial possa apoiar os familiares na gestão de determinado conflito, podendo orientar as partes a negociar o acordo. Ainda, pode-se ressaltar que a mediação familiar possui como objetivo principal a continuação das relações pacíficas entre cônjuges e parentes. A responsabilidade sobre o menor, muitas vezes envolvido, por ambos os genitores, e o equilíbrio entre deveres e direitos dos pais para com os filhos, essa colaboração dos pais, o entendimento de confiança recíproca, é o que permite o respeito entre os genitores e, assim, desenvolver a melhor solução para a vida do menor, sendo que esta deve ser sempre o foco principal, a qualidade de vida e desenvolvimento da criança e do adolescente (CALMON, 2015).

A família não está mais ligada a um prisma romântico repleto de amor e felicidade, de aconchego e respeito. Há situações, cada vez mais frequentes, de incestos,

violência doméstica, exploração de crianças de diversas formas, a desvalorização feminina, o binômio autoritarismo/submissão, a disputa entre irmãos, ciúme, inveja, e tantos outros sentimentos transformadores (BREITMAN, 2001).

O núcleo familiar é uma estrutura social interligada por incontáveis redes significativas que conduzem este complexo de pessoas a fazer coisas que a sociedade ainda não conseguiu realizar. Cada vez mais a família deve ser o norte para filtrar as crises e conter o ambiente harmonioso. Internamente, cada grupo familiar deve controlar suas emoções, afinal estas são repassadas para as crianças, o que pode trazê-las a um espelho familiar indesejável. Nesse sentido:

A mediação, no campo judicial da família, não deve ser vista como panaceia dos tempos modernos nem como solução para todos os problemas da área de família, - até porque nem todos os conflitos são mediáveis, segundo o conceito exposto - mas como uma prática promissora, como mais um meio de a rede social promover apoio aos membros da família em crise (FERREIRA, 2011, p. 153).

Para o entendimento realizado por Fátima Nancy Andrichi, os juízes na mediação precisam de muito mais do que apenas seguir o fluxo do que lhes é exalado pelas legislações. Há a necessidade de apreciar determinados casos com um olhar como se estivesse dentro dos fatos e não apenas no lado frígido do ocorrido. É preciso dedicar muito amor, muita experiência e toda a inteligência na esperança de se obter algum êxito para a emblemática evolução da família nos desafios enfrentados diuturnamente em meio a conflitos de todas as nuances imagináveis. *In Verbis*:

Esse panorama paradigmático exige do juiz um novo perfil – aplicar a lei, mas ao mesmo tempo dar-lhe um toque de altruísmo, caridade, equidade, o que significa aplicar a lei na sua forma humanizada. É proibido ao juiz contemporâneo passar uma vida proferindo sentenças, aplicando brilhantemente a lei, sem se preocupar com o destinatário da sentença, sem atentar para as consequências da ordem judicial. O mundo contemporâneo exige um juiz com função pacificadora, um verdadeiro serenador de almas e não apenas um solucionador de conflitos (ANDRIGHI, 2012, p. 289-285).

A justiça restaurativa em virtude de sua amplitude e aplicação como forma de tratamento de conflitos pode ser considerada como uma política pública. A principal ideia de aplicação conjuntamente à mediação, no entorno do direito de família, é voltar-se para as relações do futuro, ao invés de buscar o culpado para determinado atrito (SOVERAL, 2013).

Ocorre que, enquanto esse processo restaurativo é feito, e para isso se faz uso da mediação, em diversos casos, como a jurisprudência acima elencada, a criança não

está com sua família, mas foi colocada numa casa de abrigo. Dessa forma, a casa de abrigo ganha destaque no cuidado para com a criança, mas também ao longo de todo o processo de desenvolvimento familiar, conforme se analisa no próximo item.

## **4 A PARTICIPAÇÃO DA CASA DE ABRIGAMENTO NA MEDIAÇÃO E REESTRUTURAÇÃO FAMILIAR**

A casa de abrigo é uma instituição criada para receber crianças que estão em condição de vulnerabilidade social. Seja porque o poder de família já foi destituído, e o menor aguarda, então, a sua colocação em família substituta, seja porque foi temporariamente retirada de seu lar.

Para o trabalho de conclusão que deu origem a este artigo, foram realizadas visitas e acompanhadas as atividades de uma casa de acolhimento infantil, mantida por uma organização não governamental, cristã, num Município do Vale do Rio dos Sinos, Estado do Rio Grande do Sul. A casa acolhedora existe desde o ano de 2011, e acolhe de forma integral crianças de 0 a 12 anos de idade incompletos, enviadas pelo juizado da vara da infância e da juventude de diversas comarcas do Estado, mas principalmente da região do vale dos sinos, que sofrem algum tipo de violação quanto aos seus direitos, como por exemplo, abuso ou agressão física, dentre outros.

O objetivo do local é abrigar as crianças da melhor forma possível, neste período em que os genitores estão passando por um processo de destituição, ou suspensão do poder familiar. Estas mantêm uma rotina, ou seja, vão à escola, possuem a hora de brincar, possuem o momento de leitura, de alimentação, tudo regido e controlado por coordenadores e outros responsáveis pela instituição.

As diversas crianças que ali chegam, enfrentaram variados tipos de abusos, ou de negligência, que seus genitores ou mesmo familiares próximos atentaram contra elas. Conforme pesquisa realizada, as crianças muitas vezes chegam à instituição machucadas, com abalos psicológicos altamente intensos, pois sofreram abusos, espancamentos, violência sexual, entre outros tipos de agressões existentes.

Os menores que moram na casa enfrentaram alguma situação de risco pessoal ou social e estão afastadas do convívio familiar por meio de medida protetiva de acolhimento, cuja atuação baseia no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em conformidade com os Artigos 90 a 93 e 101 §1º e §3º, a título de provisoriedade e de excepcionalidade, trazendo como benefício uma melhoria na qualidade de vida das crianças em todos os aspectos, protegendo-as através da constante proteção de seus direitos, dando-lhes cuidado e amor.

Quando estes infantes chegam à instituição, desde o primeiro momento passam por avaliações quanto à saúde psicológica, bem como a saúde do corpo humano. Há, a partir do ingresso do menor, toda uma estrutura elaborada para que este compreenda o que irá acontecer, porque irá permanecer na casa por um período, assim, explicando à criança, da melhor forma possível, que o local é para o seu bem e não ao contrário, demonstrando que as pessoas com as quais irá conviver são pessoas nas quais pode ter a maior confiança possível.

A presente unidade de acolhimento não possui fins lucrativos e se mantém de doações da comunidade. Pode ser elencada como uma associação civil em defesa da cidadania, baseada nos princípios da solidariedade, do companheirismo, da cooperação e da integração social.

A criança que permanece na instituição passa semestralmente, de seis em seis meses, por uma análise da situação a qual encontra-se judicialmente o processo que a trouxe até a casa lar, afinal, o objetivo da instituição é servir, proteger, manter a educação, e dar todo respaldo psicológico, amoroso e afetivo a cada criança que chega, no entanto como elencado no conteúdo deste trabalho, o melhor previsto pela legislação sempre será o seio familiar, exceto nas situações de risco, como estas crianças enfrentaram.

Essa análise é realizada a partir de uma audiência concentrada, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 19 e 92, com a participação da família e também dos profissionais especializados envolvidos, tais como assistentes sociais, psicólogos, pedagogas, bem como a equipe da casa de abrigamento.

Os pais, neste período do abrigamento de seus filhos, passam por um processo, dependendo do que aconteceu com estes, passam pelo atendimento psicológico social, realizado pelo CRAS – Centro de referência de assistência social, ou mesmo tratamentos medicamentosos, em razão de muitos pais terem problemas com drogas e necessitarem de tratamentos específicos.

Após diversas visitas ao local e a realização de entrevistas, a autora desse artigo teve a percepção de que o abrigamento é o início de uma estratégia realizada com o auxílio de diversos profissionais para a busca de desenvolvimento e qualidade de vida para as crianças e adolescentes que por ali permanecem por determinado tempo. É uma oportunidade de, em comunidade, traçar caminhos que façam com que o aprendizado e estrutura psíquica dos menores não se danifique a ponto de infundáveis tratamentos psicológicos e psiquiátricos mais tarde.

A entidade faz com que as crianças não percam a essência da sua real necessidade naquele período da vida, ou seja, diante de supervisão diária eles permanecem em constante aprendizado, estudam conforme regras escolares, os menores, pelo

processo de alfabetização, e se ocupam o dia inteiro, com uma rotina necessária para uma qualidade de vida sem interrupções.

O trabalho realizado trata-se de excelência diante dos casos de abuso, abandono e descaso com o menor. Não há uma atividade que esteja ausente nesta estratégia de resgatar um equilíbrio à vida das crianças. O suporte feito pela entidade, como mencionado anteriormente, compreende em professores, tutores que permanecem em turnos junto às crianças, psicólogos, pedagoga que se mantém integralmente à disposição para a qualidade e recuperação destes menores.

Todos os passos seguidos pela casa de abrigo possuem um fim específico: reestruturar e reestabelecer uma qualidade de vida à criança ou adolescente que tenha sofrido qualquer meio de abuso, maus tratos ou trabalho infantil. Muitas vezes não é possível que o menor retorne ao lar. Todavia, o preparo para que este seja abrigado em uma família substituta é realizado da mesma forma, com maior intensidade psicológica, para que ele possa entender e se relacionar de forma a criar vínculos com a nova família.

Com base nesse estudo, é possível destacar que a casa de abrigo desempenha importante papel na reestruturação familiar, bem como no desenvolvimento infantil, preparando o menor para o retorno ao lar ou para a sua colocação em família substituta. A casa de abrigo, dessa forma, faz parte da mediação e das tentativas de reestruturação familiar, assim como é parte atuante no processo de desenvolvimento das técnicas de justiça restaurativa.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou apresentar a relevância dos meios de resolução de conflitos como a mediação e a justiça restaurativa diante do direito de família, principalmente quanto aos conflitos que envolvem crianças e adolescentes, exaltando os seus direitos e os deveres impostos pela legislação aos genitores, e assim destacando como estes meios de autocomposição funcionam no direito brasileiro, e ainda, que ambas, em seus modos estruturais e suas teorias não muito distintos, trabalham com o poder da palavra, ou seja, com a possibilidade que as partes têm de fazer parte do litígio e, assim, decidir a melhor solução para o seu impasse, sempre acompanhadas de um terceiro imparcial, ao contrário do que ocorre no judiciário.

Assim, construiu-se ao longo do trabalho a demonstração quanto às diversas modificações ocorridas na evolução do poder familiar na história do país, desde o *patria potestas*, passando ao *pater*, época de uma soberania absoluta sobre o núcleo familiar em todos os assuntos que estivessem elencados a esta, passando pela ida-

de média até a atual concepção conhecida como poder familiar, onde a compreensão está não no poder que se tem sobre os filhos ou a família, mas sim sobre o respeito e necessidade de cuidado, afeto, e responsabilidade sobre o núcleo familiar.

As evoluções apresentadas do Código Civil de 1916 para o código de 2002, bem como os direitos previstos na Constituição Federal de 1988 são marcos absolutamente determinantes para a evolução do direito de família, destacando a proteção a cada membro deste núcleo. A família é o espaço indispensável à evolução de cada ser humano e possui seus direitos preservados pela CF no capítulo VII, principalmente no art. 226, que exalta a proteção à família. O Código Civil e a Carta Magna, conjuntamente ao ECA – Estatuto da criança e do adolescente – formam a estrutura de proteção a todos os direitos e deveres pertinentes aos núcleos familiares.

Diante de situações de negligência, violência, maus tratos e outros abusos, os pais podem perder provisória ou definitivamente o poder familiar de seus filhos. Nenhuma criança deve ser submetida a qualquer situação de risco. As decisões das jurisprudências elencadas no trabalho demonstram que, se verificada a situação social de dificuldade de manter os genitores como responsáveis do menor, o mesmo, em um primeiro momento, pode ser direcionado a uma família substituta, e nos casos em que não seja possível o reingresso ao seio familiar de origem, o menor é encaminhado para a adoção.

Em seguida, abordou-se o instituto da mediação, destacando seu conceito, suas características, sua aplicabilidade e suas vantagens, tendo-se verificado que a mediação é um meio alternativo de resolução de controvérsias que, além do acordo, visa também a reconstrução das relações humanas. Por meio desse método é possível restabelecer o diálogo e a comunicação entres os litigantes, permitindo, assim, que os envolvidos atuem de forma cooperativa em prol de seus interesses, com um auxílio de um terceiro imparcial. O mediador, por sua vez, é escolhido de comum acordo pelas próprias partes, exercendo um novo vínculo entre os envolvidos, promovendo o debate entre eles e estimulando a compreensão mútua pela apresentação de novos pontos de vista em relação à controvérsia.

Além da mediação, apresenta-se outro meio de resolução de conflito, também conhecido como meio pacificador de justiça, assim denominada a justiça restaurativa, que possui como norte a conversa entre as partes litigantes. Não deve ser observada a culpa e não deve haver sanções, há a necessidade de manter o foco no futuro e na preservação da relação, afinal uma entidade familiar não se desfaz ou deixa de existir. Ainda, a necessidade de se colocar no lugar do outro se faz pertinente, bem como os possíveis benefícios de uma resolução pacífica devem ser ressaltados.

Na justiça restaurativa, o que encanta aos olhos é a total diferença com o modo tradicional do judiciário. A possibilidade de as partes participarem das decisões, faz

com que estas possivelmente sejam cumpridas e ainda mantidas. Assim, ambos os institutos, mediação e justiça restaurativa trabalham com um conjunto de perspectivas, interesses e opiniões, mexendo com o sentimento das partes. O que deve ficar evidente é que estes meios não foram criados como uma possibilidade de desafogar o judiciário, mas sim uma complementação para auxiliá-lo.

Como forma de enriquecer o presente trabalho, realizou-se, por fim, uma pesquisa acerca da funcionalidade do judiciário e da entidade de proteção a estas crianças durante o período de afastamento do lar. Buscou-se entender qual o ciclo de funcionamento entre sociedade e judiciário, e se este de fato funcionava. A casa lar estudada, do município de Sapiranga, conjuntamente à pesquisa realizada na comarca da mesma localidade, deixaram claro que podem funcionar muito bem os meios de resolução de conflitos, precisando apenas de uma equipe e da conscientização da população quanto à praticidade e agilidade destes institutos.

A demora na obtenção da prestação jurisdicional e a falta de acesso à justiça apontam para a necessidade de uma reflexão sobre novos métodos alternativos de pacificação de conflitos. Nesse contexto, a mediação tem se destacado como um meio complementar ao Poder Judiciário, aliviando, em certa medida, a sobrecarga dos tribunais, uma vez que prioriza a autodeterminação das partes, produzindo, assim, resultados satisfatórios e duradouros, viabilizando a concretização de um judiciário mais alinhado às necessidades do cidadão.

Diante da crise do judiciário, o uso destes meios diversificados surge como um afago e uma luz no fim do túnel. A disponibilidade de resolver litígios de forma eficaz, rápida e ainda participar da decisão que for estabelecida é algo inovador até certo ponto, na proporção que culturalmente se teve um padrão de demora do judiciário, de sentenças que sempre agradam a um único lado do conflito. Assim, a imparcialidade proposta pela mediação e pela justiça restaurativa se faz uma proposta irresistível.

Por fim, notável a evolução da mediação no direito familiar, no ponto em que esta influi em casos específicos e se faz notável à população pelo método de aplicação e pelos resultados que apresenta. A justiça restaurativa como meio de política pública traz luz a uma imensa escuridão de anos mantida pelo judiciário brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Novas perspectivas para mediação no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 34. p. 289-295, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015f93e-92c5fe7aece03&docguid=la62c5c0006d211e28476010000000000&hitguid=la62c5c0006d211e28476010000000000&spos=27&epos=27&td=1247&context=121&crumbaction=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 06 nov. 2017.
- BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.069/90**. Disciplina os direitos das crianças e adolescentes. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2017.
- BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2017.
- BREITMAN, Stella. PORTO, Alice Costa. **Mediação familiar**: uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação humana, 2001.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.
- COSTA, Venceslau Tavares; SILVA, Ana Carolina da; SOUZA, Felipe Barros de. Perspectivas para a Conciliação e Mediação de Conflitos Familiares no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 945. p. 247-257, jul. 2014. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. v. 6, p. 927-938, set. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001585b5abb28552e19c2&docguid=I312560e0f38511e3983401000000000&hitguid=I312560e0f38511e39834010000000000&spos=2&epos=2&td=14&context=46&crumbaction=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 29 out. 2017.
- COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Hemus, 1975.
- DANTAS, San Tiago. **Direitos de família e das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1991.
- FERREIRA, Verônica A. da Motta Cezar. **Família, separação e mediação**: uma visão psicojurídica. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.
- FERREIRA, Verônica A. da Motta Cezar. A mediação familiar no PLS 7.169/2014. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, v. 4, p. 211-217, abr./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015f6feccdfa4de2a780&docguid=Id2f3fa102f7211e59ff6010000000000&hitguid=Id2f3fa102f7211e59ff6010000000000&spos=1&epos=1&td=8&context=41&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 26 out. 2017.
- FERREIRA, Verônica A. da Motta Cezar. **Família, separação e mediação**: uma visão psicojurídica. 3.

ed. São Paulo: Método, 2011.

FUZZITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6.

LIMA, Tito Carlos de. **A tutela e a Pátria Potestas, no Direito Romano**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1949.

LOBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70072415540**. Relatora Desembargadora Sandra Brisolara Medeiros. Data do Julgamento: 26 abr. de 2017. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/impressao\\_recibo.php?num\\_processo=70072415540&id\\_comarca=700&eh\\_ethemis=&cod\\_comarca=&num\\_processo\\_mask=70072415540&x=81&y=9](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/impressao_recibo.php?num_processo=70072415540&id_comarca=700&eh_ethemis=&cod_comarca=&num_processo_mask=70072415540&x=81&y=9)>. Acesso em: 14 jun. 2017.

ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Do Pátrio Poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SOVERAL, Raquel Tomé. A justiça restaurativa e a garantia dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Seminário Internacional de Mediação de conflitos e justiça restaurativa. **Anais...** 1, agosto de 2013. Disponível em: <[http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao\\_e\\_jr/article/view/10912/1441](http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10912/1441)>. Acesso em: 10 nov. 2017.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: direito de família**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 5.

# **A ALIENAÇÃO PARENTAL: A FAMÍLIA EM LITÍGIO E O DIREITO DOS AVÓS**

## **Arlête dos Santos**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: arletchee@ig.com.br.

## **Henrique Alexander Grazzi Keske**

Doutor em Filosofia pela  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos.  
E-mail: henriquek@feevale.br.

## 1 INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada, no caso de separação ou divórcio dos casais, aparece como uma possibilidade de preservar os laços de amor dos filhos com ambos os genitores que, muitas vezes, não conseguem lidar com as mazelas dos relacionamentos que chegam ao fim, ocorrendo, não raras vezes, uma situação de Alienação Parental.

Nesse sentido, o objetivo principal deste artigo foi analisar o tratamento que é dispensado na doutrina, na jurisprudência e no Direito pátrio em relação à Alienação Parental, na perspectiva da guarda compartilhada.

A pesquisa é exploratória, com utilização do método dialético e histórico. Como procedimentos técnicos, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

O método histórico foi relevante para analisar a evolução do *pater poder*, desde Roma Antiga até os dias atuais, hoje poder familiar, como alicerce fundante para observar a evolução da estrutura familiar, analisando a complexidade dos relacionamentos no seio dessas estruturas.

A mais grave consequência da Alienação Parental é a Síndrome da Alienação Parental (SAP), e uma não se confunde com a outra. Enquanto a Alienação Parental é o afastamento da criança ou do adolescente do genitor ou da genitora provocado por aquele que detém a guarda, decorrente de uma verdadeira campanha de desmoralização em relação ao genitor alienado, a Síndrome da Alienação Parental (SAP) é um transtorno psicológico provocado pelas diferentes técnicas utilizadas pelo genitor alienante.

Os avós e os netos também podem ser vítimas da Alienação Parental, ao serem privados de manter esse laço afetivo tão importante para todos, no sentido de continuidade dos ensinamentos de geração para geração e na busca da ancestralidade.

O assassinato do menino Bernardo Uglione é analisado, no presente artigo, como um caso de Alienação Avoenga: um menino órfão de mãe, maltratado pela madrasta, desprezado pelo pai, alienado da convivência com a avó materna, a qual, após a morte de sua filha, foi proibida, pelo genro, de conviver com o neto. Bernardo foi assassinado pela madrasta, com mais dois comparsas, e todo o crime, supostamente, foi arquitetado pelo pai e pela madrasta.

## 2 AUTORIDADE PARENTAL

### 2.1 O PODER FAMILIAR

A relação entre Direito e História é evidente, de forma que se apresentou indispensável a utilização do método histórico na abordagem do tema desenvolvido nesse artigo.

O poder familiar é um dos ramos mais antigos do Direito; está diretamente relacionado aos interesses do chefe da família, tendo origem em Roma, onde esse poder, exercido pelo chefe da família, era tão grande que este era investido de poder para vender ou matar os seus filhos, bem como a sua esposa. Na realidade, a própria lei dava o poder de matar a esposa ou vendê-la, se assim um homem quisesse fazê-lo (NOGUEIRA, 2017, p. 159).

O pátrio poderia ir além da autoridade do chefe da família sobre sua esposa e seus filhos, pois se estendia para todos os descendentes não emancipados. Sendo assim, a família apresentava-se como uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente vivo mais velho acumulava os poderes de chefe político, sacerdote e juiz. Com todos esses poderes acumulados em uma só pessoa, tal chefe familiar era o exemplo de um comandante que oficiava os cultos aos deuses domésticos e distribuía a justiça. No entanto, observa-se que essas regras autoritárias tenderam a diminuir com o passar dos anos, e o autoritarismo do *pater* foi se modificando. Exemplo disso é que, a partir do século IV, o Imperador Constantino agregou a concepção cristã à família romana, fazendo com que as preocupações de ordem moral predominassem, minando, dessa forma, o modelo familiar baseado no *pater poder*. Observa-se, assim, que tanto a mulher quanto os filhos foram, gradativamente, passando a ter maior autonomia (GONÇALVES, 2014, p. 31).

A concepção *pater poder* deve-se à religião cultuada na época, com o excesso de rigor na Roma antiga, onde o *pater familias* assumia o papel de sacerdote que impunha regras muito severas para todos os membros da família. Eram impostas penalidades severas às quais teria que se submeter todo indivíduo que viesse a transgredir alguma daquelas regras (VENOSA, 2011, p. 286).

No nascedouro do Direito Romano, o *pater poder* tinha um único significado: era um poder absoluto sobre a vida da esposa e dos filhos. Esses poderes eram tamanhos que permitiam que o *pater* tirasse a vida do filho, ou seja, exercendo o *jus vitae* e o *et necis*. Documentos antigos da época relatam a formação de um conselho familiar, o *judicium domesticum*, com o objetivo de confabular sobre a possível morte do filho. Entretanto, independentemente do parecer, prevalecia a vontade do *pater*. A esse poder tão absoluto dava-se o nome de *patria potestas*. Nessa escala de valores, a esposa, os filhos e os escravos estavam no lugar mais inferior, não detendo nenhum direito, eram chamados, em razão dessa posição, de *personae alieni juris*. De outra forma, comparando o pátrio poder romano com o Direito Germânico antigo, apesar da prevalência do patriarcalismo, este se apresentava mais brando. Exemplo disso é, na perspectiva germânica, que os filhos, ao ingressarem no exército, estavam libertos do pátrio poder (RIZZARDO, 1991).

Hoje o poder familiar deve ser entendido como uma concretização da dignidade da criança e do adolescente. Nesse ponto residiria a função social parental, uma vez que antigamente a figura paterna representava um poder praticamente inquestionável, em uma lógica que estava baseada no castigo corporal, sob a égide de uma figura materna que figurava em segundo plano, inclusive, a própria postura do pai sentado à cabeceira da mesa cristalizava o poder que emanava dele em relação à prole e à esposa. Até mesmo os castigos corporais imputados aos filhos serviam para demonstrar a desobediência aos ditames do patriarca. Nesse mesmo sentido, a criança revestia-se de uma situação de extrema inferioridade, dentro da qual era, inclusive, relegada a um simples objeto, sem qualquer direito, ao contrário do que se observa nos dias atuais (CONRADO, 2015, p. 16).

Os senhores de engenhos e os barões do café, figuras notórias na história brasileira, personificaram a sociedade patriarcal, fruto da influência do Direito português e, inegavelmente, deixaram marcas profundas na história do Brasil. No Brasil colonial, o patriarcalismo integrou o sistema legal e foi acolhido pelas Ordenações do Reino. Assim, o homem continuou gozando de privilégios como detentor do poder familiar. A mulher, por sua vez, mantinha-se subjugada aos mandos e desmandos do marido, necessitando pedir autorização, inclusive, para praticar atos civis. Da mesma maneira, a evolução desse conceito de patriarcalismo leva a outro, mais contemporâneo, segundo o qual prevalecem sentimentos como a proteção dos filhos sendo a função primordial da paternidade, somados ao esforço familiar de manutenção de outros valores, como a compreensão, o diálogo e o entendimento (VENOSA, 2001, p. 29).

O conceito de família modificou-se com o passar dos anos. Novas formas de composição do núcleo familiar apareceram, e o Direito precisa amparar esses novos grupos sociais que estão se formando, embora algumas respostas já tenham sido dadas para essas novas famílias, mas é necessário avançar-se muito mais.

Um longo caminho foi percorrido desde Roma, com o *pater poder*, até os dias atuais. A sociedade evoluiu, as pessoas passaram a assumir sua verdadeira identidade como seres humanos. Os movimentos sociais buscam as ruas, para expressar as diferentes formas de viver em sociedade: homossexuais, *gays*, lésbicas, enfim, diferentes personagens em um mundo complexo e diversificado, que precisa encontrar soluções para os questionamentos que estão surgindo. As famílias patriarcais esfacelaram-se, e a mulher, na contemporaneidade, assume o controle e a manutenção financeira de muitas famílias.

Famílias formadas somente por mulheres, famílias formadas somente por homens, o casamento homoafetivo: um cenário renovado descortina-se, diariamente, diante dos olhos.

O poder familiar, na atualidade, reveste-se de várias características e o Estado fixa normas para o exercício daquele que é irrenunciável e indelegável. Dessa forma, assegura-se que os pais não o retirem de sua própria responsabilidade e atribuam a terceiros a obrigação que lhes é imputada pela lei (GONÇALVES, 2014, p. 419).

## 2.2 A GUARDA DOS FILHOS DE PAIS NÃO CONVIVENTES

Independentemente da situação financeira dos casais, os filhos devem ter prioridade, pois necessitam de toda uma estrutura para o desenvolvimento adequado de suas potencialidades. Os filhos precisam vivenciar cada etapa da vida e conviver, preferencialmente, tanto com o pai quanto com a mãe.

A guarda dos filhos, no decorrer dos anos e, dependendo da região do Planeta, apresentou contornos diferentes. Mas, inegavelmente, criar os filhos sempre representou um compromisso para os pais, apesar de que, com o aumento das dissoluções dos casamentos, novas situações vão aparecendo, e as discussões sobre a guarda dos filhos vão se revestindo de novos matizes.

Aos pais sempre coube a tarefa de cuidar dos filhos de forma a propiciar-lhes o melhor desenvolvimento tanto do ponto material quanto do físico e psíquico. E o Direito brasileiro é bem específico quando diz que o divórcio não alterará os direitos e os deveres dos genitores em relação aos seus filhos, excetuando as situações em que os filhos possam estar correndo perigo quanto ao seu bem-estar, “pois, havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente a situação dos filhos com os pais (CC, art. 1586)”. Tanto o Direito como os estudos de ordem psicológica, no decorrer dos anos, seguem uma mesma linha de pensamento, qual seja, a de fortalecer os laços de amor, carinho e dedicação entre pais e filhos (MADALENO; MADALENO, 2015).

Para determinar o detentor da guarda, existe uma série de circunstâncias a serem verificadas, como aquelas que dizem respeito à comodidade do lar, ao acompanhamento pessoal, à disponibilidade de tempo, ao ambiente social onde permanecerão os filhos, às companhias, à convivência com outros parentes, à maior presença do progenitor, aos cuidados básicos como educação, alimentação, vestuário, recreação, saúde (esta não apenas curativa, mas principalmente preventiva); ainda, quanto às características psicológicas do genitor, seu equilíbrio, autocontrole, costumes, hábitos, companhias, dedicação ao filho, entre outras, observando aquelas que têm menor impacto emocional sobre a prole (MADALENO, 2015, p. 35).

Com o passar do tempo, percebe-se que o nascimento da criança não significa apenas a entrada no cenário familiar de mais um filho, e sim o nascimento de um pai e de uma mãe, independentemente de esses genitores já possuírem outros filhos. A forma responsável como esses genitores administrarão os cuidados com esse filho que acaba de nascer, nas diversas fases do seu desenvolvimento e na continuidade de cooperação na divisão das várias tarefas, permitirá que, no momento em que ocorrer a ruptura do vínculo conjugal, os laços de convivência desses genitores com seus filhos já estejam solidificados, sendo mínimas as chances de ocorrer, como em muitos casos, o desfazimento das relações entre os filhos e determinado genitor ou genitora (ROSA, 2015, p. 50).

## **2.3 A GUARDA UNILATERAL, EXCLUSIVA OU UNIPARENTAL**

Durante um longo período de tempo, após a separação ou o divórcio dos casais, os filhos ficaram somente sob a responsabilidade da genitora. A guarda monoparental sempre prevaleceu, e o homem, normalmente, passou a ser um mero provedor, por meio do fornecimento da pensão alimentícia. Certo ou errado, era o modelo adotado no ordenamento pátrio. Talvez fruto ainda de resquícios do pensamento machista de que a mulher deveria ficar em casa cuidando dos filhos, e o marido trabalharia e proveria a família. Nesse tipo de formatação, a mãe assumia toda a tarefa de educação e encaminhamento dos filhos e, sendo assim, as relações entre o genitor e os filhos foram se tornando cada vez menos intensas, a ponto de muitas delas se perderem com o passar dos anos.

A guarda unilateral tem em si características importantes, pois o genitor guardião não é dono do filho, da mesma forma que obriga o não guardião a estar atento a tudo que seja do interesse do filho. Sendo assim, tem o direito e, ao mesmo tempo, o dever de pedir informações sobre a vida dos filhos, como: saúde, estudo, aspectos psicológicos, entre outros. Também poderá estar com o filho em dias determinados consensualmente ou fixados pelo juiz. No aspecto escolar, importante papel desempenha a escola, pois tem o dever de informar ao genitor não guardião tudo aquilo que for do interesse do filho no âmbito escolar, como atitudes, desempenho escolar, frequência, proposta pedagógica, com o objetivo de proporcionar meios para que esse genitor não guardião possa participar ativamente da vida escolar do filho (DIAS, 2015).

A alteração da legislação veio em boa hora, uma vez que a guarda unilateral torna os conflitos entre os genitores mais graves, pois um dos genitores acaba sendo impedido do convívio com os filhos. Nesse cenário, impossível não se lembrar da

angústia de pais e filhos que se vêm alijados de um direito básico, que é a convivência, a participação no cotidiano, permitindo, dessa forma, que a separação dos pais possa ser amenizada. A guarda unilateral acaba sedimentando o caminho para tornar filhos e pais verdadeiros estranhos e, muitas vezes é reivindicada por um dos genitores, como forma de fazer dos filhos uma moeda de barganha para conseguir punir o parceiro. Os filhos não passam de vítimas nesse cenário trágico, no qual os seus genitores não conseguem administrar seus sentimentos e o egoísmo de quem deveria protegê-los prevalece a ponto de não perceberem o prejuízo que isso ocasiona à sua prole (ROSA, 2015).

Em países da Europa e também nos Estados Unidos, os juízes são obrigados, no momento do deferimento da guarda, a determinar em qual residência o menor deverá residir. Entretanto, este deverá ficar livre para visitar o pai e a mãe. Essa modalidade é chamada de guarda alternada. Não existe previsão legal no ordenamento brasileiro para essa modalidade de guarda. Isso se deve ao fato de que tal modalidade traz graves problemas aos filhos, que ficam indo de uma casa para outra como se fossem filhos mochileiros, tornando-os inseguros, pois não possuem definição do que é um lar, trazendo consequências psíquicas, como homens e mulheres com dupla personalidade, segundo revelam estudos. Por outro lado, referindo-se à guarda unilateral, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, em muitos casos, é medida que se impõe (SILVA, 2016, p. 158).

Apesar de a guarda unilateral poder afetar, diretamente, os interesses dos filhos, afastando-os do convívio do genitor não guardião, também não é de todo desprovido ser necessário mantê-la em determinadas situações familiares. Isso decorre do fato de que muitos casais, após a separação ou o divórcio, não conseguem se desvencilhar dos motivos pelos quais se separaram ou se divorciaram e seguem brigando indefinidamente. Esse contínuo cenário de uma verdadeira guerra só vem a prejudicar os filhos, tornando impossível que esses genitores possam tomar, em conjunto, decisões em relação à educação dos filhos, por exemplo. Isso não quer dizer que tal situação não vá necessitar da interferência de algum profissional de outra área, com o intuito de harmonizar os genitores, a fim de que o melhor interesse dos filhos seja mantido.

## 2.4 A GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada está estampada no Código Civil brasileiro desde o ano de 2008, com a aprovação da Lei nº 11.698/2008, que inseriu a guarda compartilhada na legislação pátria, nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. Entretanto, a guarda

unilateral, na prática, continuou sendo a mais utilizada, no Brasil, quando da separação ou divórcio dos casais.

O art. 1.583, § 1º, do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.698/2008, conceitua a guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” (VADE MECUM, 2017, p. 263).

A guarda compartilhada não pode ser imposta ao casal que, após a separação, mantém posições de intransigência. Não é possível esse tipo de guarda, quando o casal não está sintonizado no bem-estar do filho e, ao contrário, preocupa-se mais com a divisão do patrimônio, usando o filho como pano de fundo de uma disputa meramente pessoal (VENOSA, 2017, p. 212).

Na guarda compartilhada, o filho pode ficar morando com um dos genitores, no entanto ambos dividem, de forma igualitária, sua guarda jurídica. Nessa modalidade de guarda, o genitor que não mantém o filho morando consigo não fica somente com um papel de fiscal do desempenho do outro genitor que está criando o filho, “mas vai decidir em conjunto com outro sobre todos os aspectos caros ao menor, a exemplo da educação, religião, lazer, bens patrimoniais, enfim, toda a vida do filho” (SILVA, 2016, p. 161).

Na guarda unilateral, o poder de decisão quanto aos cuidados dos filhos fica restrito ao genitor guardião, podendo se tornar, em muitos casos, um forte elemento para a Alienação Parental. Nesse sentido, a guarda compartilhada permite que esse tipo de comportamento seja inibido. “Porém, a guarda compartilhada não faz milagres. Inibe, dificulta, reduz as possibilidades da prática da Alienação parental, mas não a impede” (MONTAÑO, 2016, p. 124).

Não é o fato de o pai ou a mãe deter o poder familiar que faz com que um seja melhor do que o outro. Quando há, entre os genitores, a firme convicção de que é dever de ambos zelar pelo cuidado dos filhos, estes se sentem mais seguros e felizes para conviver em duas casas, mesmo que fixem residência em apenas uma delas. A criança necessita, para seu perfeito desenvolvimento psicossocial, sentir-se inteiramente pertencente às duas novas famílias que podem se formar após a separação dos pais. A criança, quando está na casa daquele que não é guardião, precisa sentir-se parte daquela família, e não como alguém que está simplesmente passando algumas horas ou alguns dias junto, como se fosse apenas um mero visitante. Os filhos precisam sentir que tanto o pai quanto a mãe, mesmo separados, cuidam deles e que a separação dos pais não diminuiu o afeto que eles sentem pelos filhos. Sentir-se amado e protegido é sinônimo de um desenvolvimento saudável (FERREIRA; MACEDO, 2016, p. 93).

A guarda compartilhada, em tese obrigatória a partir da vigência da Lei nº 13.058/2014, pode ser um alento para muitos genitores que não possuem seus filhos sob sua guarda, mas, principalmente, para crianças e adolescentes que necessitam do convívio de ambos os genitores, a fim de terem um desenvolvimento emocional mais pleno.

## **3 CONSIDERAÇÕES GERAIS E JURÍDICAS SOBRE A SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

### **3.1 SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP) E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

O tema Alienação Parental é relativamente novo, apesar de que muitos debates já têm ocorrido sobre esse verdadeiro flagelo que acomete muitas famílias.

O primeiro relato e a primeira descrição da Síndrome da Alienação Parental ocorreram no ano de 1985, pelo Dr. Richard Gardner. Gardner era americano e professor de psiquiatra infantil na Universidade de Colúmbia. Ele foi a primeira pessoa que estudou essa síndrome nos Estados Unidos. Segundo os estudos de Gardner, crianças e adolescentes são acometidos por essa síndrome após passarem por situações de forte estresse emocional decorrentes de situações conflitantes entre seus genitores, na ocasião em que ocorre o divórcio dos pais em um clima de muita animosidade.

A Alienação Parental não é algo novo no meio jurídico. Muito já se relatou sobre ela e, no presente artigo, procurou-se trazer vários autores que discorrem sobre o tema.

Onde estão as raízes desse comportamento que é tão prejudicial aos filhos? Encontrou-se essa resposta na análise das relações familiares, quando os ex-cônjuges não conseguem se desvencilhar das situações que levaram ao fim do relacionamento. De modo especial, quando ocorrem traições, as mágoas permanecem e esse sentimento, em vez de passar com o tempo, transforma-se em um desejo de vingança. Mas, não é uma vingança que se destina somente ao ex-cônjuge, pois, para tanto, o alienador usa o próprio filho como arma para atingir seus objetivos egoístas.

Os primeiros estudos da Síndrome da Alienação Parental foram feitos por Richard Alan Gardner, professor de psiquiatria infantil da Universidade de Colúmbia, nascido no ano de 1931 e falecido no ano de 2003. Segundo a visão de Gardner, a Síndrome da Alienação Parental precisa ser estudada à luz da Psicologia e do Direito. Seria um campo no qual a interdisciplinaridade se torna essencial para o estudo dessa síndrome que acomete pais e filhos, com o intuito de unir forças para compreender melhor esse fenômeno de características emocionais que necessitam do amparo jurídico.

O tema da Alienação Parental já vinha preocupando o meio jurídico, e a Lei nº12.318, de 26 de agosto de 2010, trouxe para o meio jurídico a regulamentação sobre esse tema de grande importância e que atinge muitas famílias. Argumenta-se ainda que a SAP (Síndrome da Alienação Parental) já vem sendo estudada, sob padrões científicos, mais recentemente nos países ocidentais, e os primeiros trabalhos sobre o tema não ultrapassam as últimas décadas.

Trata-se de um transtorno psíquico que geralmente aflora na separação, quando a guarda do menor é atribuída a um dos genitores, geralmente a mãe, ou a terceiros, parentes ou não. Nesse diapasão, o guardião projeta, no menor, seus rancores, dúvidas e ressentimentos, dificultando, impedindo o contato e denegrindo a figura do outro ascendente ou mesmo de parentes mais próximos, como avós, tios e irmãos. Nem sempre é fácil de ser aferida à primeira vista, e necessitará, então, de acurado exame da prova, principalmente técnica. Não somente os pais, mas qualquer parente ou terceiro que incorra na situação pode ser acometido da síndrome e deve ser punido ou, ao menos, jurídica e psicologicamente orientado (VENOSA, 2017, p. 368).

Percebe-se que houve instauração completa da Síndrome da Alienação Parental quando o filho incorpora todas as informações decorrentes da campanha de difamação promovida pelo genitor alienador e desfere as mais diversas expressões de repúdio, agressões verbais das mais variadas, finalmente, interrompendo a convivência com o genitor alienado. Todo esse cenário se descortina a partir do fato de que a alienação decorre de um conjunto de estratégias, por parte do genitor alienador, visando a romper os laços afetivos entre o filho e o genitor alienado (MADALENO, MADALENO, 2017).

Ambos os pais têm grande relevância no desenvolvimento emocional e psíquico dos filhos. Casos de violência física e emocional e abuso sexual são fatores que afetam, de forma drástica, as crianças e os adolescentes. Quem deveria proteger torna-se o algoz das crianças e dos adolescentes, os quais estão em franco desenvolvimento de suas personalidades e, dessa forma, perdem o equilíbrio emocional e psicológico, bem como o referencial de vida que, normalmente, deveriam ser os pais. Também ressalta a autora que os guardiões alienadores são aqueles que possuem a guarda unilateral, normalmente as mães, e por meio de campanhas de difamação, procuram macular a imagem do genitor que não possui a guarda (LEITE, 2015, p. 165).

É de grande importância não ficar subjugado apenas ao conceito presente na análise da via jurídica, pois, para a autora, é evidente que deve abranger a via da Psicologia Junguiana, ou seja, a Psicologia Analítica, originada a partir das ideias do psiquiatra suíço Carl Gustav Jung, segundo a qual será possível estudar, com mais profundidade,

as relações que envolvem os pais, as mães e os filhos, pois é imprescindível ter a percepção das influências negativas advindas, do ponto de vista psicológico, tanto do pai quanto da mãe. A maternidade e a paternidade estão envoltas em direitos e deveres e um dos aspectos de grande importância é a manutenção da convivência que os filhos necessitam manter tanto com o pai quanto com a mãe (BARBEDO, 2016).

A Constituição Federal deixa bem claro, pelo princípio da proteção integral, contemplado no art.227 e seus parágrafos seguintes, que é dever da família garantir, tanto para a criança quanto para o adolescente, o convívio familiar. E, quando se remete ao aspecto familiar, ressalta a importância da convivência com todos os familiares, entretanto, de forma mais relevante com os genitores, devido à importância fundamental que estes representam no desenvolvimento psíquico dos filhos. Destaca a autora que o art. 226, § 5º, preceitua a igualdade entre o pai e a mãe, revogando, dessa forma, o art.380 do Código Civil de 1916, bem como o fundamento do art. 1.631 do Código Civil de 2002, que também vem ao encontro do preceito constitucional, garantindo, tanto ao pai quanto à mãe, direitos e deveres no que tange aos filhos e à igualdade no exercício do poder familiar (BARBEDO, 2016).

O processo de separação de muitos casais provoca efeitos nefastos aos filhos, que, muitas vezes, sentem-se culpados pela separação dos pais. “Quando não há elaboração adequada do luto conjugal, tem início um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge.” (DIAS, 2015, p. 545).

Nos processos de separação ou divórcio nos quais está em jogo a guarda dos filhos ocorre que, muitas vezes, o genitor que não fica com a guarda física destes relata que enfrenta dificuldades para manter contato com os filhos. Na maioria das vezes, como a guarda física permanece com a mãe, essa inicia um processo de difamação da figura paterna, impedindo, inclusive, a convivência dos filhos com o pai. Mais grave do que o afastamento do convívio com o pai é o processo de implantação de falsas memórias nas crianças com pouca idade. Essa situação tem um nome: Alienação Parental. Apesar de o nome ser mais recente, esse processo já ocorre há muito tempo em várias famílias (SILVA, 2016).

A Alienação Parental é um fenômeno grave e deve ser tratado com firmeza pelos operadores do Direito. Tal conduta alienadora por parte dos genitores é uma conduta ilícita e como tal deve ser tratada (ALMEIDA, 2015, p. 110).

A Alienação Parental é um drama que atinge um número expressivo de famílias e que provoca dor e sofrimento às suas vítimas. A lei existe e as penalidades ao alienador também existem, no entanto, poucos alienadores são punidos.

A guarda compartilhada pode ser um dos caminhos importantes para que a Alienação Parental diminua e que as crianças possam conviver livremente, com o pai e a

mãe, bem como com os demais membros da família materna e paterna. O alienador não percebe, na maioria das vezes, a verdadeira dimensão dos seus atos.

### **3.2 OS AVÓS NA RELAÇÃO FAMILIAR E OS EFEITOS DA ALIENAÇÃO AVOENGA**

O maior desejo dos avós é serem imprescindíveis na vida dos netos. Na prática, parece que essa percepção é verdadeira, basta verificar a frequência com que os avós levam seus netos ao médico, à escola, ao balé, ao dentista, enfim, a diversos locais a que os netos comparecem e que os pais não podem acompanhar. Sem contar as viagens de férias, os finais de semana na casa dos avós, para que os pais possam ter um momento a sós (LOPES, 2011).

Este afeto de avó ou avô pode ser cumprido através de diferentes sinônimos. Infinitos, até. Quase sempre com uma alegria especial. Dar colo, mimar, levar, buscar, deitar, sonhar. Tarefas em tudo semelhantes ao que outros podem fazer, em especial os pais, e que eles próprios cumpriram, mas sintonizados num outro tempo, num outro espaço (STRECH, 2016, p. 13).

Nessa mesma linha, Flávio Ancona Lopes revela que sua experiência em consultório lhe ensinou o valor da convivência harmoniosa entre as famílias, de maneira especial entre as avós, pois, em muitos momentos, principalmente nos mais difíceis, serão elas que compartilharão dores e aflições. “Muitas vezes, escutei, de mães, comentários relativos a deixarem os filhos com a sogra, com o mesmo tom de voz de ex-esposas quando têm de deixar as crianças com ex-maridos” (LOPES, 2011, p. 17).

Para os netos, os idosos oferecem a sabedoria adquirida durante a vida, e esse conhecimento vai sendo incorporado pelas crianças quando elas se tornam adultas, além de os avós também costumarem passar às novas gerações muitas histórias sobre o passado, o que é enriquecedor para qualquer criança. Pesquisadores, segundo a autora, também concluíram que a relação avós-netos pode ajudar a diminuir sintomas depressivos para ambas as partes. Uma nova pesquisa sobre o assunto foi realizada pela Universidade da Califórnia, nos Estados Unidos. Os cientistas elaboraram uma hipótese de que os avós, com a mente saudável, aumentariam as chances de sobrevivência dos filhos de seus filhos, porque são capazes de transmitir a eles seus conhecimentos e suas habilidades. Como um reforço à teoria, os pesquisadores procuraram e conseguiram identificar, em vários genes, mutações relativamente novas, que protegem contra doenças neurodegenerativas, como o Alzheimer, o qual costuma aparecer em pessoas idosas. Segundo os cientistas, parece estar havendo

uma seleção natural diante dos olhos da sociedade. Ou seja, as pessoas que têm esses genes vivem mais e, conseqüentemente, conseguem colaborar mais com a criação dos netos, pois estão saudáveis (VIEIRA, 2011).

Torna-se, assim, revigorante viver mais, ter mais tempo para aproveitar a alegria de ser avô ou avó. Mergulhar no mundo mágico e imaginário da infância dos netos, ser parceiro (a) dos netos adolescentes, sonho este de muitas das pessoas que chegaram à velhice, mas plenas de sabedoria amalhada durante os anos em que viveram, sonharam e projetaram os anos finais de suas vidas na convivência com os filhos e os netos. Ser avô ou avó representa a continuidade da família, acrescida pela figura dos pequeninos que vão chegando, com aquela peculiaridade própria dos recém-nascidos.

Mas, como o conceito e a própria formação da família vêm apresentando contornos muito diversos, não raro, surgem os netos crescidos, outros já adolescentes, que são recebidos e amados como se netos biologicamente o fossem. Para os avós que amam, verdadeiramente, não existe mais essa diferenciação.

O sistema jurídico brasileiro é muito rigoroso com os avós, pois as interpretações quanto ao julgamento de ações alimentares dos netos atribuem muitas responsabilidades aos avós, como se estivessem na condição de pais das crianças ou dos adolescentes. Observa-se também o número cada vez maior dessas demandas, muitas, de fato, em que os netos estão carentes de auxílio, outras, no entanto, mera simulação, uma forma de a ex-esposa se vingar do filho, atingindo a sogra e o sogro. Pelo fato de muitos desses avós serem aposentados, torna-se fácil a comprovação de rendimentos e a possibilidade de pagar alimentos aos netos (COSTA, 2011).

A obrigação alimentar dos avós está condicionada mais às necessidades dos netos do que às possibilidades dos avós. Assim, só o fato de o avô desfrutar de boa situação financeira não significa que o encargo alimentar deve ser fixado de forma proporcional aos seus ganhos. O limite é quanto o neto necessita para atender a suas necessidades, as quais não conseguem suprir. Os alimentos visam à manutenção do alimentado, e não ao seu enriquecimento (DIAS, 2015, p. 666).

Inegavelmente, ter o direito a visitar os netos, de acompanhá-los nas diferentes fases da vida, deveria ser algo absolutamente normal na vida das famílias. Entretanto, muitos avós são impedidos de conviver com os seus netos e esse fato é muito mais frequente do que se possa imaginar.

Os avós, na luta que travam contra filhos, filhas, genros ou noras, no intuito de terem seu direito ao convívio com os netos preservado, são, com toda a certeza, a parte mais frágil. Também é importante ressaltar que recorrer ao Poder Judiciário significa uma medida extrema, e muitos desses avós não o fazem, pois temem

umentar ainda mais a distância entre eles e os filhos, conseqüentemente, com os netos. Esses avós não desejam que seus netos se contraponham aos pais, principalmente aqueles que estão na pré-adolescência ou na adolescência.

A modificação do Código Civil brasileiro, acrescentando o parágrafo único ao artigo 1.589, por meio da Lei nº 12.398/2011, apenas veio ratificar que a criança e o adolescente têm direito ao convívio com os avós e que esse convívio não pode ser impedido, pois há parentesco próximo e tal relação é norteadada pelo afeto normalmente existente entre avós e netos. Neste novo cenário, os avós, sempre que forem proibidos de conviver com os seus netos, poderão buscar amparo junto ao Poder Judiciário, a regularização das visitas aos netos, e “o juiz decidirá de acordo com os interesses e as necessidades da criança ou do adolescente e, em sendo indispensável, requererá a realização de estudo psicossocial, buscando a preservação da comunidade familiar em que se integra o menor” (PRETEL, 2017).

Na leitura do texto da Constituição brasileira, no seu artigo 227, fica muito cristalino o direito, entre outros, à convivência familiar da criança e do adolescente:

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

A doutrina e a jurisprudência, cada vez mais, chamam a atenção para a importância da preservação dos laços de amor com os avós, chegando a decisões de visitas autônomas, ou seja, sem a presença de um profissional, e, em determinadas situações, avós acabam por ganhar a guarda dos netos. Por outro lado, ressalta que, nas situações de Alienação Parental, nas quais os laços afetivos entre os avós e os netos estejam sendo abalados, a Lei da Alienação Parental deve ser aplicada. Da mesma forma que as decisões advindas dos Tribunais Regionais e Superiores reconhecem as famílias homoafetivas no Brasil, não há de se olvidar que a Lei da Alienação Parental se estende a essas famílias também (MOLD, 2017).

### **3.3 O CASO BERNARDO UGLIONE BOLDRINI COMO PARADIGMA NO CONTEXTO DA ALIENAÇÃO AVOENGA**

Bernardo foi assassinado no dia 04 de abril de 2014, e esse crime bárbaro foi divulgado amplamente nos noticiários de todo o Brasil e chocou a sociedade brasileira.

Bernardo residia em Três Passos com o pai, a madrasta e sua irmã, filha do pai com a madrasta, que, na época, tinha em torno de um ano de idade. Bernardo era filho do médico Leandro Boldrini com Odilaine Boldrini, que foi encontrada morta dentro da clínica de Leandro, em fevereiro de 2010. Na época, o inquérito concluiu que ela cometera suicídio usando um revólver. No entanto, sua mãe, avó de Bernardo, contestou essa versão. No ano de 2016, o inquérito foi reaberto, mas a nova investigação não apontou homicídio. Segundo a polícia, Odilaine havia mesmo praticado suicídio. Órfão de mãe, o menino Bernardo ficou sob a guarda do genitor, que teve uma nova companheira, Graciele Ugulini, a qual era enfermeira. O lar onde Bernardo vivia era cenário de constantes brigas entre o pai e a madrasta. Um ambiente conturbado, onde o menino não era tratado com o carinho e atenção que todo filho mereceria. O pai pouco sabia da rotina de Bernardo, que, por várias vezes, dormia na casa de outras pessoas (ZERO HORA, 27/09/2014).

Não era segredo para boa parte das pessoas que conviviam com Bernardo, na cidade de Três Passos, a situação de abandono vivenciada por aquele menino de apenas 11 anos de idade. Era comum ele fazer as refeições na casa de amigos e chegar tarde em casa, uma vez que não possuía a chave e a madrasta não permitia a sua entrada antes da chegada do pai, o médico Leandro Boldrini, cujo horário de chegada em casa girava em torno das 22:00h, conforme relato do próprio Bernardo.

A avó materna de Bernardo, ao tomar conhecimento da situação do neto contratou um advogado.

Alexandre Almeida da Silva, do Conselho Tutelar de Santa Maria, disse que havia orientado o advogado da avó de Bernardo a procurar o Conselho de Três Passos. A avó de Bernardo também procurou o Conselho Tutelar de Santa Maria para alertar acerca do grave risco de vida que corria seu neto. A última troca de mensagens, por *e-mail*, entre Taborda e o representante do Ministério Público de Três Passos, convidava o advogado e a avó a comparecerem em Três Passos, a fim de esclarecerem as denúncias. No entanto, como a avó de Bernardo estava doente e não poderia se deslocar até lá para falar com o representante do Ministério Público, o advogado disse que ela falaria no Ministério Público de Santa Maria, o que foi confirmado pela promotora Dinamércia Maciel de Oliveira. Segundo essa promotora, após o depoimento da avó de Bernardo, o MP pediu à Justiça que a guarda de Bernardo fosse transferida para a avó devido à falta de cuidados com o menino. A promotora Dinamércia Maciel de Oliveira entrou com o pedido de guarda para a avó de Bernardo no dia 31 de janeiro de 2014. O juiz, no entanto, optou por marcar audiência com o pai e o menino. Bernardo foi assassinado 32 (trinta e dois) dias depois dessa data. Segundo a promotora Dinamércia Maciel de Oliveira, ela teria feito tudo que foi possível, inclusive,

pedira que a audiência com o pai e o menino tivesse a presença da avó de Bernardo. Na audiência, o juiz Fernando Vieira dos Santos, da Vara da Infância e Juventude de Três Passos, decidiu dar uma segunda chance para o pai de Bernardo se reconciliar com o filho (SILVA, 2014).

Bernardo foi vítima de falhas, em um conjunto formado por órgãos de proteção à criança e ao adolescente. Em sua casa, sofria uma série de restrições, como não usar o computador e a impressora, não podia tomar banho na piscina existente em sua casa, não podia brincar com sua irmã, Maria Valentina, não podia fazer sua higiene pessoal, entre tantas outras proibições impostas ao menino pela madrasta e pelo pai. A escola, os professores, a catequista, os vizinhos, a ex-babá de Bernardo, a promotora Dinamércia Maciel de Oliveira e o juiz Fernando Vieira dos Santos tiveram a oportunidade de salvar a vida do menino Bernardo. Bernardo, sozinho, buscou ajuda no Poder Judiciário:

‘Quero falar com o Juiz’. Matheus Menezes de Moura, Coordenador de medidas sócio educativas do Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (CEDEDICA), foi a pessoa que atendeu Bernardo: – ‘Sou Bernardo, sou filho do médico Leandro Boldrini. Quero falar com o Dr. Fernando, o Juiz’. Disse Bernardo. – ‘Mas por que tu queres falar com o Juiz?’ – Inquiriu Matheus. – ‘Estou recebendo maus-tratos da minha madrasta e eu queria falar com o Juiz a respeito disso’ (IRION, 2014).

Não existe relato de outro caso em que uma criança tenha ido sozinha procurar ajuda diretamente no Foro de sua cidade. Mesmo assim, isso não foi suficiente para salvar a sua vida.

O assassinato do menino Bernardo é tido como um paradigma de algo que jamais poderia ter ocorrido e um caso de Alienação Avoenga, porque a avó materna pediu a guarda do neto assim que soube da situação de perigo de que seu neto estava sendo vítima, e a promotora Dinamércia Maciel de Oliveira entrou com o pedido de guarda para a avó de Bernardo no dia 31 de janeiro de 2014. Entretanto, o juiz Fernando Vieira dos Santos optou em dar uma chance para o pai de Bernardo, propiciando, dessa forma, tempo suficiente para que Bernardo fosse assassinado.

Muito se tem estudado sobre a Alienação Parental em relação a um genitor, entretanto debate-se, nesta monografia, sobre um outro importante tema, que é a Alienação Avoenga, ou seja, os avós que são impedidos de conviver com os netos, porque a nora, o genro, a filha ou o filho proíbem esse contato.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se “trazer à baila” esse importante debate sobre a Alienação Avoenga, no momento em que também se discute a obrigação subsidiária que os avós têm prevista em lei, de pagar a pensão alimentícia para o neto quando o genitor não tiver condições de fazê-lo.

Não se trata aqui apenas de uma compensação, e sim de um direito que os avós e os netos têm de manter esse vínculo tão importante, uma vez que os avós representam a ancestralidade, o contato do passado com o presente e a memória de fatos ocorridos em família durante os vários anos de existência. Afinal, filhos, netos e avós fazem parte de um mesmo núcleo familiar e têm o direito de conviver, sem que isso lhe seja negado.

Este artigo não tem como objetivo esgotar toda a discussão sobre o tema da Alienação Parental, pelo contrário, quer instigar para que haja maior debate e aprofundamento, a fim de que casos como os que ocorrem em inúmeras famílias tenham uma solução definitiva e que as vítimas da Alienação Parental e da Alienação Avoenga possam conhecer os meios jurídicos necessários para a sua proteção, bem como sejam punidos aqueles que praticam toda e qualquer forma de alienação.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**: angústias e aflições nas relações familiares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BARBEDO, Claudia Gay. **Parentalidade**: análise psicojurídica. 22. ed. Curitiba: Lúmen Juris, 2016.

COSTA, Maria Aracy da. **Os Limites da Obrigação Alimentar dos Avós**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA, Verônica. A. Motta Cezar, MACEDO Rosa Maria Stefanini de. **Guarda Compartilhada**: uma visão psico-jurídica. Porto Alegre: Artmed, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

IRION, Adriana. As falhas na rede de proteção que não salvaram Bernardo. **CLICRBS**. Publicada no dia 27 de set. 2014. Disponível em: <[zh.clicrbs.com.br/.../as-falhas-na-rede-de-protecao-que-nao-salvou-berna...](http://zh.clicrbs.com.br/.../as-falhas-na-rede-de-protecao-que-nao-salvou-berna...)>. Acesso em: 06 nov. 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Alienação parental**: do mito à realidade. São Paulo: Revista dos Tribu-

nais, 2015.

LOPES, Fabio Ancona. **Avós e Netos**: uma forma especial de amar. São Paulo: Manole, 2011.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada**: física e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MADALENO, Ana Carolina; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MADALENO, Ana Carolina; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MOLD, Cristian Fetter. **Alienação Parental**: interlocuções entre o direito e a psicologia. 22. ed. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014.

MONTAÑO, Carlos. **Alienação Parental e Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

NOGUEIRA, Grasiela. Aspectos fundamentais acerca do poder familiar. **Âmbito Jurídico**, v. 159, 2017.

PRETEL, Mariana Pretel. **Nova Lei Assegura o Direito de Visitas aos Avós**. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos-publicados-no-jornal-noticias-paulistas/nova-lei-assegura-o-direito-de-visitacoes-aos-avos>>. Acesso em: nov. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

ROSA, Conrado Paulino. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva 2015.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e Guarda Compartilhada**: conquistas para a família. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

SILVA, Rosana. MP e Conselho Tutelar foram informados que Bernardo teria sofrido "tentativa de asfixia" por madrasta. **Gaúcha ZH**. Publicada em 17 abr. 2014. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/04/mp-e-conselho-tutelar-foram-informados-que-bernardo-teria-sofrido-tentativa-de-asfixia-por-madrasta-4477454.html>>. Acesso em: nov. 2016.

STRECH, Pedro. **Queridos Avós**: o papel dos avós na vida dos netos. Lisboa: Verso da Capa, 2016.

VADE MECUM. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VADE MECUM [compacto]. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VIEIRA, Maria Clara. **Netos e Avós**: a importância dessa relação. Disponível em: <<http://revistacrescer.globo.com/Familia/noticia/2016/01/netos-e-avos-entenda-importancia-dessa-relacao.html>>. Acesso em: nov. 2016.

# **A HOMOPARENTALIDADE E O REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO**

## **Andreza Garcia da Rocha**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: [deza.garcia@yahoo.com.br](mailto:deza.garcia@yahoo.com.br).

## **Cláudia Maria Petry de Faria**

Doutora em Qualidade  
Ambiental pela Universidade Feevale.  
Professora na Universidade Feevale.  
E-mail: [claudia@feevale.br](mailto:claudia@feevale.br).

## 1 INTRODUÇÃO

No presente estudo analisa-se como estão sendo realizados os registros civis de nascimento dos filhos oriundos das relações homoafetivas, sejam adotados ou gerados por técnicas de reprodução humana assistida, bem como os reflexos sociais e jurídicos deste registro, visto que, gradativamente, estão sendo editadas normas, ainda que escassas, que autorizam o assento de nascimento de filhos de família homoparentais. A relevância social do tema reside na importância do registro civil de nascimento, o qual cumpre papel fundamental na sociedade.

Inicialmente, analisa-se a evolução histórica da família, suas transformações e seu conceito atual, bem como o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, além de examinar as formas de constituição familiar homoparental através da adoção e da reprodução humana assistida.

Ao final, apresenta-se a função social do registro civil, bem como se analisa o assento de nascimento em casos de adoção e de utilização das técnicas de reprodução humana assistida por casais homoafetivos e a possibilidade de aplicação do Provimento n.º 52/2016 do Conselho Nacional de Justiça. Ademais, examina-se a perspectiva de aplicação prática do registro de nascimento nas famílias homoparentais e seus reflexos jurídicos e sociais, através de questionário aplicado.

## 2 A HOMOPARENTALIDADE NO BRASIL: ASPECTOS HISTÓRICOS, SOCIAIS E LEGAIS

O momento histórico e cultural em que se encontra a família é o que designa a sua face, pois os moldes da estrutura familiar têm se modificado ao longo do tempo, avançando e retrocedendo conforme o período e a cultura. A definição de família, portanto, sempre foi de grande complexidade, em virtude de suas mutações (MALUF, 2010).

Com o advento da Constituição Federal do Brasil de 1988, surgiu uma nova visão do direito privado, compreendendo a dignidade como cerne do sujeito e, consequentemente, das relações jurídicas. O conceito de família, que até então era extremamente taxativo, passou a apresentar um conceito plural, podendo dividir o Direito de Família em antes e depois do advento da Constituição Federal, a qual, em seu artigo 226, elencou a família como base da sociedade, merecendo especial atenção do Estado, rompendo com o preconceito legal e instalou no texto jurídico uma nova concepção de família. A Carta Magna, portanto, além de acolher as transformações sociais da família brasileira, valorizou a pessoa humana (ROSA, 2017).

Assim, houve a democratização da família, a qual deixou de ter o caráter tradicional, de instituição patriarcal, para dar espaço a um ambiente plural, democrático,

igualitário e com força instrumental, tendo em vista que é o lugar de desenvolvimento da personalidade dos seus integrantes, estando presente a afetividade, o que justifica essas novas relações familiares (CAVALCANTI, 2016).

Acerca do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, foi no âmbito do Poder Judiciário que as mudanças mais significativas ocorreram, tendo sido a justiça gaúcha a primeira a reconhecê-la (RIO GRANDE DO SUL, 2001). Em maio de 2011, em decisão inédita, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.277 (BRASIL, 2011a) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132 (BRASIL, 2011b), o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar merecedora dos mesmos direitos e deveres da união estável, não podendo mais ser excluída do conceito de família, o que se deu, principalmente, em face do efeito vinculante do julgado (DIAS, 2014). Já, em maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n.º 175, de 14 de maio de 2013 (BRASIL, 2013a), a qual proíbe os Cartórios de Registro Civil de recusarem a realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (MORAES, 2016).

Assim, dentro dos novos arranjos familiares que têm como base o vínculo afetivo, surge a família homoparental. Sua denominação é um neologismo criado em 1997 pela Associação de Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicas (APGL), em Paris, a qual nomeia a situação na qual pelo menos um adulto se autodesigna homossexual e é, ou pretende ser, pai ou mãe de, no mínimo, uma criança. O uso deste termo costuma ser objeto de questionamentos, visto que coloca em evidência a orientação sexual dos pais e a associa ao cuidado dos filhos, o que os estudos sobre homoparentalidade se propõem justamente a desfazer, demonstrando que homens e mulheres homossexuais podem ser ou não bons pais, assim como homens e mulheres heterossexuais. O que se evidencia, na verdade, é que é a capacidade de cuidado dos filhos o determinante de boa parentalidade e não a orientação sexual dos pais (ZAMBRANO *et al.*, 2006).

Acerca da omissão legal, Maria Berenice Dias (2013) entende que o repúdio social acaba por intimidar o legislador, o qual possui enorme resistência em chancelar lei que vise a proteger quem a sociedade rejeita. Assim, acaba por não aprovar projetos voltados a minorias alvos de discriminação, marginalizando-os ainda mais. Tal omissão tem efeito perverso, fazendo com que muitos juízes resistam em emprestar-lhes juridicidade por interpretar a falta de legislação como correspondente à vontade do Estado em não querer lhes conceder direitos.

Entretanto, a omissão do legislador não significa a ausência do direito, não se podendo falar em silêncio com significado de conteúdo excludente, pois a falta de

lei não impede a inclusão no âmbito da tutela jurídica. Assim, o conceito de família passou a ser alargado através dos juízes, reconhecendo que o rol constitucional não é exaustivo, passando a admitir como família outros arranjos familiares. Atualmente, é proibido negar acesso ao casamento e impedir o registro das uniões homoafetivas. Também se deve à iniciativa do Poder Judiciário assegurar aos homossexuais o direito de adotarem crianças, bem como fazerem uso das técnicas de reprodução assistida (DIAS, 2015).

Enézio de Deus Silva Júnior (2011) diz que, devido à valorização jurídica do afeto, o conceito de filiação não está reduzido apenas ao vínculo entre um ser humano e aqueles que o geraram biologicamente, pois, com a ampliação constitucional de que “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações”, conforme artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, arranjos familiares diversos foram amparados, bem como se fixou o dever de um tratamento igualitário, sem diferença entre filiação biológica ou socioafetiva. Outrossim, salienta que a adoção é o instituto que se apresenta como o vínculo legal que cria, à semelhança de filiação consanguínea, o parentesco pelo valor do afeto.

Acerca do direito à adoção por casais homoafetivos, este possui fundamento de ordem constitucional, não sendo possível a exclusão do direito à paternidade e à maternidade a homossexuais, transexuais, travestis e intersexuais, sob pena de infringir-se o respeito ao princípio da dignidade humana, que se personifica no princípio à igualdade e na vedação de tratamento discriminatório de qualquer ordem (DIAS, 2014).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) não impôs nenhum obstáculo legal à adoção por casais homoafetivos, ao contrário, este prevê em seu artigo 43 que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens ao adotando”, mostrando, claramente, que este instituto objetiva a integração das crianças e adolescentes em famílias capazes de oportunizar um lar estruturado, saudável e com harmonia, sem distinção de credo, cor, raça ou orientação sexual (D’ELIA, 2004).

A Lei n.º 12.010/09 (BRASIL, 2009), chamada de Lei Nacional da Adoção, excluiu do Código Civil o instituto da adoção de menores de idade e deu nova redação ao parágrafo 2º do artigo 42 do ECA, passando a prever que “para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. Entretanto, mesmo com a nova redação, a possibilidade de adoção por casais homossexuais não é afastada, pois autoriza esta possibilidade para quem mantém união estável e, como já consolidada a identidade de direitos entre as uniões homoafetivas e heteroafetivas, inclusive de forma vinculante pelo STF, bem como acesso ao casamento, deve imperar o princípio consagrado

no ECA, o qual admite a adoção quando se funda em motivos legítimos e manifesta reais vantagens ao adotando, conforme o artigo 43 da referida lei (DIAS, 2014).

No tocante às decisões dos tribunais acerca do tema, vale ressaltar a decisão da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de abril de 2006, que permitiu que um casal de mulheres adotasse duas crianças conjuntamente. No julgamento do recurso, o desembargador Luiz Felipe Brasil Santos se valeu da jurisprudência da Justiça Gaúcha que, em algumas decisões, admitiu a união estável de casais homossexuais e a aplicou no caso. De acordo com o desembargador, relator do processo, tendo em vista que o casal vivia junto há oito anos, a sua decisão teve por base o artigo 1.622<sup>1</sup> do Código Civil que diz que duas pessoas só podem adotar em conjunto quando forem marido e mulher ou viverem em união estável (MATSUURA, 2016).

Por conseguinte, ainda que a legislação brasileira seja omissa quanto à adoção por casais homoafetivos, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei Nacional da Adoção não trazem empecilhos a esse feito. Ainda, cabe salientar que a norma constitucional engloba entidades familiares não expressamente previstas e os princípios reconhecem esses arranjos, assim, não só o casamento tradicional determina o relacionamento, mas também o afeto entre seus componentes (GROSS; CARLOS, 2015).

Quanto à reprodução assistida, esta advém de uma intervenção médica, sendo a reprodução humana um dos campos em que o avanço tecnológico tem uma especial relevância, haja vista a importância dada pelo ser humano ao ato de procriar. Assim, abre-se com essas técnicas um novo horizonte para aqueles que não tinham condições de ter um filho de modo natural. Vera Lucia da Silva Sapko (2009), ao tratar desse assunto, aponta que a possibilidade de reprodução assistida “atinge também homossexuais que, antes, eram obrigados a manter relações sexuais com pessoas pelas quais não nutriam qualquer atração física e, pior, não tinham uma relação duradoura para poder viabilizar seu projeto parental”.

A reprodução assistida pode ser classificada em homóloga ou heteróloga. A homóloga decorre da manipulação de gametas masculinos e femininos do casal (DIAS, 2014), sendo esta técnica considerada a menos polêmica, pois a doutrina e a jurisprudência compartilham a ideia de que a paternidade biológica é a legal (SILVA; PONTES, 2014). Quanto à heteróloga, esta envolve um terceiro estranho à relação afetiva, sendo ele o doador de parte do material genético (FERRARI; FRANÇA; CAPELLARI, 2014).

<sup>1</sup> Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009.

A alternativa utilizada por casais homoafetivos é a reprodução assistida heteróloga, visto que não há a possibilidade de ambos serem pais biológicos da criança (DIAS; REINHEIMER, 2012). Em casos de casais femininos há a doação do esperma por terceiro alheio à relação, enquanto uma parceira cede o óvulo e a outra cede o útero (BLANCACCO; NOVAES, 2013). No caso de casais masculinos, o método utilizado é a gravidez por substituição, no qual o material genético pode ser de um dos homens ou de ambos e a gestação ocorrerá no útero de uma “doadora” (SILVA; PONTES, 2014). No Brasil, a reprodução assistida ainda carece de legislação, havendo apenas sua disciplina através do Conselho Federal de Medicina (CFM), o qual, desde 1992, com a Resolução n.º 1.358 (BRASIL, 1992), tem se preocupado em tratar do assunto (OLIVEIRA, 2015).

Em 1992, o uso destas técnicas, na Resolução n.º 1.358/1992, fazia referência expressa a “homem e mulher”. Em 2010, uma nova normatização, a Resolução n.º 1.957/2010 (BRASIL, 2011), admitiu o uso destas técnicas a “todas as pessoas capazes”, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos seus limites. Sucessivamente, em 2013 foi editada a Resolução n.º 2.013/2013 (BRASIL, 2013), a qual atentou à nova realidade, sendo explícita ao permitir o uso das técnicas de reprodução assistida para relacionamentos homoafetivos (DIAS, 2014). No ano de 2015, foi publicada a Resolução n.º 2.121/2015 (BRASIL, 2015), a qual revogou a anterior e, além de permitir o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos, ainda permitiu a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista a infertilidade. Em 2017, foi publicada a atual Resolução n.º 2.168/2017 (BRASIL, 2017), que não realizou nenhuma alteração no que tange à reprodução humana assistida por casais homoafetivos.

Com a introdução das técnicas de reprodução assistida, bem como a possibilidade da gestação por substituição, houve uma redefinição de paternidade e de maternidade, tendo sido superada a base apenas biológica, incluindo-se, no cenário atual, a socioafetividade como vínculo de parentalidade, sobrepondo-se, muitas vezes, ao aspecto biológico. Este fenômeno tem sido chamado por alguns doutrinadores de “desbiologização” dos laços familiares, tendo em vista que o afeto se coloca como formador essencial da família, numa perspectiva de respeito à filiação socioafetiva (BLANCACCO; NOVAES, 2013).

Outrossim, por analogia, conforme a Constituição Federal, pode-se dizer que aqueles que nasceram pelas técnicas de reprodução assistida possuem os mesmos direitos dos que foram adotados, tendo como base o artigo 227, parágrafos 5º e 6º, que trata a adoção como escolha afetiva (RESENDE, 2012). Todavia, há uma fragilidade jurídica caracterizada pela omissão legislativa específica à reprodução as-

sistida, haja vista que o direito brasileiro tem dificuldade em acompanhar de forma emparelhada os avanços científicos associados a estes procedimentos (SILVA; PONTES, 2014). A ausência de normas legais disciplinadoras tem sido suprida apenas por normas éticas para a utilização das técnicas constantes de Resoluções do CFM e por provimentos normativos (ALVES, 2016).

Diante disto, é imperativo a elaboração de lei específica, precedida de ampla e profunda discussão e reflexão entre todas as áreas envolvidas, dando origem a um regramento que estabeleça limites claros, determinados e seguros, permitindo que os procedimentos da tecnologia reprodutiva sejam praticados com responsabilidade, viabilizando o progresso científico, bem como assegurando aos usuários destas técnicas e às crianças por elas geradas os direitos à vida e à saúde, além do respeito aos princípios constitucionais da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da igualdade e da não-discriminação (SAPKO, 2009).

### **3 O REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO**

O registro de nascimento assinala um fato jurídico, qual seja o nascimento de uma pessoa, mediante a declaração de alguém. Atualmente, no Brasil, o pai ou a mãe, isoladamente ou em conjunto<sup>2</sup>, devem levar ao Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais, além dos seus documentos de identificação, a Declaração de Nascido Vivo (DNV), fornecida pelo hospital e assinada pelo médico. Caso o nascimento tenha ocorrido em casa, a DNV também deverá ser preenchida pelo médico responsável pelo parto, conforme declaração dos pais, assinada por duas testemunhas. Se não tiver havido assistência médica no nascimento acontecido na residência, a DNV será feita pelo Ofício de Registro Civil, que colherá as assinaturas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2000). A exigência da DNV está prevista no artigo 10 do ECA. Destarte, o registro de nascimento é feito com base nas declarações e nas informações contidas na Declaração de Nascido Vivo, o que lhe confere maior segurança (PESSOA, 2006).

O assento de nascimento cumpre papel fundamental na sociedade sob o ponto de vista dos direitos humanos, sendo o primeiro documento civil que oficializa, para o Estado e a sociedade, a existência de um novo indivíduo natural, funcionando como identidade formal do cidadão e sendo o primeiro passo para o exercício pleno da cidadania no país (IBGE, 2014). De acordo com o Princípio 3º da Declaração dos Direitos da Criança, desde o nascimento, toda criança terá direito a um nome e a uma nacionalidade, sendo o registro civil de nascimento um direito fundamental e garan-

<sup>2</sup> Redação dada pela Lei nº 13.112, de 2015.

tia do direito de identidade, bem como documento essencial para a prática dos atos da vida civil (GALLO; GRACINDO, 2016).

Destarte, para Marco Antonio Greco Bortz (2003), “o Registro Civil das Pessoas Naturais é um memorial perpétuo e sistematicamente organizado, destinado à guarda e conservação das informações relativas à existência da pessoa humana”, bem como das principais alterações do estado e capacidade civil e de sua extinção, tornando-se prova pré-constituída de todas as vicissitudes pertinentes pelas quais passa o ser humano. Assim, o Registro Civil é, portanto, um banco de informações seguras a partir do qual podem ser obtidos os principais elementos da personalidade do indivíduo.

Nos casos de adoção por casais homoafetivos, a questão acerca do registro de nascimento e, conseqüentemente, da certidão de nascimento é sempre fomentada, tendo em vista as inúmeras polêmicas levantadas pelos que argumentam em contrário à viabilidade de adoção por casais homoafetivos, no que tange às mudanças no prenome, no nome e no assento de nascimento da criança/adolescente adotada(o). O fato de constar os nomes de dois homens ou duas mulheres pode se opor aos costumes da sociedade, entretanto, não se opõe ao ordenamento positivo pátrio, visto que o assento de nascimento deve espelhar a filiação não somente biológica, mas também a afetiva, refletindo a realidade socioafetiva na qual a criança ou adolescente está inserida (SILVA JÚNIOR, 2010).

Outrossim, a Lei dos Registros Públicos não se opõe ao registro de dois pais ou duas mães, tampouco o Estatuto da Criança e do Adolescente traz óbice a isto, apenas prevendo, em seu artigo 47, que “o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil, mediante mandado do qual não se fornecerá certidão”. Ademais, o parágrafo 1º do referido artigo não traz qualquer menção ao sexo biológico, preceituando somente que a inscrição deverá conter o nome dos adotantes como pais e o nome dos ascendentes. Nessa senda, servidores notariais perceberam que os tradicionais modelos de certidão de nascimento, tidos como padrão nos cartórios do país, poderiam ser ajustados para que pudessem amparar situações diversas. Ainda, tendo por base as mudanças no âmbito notarial, o Provimento n.º 06/2004 da Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2004) foi pioneiro ao permitir que pessoas do mesmo sexo pudessem registrar documentos sobre união estável em Cartórios de Notas (SILVA JÚNIOR, 2010).

Outra barreira foi quebrada no ano de 2009, quando o CNJ alterou o padrão da certidão de nascimento, através do Provimento n.º 2, de 27 de abril de 2009 (BRASIL, 2009a), tendo incluído o termo “filiação”, mas mantendo os termos “pai e mãe”, bem como “avô materno e avó materna” e “avô paterno e avó paterna”. Posteriormente

veio o Decreto n.º 6.828, de 27 de abril de 2009 (BRASIL, 2009b), o qual manteve este modelo de certidão de nascimento. Dessa forma, tal modelo abriu caminho para o registro de crianças por casais do mesmo sexo e garantiu à criança todos os direitos sucessórios e patrimoniais, inclusive em caso de separação ou morte de um deles (RODRIGUES; LOPES, 2016).

Sucessivamente, surgiu o Provimento n.º 3, de 17 de novembro de 2009, do CNJ (BRASIL, 2009c), o qual aperfeiçoou o Provimento n.º 2, tendo alterado novamente o modelo de certidão de nascimento, fazendo constar apenas o termo “filiação”, e não mais “pai e mãe”, tampouco a divisão entre avós maternos e paternos, constando apenas o termo “avós”. A *posteriori*, foi publicado o Decreto n.º 7.231, de 14 de julho de 2010 (BRASIL, 2010), o qual prevê que a certidão de nascimento observará o modelo determinado em ato conjunto do Ministério da Justiça e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Para a segurança jurídica do adotado, portanto, é essencial que haja no seu assento de nascimento o reflexo preciso do amor e da configuração familiar que passa a fazer parte, não podendo a atividade cartorária e as demais atividades do Estado serem legitimadoras de segregações e de preconceitos quanto às uniões homoafetivas no país, devendo os servidores atuarem em prol da segurança jurídica do atos legalmente amparados, os quais traduzem a vontade das partes, sem distinção de qualquer natureza. Assim, a formalização da filiação homoafetiva através da adoção deverá ser viabilizada de forma a refletir nas certidões de nascimento (SILVA JÚNIOR, 2010).

Quanto às técnicas de reprodução assistida, o Código Civil possui dispositivo legal, qual seja o artigo 1.597, que se refere especificamente a estas técnicas, não autorizando, tampouco regulamentando, a reprodução assistida, mas sim, apenas constatando a existência desta e procurando dar solução ao que se refere à paternidade. Tal artigo é oriundo de emenda proposta no Senado Federal e, apesar de referência expressa, há clara omissão normativa no que diz respeito aos aspectos civis relevantes (FIDELIS, 2016).

Dessa forma, no caso das inseminações artificiais heterólogas por casais homoafetivos, o Poder Judiciário tem se posicionado em relação à matéria através de decisões judiciais. Uma decisão judicial emblemática no tocante a esse tema foi proferida pelo juiz da 1ª Vara de Família e Registro Civil da Comarca de Recife, Dr. Clicerio Bezerra e Silva, no ano de 2012, a qual teve ampla repercussão na mídia. O casal homoafetivo ajuizou demanda objetivando o assento de nascimento de uma criança gerada por meio de reprodução assistida heteróloga na condição de filha dos requerentes. A sentença proferida autorizou o registro civil com dupla paternidade, tendo sido fundamentada com alguns princípios constitucionais (SILVA; PONTES, 2014).

Quanto às relações homoafetivas femininas, um caso também emblemático ocorreu no ano de 2010, na Comarca de São Paulo, o qual ficou conhecido como “Sentença das Duas Mães” (SILVA; PONTES, 2014, p. 57-68). Neste caso, a mãe gestacional e os infantes promoveram a ação para obter a declaração e reconhecimento da filiação dos menores em relação à mãe biológica que teve seus óvulos fertilizados pelo sêmen de doador anônimo. Apesar de possuir ovários perfeitos e normais e bons óvulos, a mãe biológica preferiu não gestar, tendo entregado a missão para a mãe gestacional, valendo-se da autonomia de sua vontade. Contudo, apenas a mãe gestacional teve sua condição reconhecida, constando apenas o seu nome no assento de nascimento dos menores (SÃO PAULO, 2010).

Assim, o magistrado atribuiu à mãe biológica o mesmo direito já previamente concedido à mãe gestacional, qual seja o de fazer constar o seu nome nas certidões de nascimento de seus filhos (SILVA; PONTES, 2014). Logo, a partir da análise de ambas as decisões, é possível concluir que o nome reflete a história do sujeito, exterioriza as suas origens, sejam elas biológicas ou socioafetivas, sendo elemento da personalidade e também um direito fundamental do ser humano. Ademais, a ostentação de um nome significa, do ponto de vista social, o reconhecimento da pessoa como parte da entidade familiar, bem como representa o aval para agir e interagir como parte significativa de um grupo familiar (WELTER, 2003). Assim, o planejamento familiar realizado pelas famílias homoparentais deve ser reconhecido no registro de nascimento da criança, por se tratar de direito constitucionalmente previsto, seja na adoção ou na reprodução humana assistida. Entendimento contrário traria prejuízos para a criança, a qual não teria a formalização de uma situação fática na qual está inserida, o que acarretaria exclusão ou dificuldade de acesso a vários direitos (MATOS; FISCHER, 2012).

Nesse sentido, dada a falta de legislação e considerando as normas sobre reprodução assistida editadas pelo CFM em 2015, através da Resolução n.º 2.121, de 24 de setembro de 2015 (BRASIL, 2015), por recomendação do Conselho da Justiça Federal e do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), surgiu o Provimento n.º 21, de 29 de outubro de 2015 (PERNAMBUCO, 2015), da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Pernambuco, o qual normatiza o procedimento de registro civil de nascimento de filhos havidos de RA por casais heteroafetivos e homoafetivos, que passa a admitir a multiparentalidade naquele estado. Dessa forma, a Corregedoria Nacional de Justiça editou o Provimento n.º 52, de 14 de março de 2016 (BRASIL, 2016), tendo em vista a necessidade de uniformizar as novas regras sobre a emissão de registro civil de nascimento de filhos havidos por técnicas de RA de casais heteroafetivos e homoafetivos no território nacional (GALLO; GRACINDO, 2016).

O Provimento n.º 52/2016 determina que o assento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de RA, de casal heteroafetivo ou homoafetivo, não depende de prévia autorização judicial, observada a legislação vigente, sendo requisitada, no ato do registro, a documentação exigida no art. 2º, parágrafos 1º e 2º. No caso de filhos de casais homoafetivos, o registro deve ser adequado, devendo constar os nomes dos ascendentes, sem que haja qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna. Ainda, dispõe o provimento que podem comparecer ambos os pais ou somente um deles, quando os pais forem casados ou conviverem em união estável, seja casal heteroafetivo ou homoafetivo (GALLO; GRACINDO, 2016, p. 250-259).

Dessa forma, embora seja obrigatória a apresentação de documentos dos ascendentes biológicos para o registro, o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e seus efeitos jurídicos entre o(a) doador(a) e a pessoa gerada através da reprodução assistida, não sendo estes reconhecidos como tendo qualquer grau de parentesco com a criança (ASSUMPÇÃO; ASSUMPÇÃO, 2017). Ademais, o art. 3º, *caput* e parágrafo 1º do referido provimento, prevê a vedação aos Oficiais Registradores de recusa ao registro de nascimento e emissão da respectiva certidão para os filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, devendo a recusa ser comunicada ao respectivo juiz corregedor para as providências disciplinares cabíveis. Assim, a emissão de registro de crianças havidas por técnicas de RA por casais heteroafetivos ou homoafetivos se torna mais simples, eliminando a necessidade de buscar decisões judiciais que autorizem os registros dessas crianças, desafogando o judiciário (GALLO; GRACINDO, 2016).

Destarte, tal norma traz grande avanço no direito de filiação e no exercício dos princípios da igualdade, afetividade, do planejamento familiar, da dignidade da pessoa humana, melhor interesse da criança e, principalmente, do reconhecimento das diversas formas de entidades familiares previstas na Carta Magna (GALLO; GRACINDO, 2016).

Assim, neste capítulo, serão apresentados resultados de pesquisa qualitativa realizada através de questionário, o qual foi elaborado com o intuito de verificar como estão sendo realizados os registros civis de nascimento de crianças filhas de famílias homoparentais, seja por adoção ou por técnicas de reprodução assistida. Visa também apresentar respostas sob o panorama prático da realidade atual, demonstrando as dificuldades enfrentadas pelos casais homoafetivos, os reflexos jurídicos e sociais do registro de nascimento nestes casos, bem como sugestões do participante.

Dessa forma, o questionário foi respondido pela Promotora de Justiça Especializada em Infância e Juventude da Comarca de São Leopoldo/RS e pela Registradora Pública lotada no Registro Civil das Pessoas Naturais da Primeira Zona de Novo Hamburgo/RS.

Quanto aos pedidos de registro de nascimento por casais homoafetivos, ambas as participantes responderam não ter havido muitos casos de pedidos destes registros nas Comarcas as quais são vinculadas. Para Heloísa Helena Barbosa, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e especialista em biodireito, a resistência à constituição de famílias homoafetivas e a que esses casais tenham filhos ainda está presente na sociedade por razões socioculturais (IBDFAM, 2016). Ademais, tendo em vista as dificuldades legislativas e sociais enfrentadas, os casais homoafetivos acabam desistindo de seus direitos de constituírem família e optam pelo registro de nascimento em nome de apenas um membro do casal, tanto nos casos de filhos naturais como em casos de adoção (CLEMENTE; HARO; PITTA, 2014).

Acerca do posicionamento do órgão sobre os pedidos de registro de nascimento por casais homoafetivos, a Registradora Pública relata não haver ainda previsão legal para registrar uma criança, nesta modalidade de pais homoafetivos, diretamente nos cartórios, sendo posicionamento do Registro Civil, o qual faz parte a orientação legal aos interessados. A Promotora de Justiça entende não haver óbice, tendo ocorrido pedido específico de registro apenas uma vez, em um caso de inseminação artificial, onde utilizado o óvulo de uma das mães, o qual foi inserido no ventre da outra.

Nesse caso, a determinação para o registro ocorreu normalmente, de acordo com a realidade dos fatos. Relata ainda que “nos casos de adoção frequentemente há habilitação anterior para o casal homoafetivo, que é chamado quando chega sua vez na lista, sendo a situação tratada com naturalidade, não havendo tratamento diferenciado pelo órgão em razão de se tratarem de dois homens ou duas mulheres” (Quem, quando?).

No tocante às dificuldades enfrentadas pelos casais homoafetivos na adoção conjunta, a Registradora informa que o Registro Civil não tem acompanhamento do processo, tendo em vista que este tramita no Judiciário, sendo que a função registral se limita a cumprir determinação judicial, transformando-se em registro para produção de seus efeitos legais. A Promotora de Justiça relata que, do ponto de vista jurídico, não há dificuldades para a adoção.

O processo de adoção no Brasil apresenta facilidades e dificuldades. Entre as dificuldades encontradas estão os preconceitos e mitos, a adoção de crianças com idade acima de três anos e a burocracia no processo (SILVA; MESQUITA; CARVALHO, 2010). Assim, o que desencoraja ou impede alguns casais de adotar é a burocracia exigida pelo Estado, bem como a demora do processo (ROSA *et al.*, 2016). Para Maria Berenice Dias (2015) a agilização das adoções deveria ser a maior preocupação do Estado, visto que manter crianças, adolescentes e jovens abrigados é a pior das soluções. A burocracia para a disponibilização de crianças à adoção acaba por fazer com que muitas pessoas desistam de adotar. Destarte, em face dos percalços impostos

à adoção, quem deseja ter filhos muitas vezes opta por fazer uso das técnicas de reprodução assistida para não ter que se sujeitar a anos de espera.

Logo, apesar de a lei brasileira não proibir, também não admite de forma expressa a adoção por casais homoafetivos, o que ocasiona, muitas vezes, na negação de habilitação conjunta para adoção. Assim, muitos homossexuais têm feito uso das técnicas de reprodução assistida, para não terem que se submeter a frustradas tentativas de adoção (DIAS, 2015).

No questionário ainda foram solicitadas sugestões para tornar mais efetiva e célere a adoção por casais homoafetivos. A Promotora de Justiça relatou não vivenciar uma dificuldade diferente da usual para qualquer casal, que geralmente tem pressa no processo de adoção, não tendo qualquer sugestão a declinar. A Registradora informou que o Registro Civil atua no regime de Delegação de Serviços Públicos na área registral da pessoa natural, estando o Instituto da Adoção abrigado por específica, a qual o Registro Civil não foi contemplado para sua demanda judicial, não tendo ingerência no mesmo.

Sobre a forma como se dá o registro de nascimento de crianças geradas por técnicas de reprodução assistida das famílias homoparentais e se existe livro especial para o respectivo registro, a Promotora de Justiça informou não possuir tal informação. A Registradora relatou que a técnica de reprodução assistida está prevista no Provimento n.º 52, de 14 de março de 2016 do Conselho Nacional de Justiça, não havendo livro especial, sendo os registros de nascimentos das crianças abrigadas nesta legislação lavrados no Livro A, que é o livro próprio para o registro de nascimentos.

Ademais, o questionário elucidou qual a previsão do Provimento n.º 52/2016 do CNJ, e indagou qual seria a importância social do provimento. A Promotora de Justiça esclareceu que se trata de adaptação da lei e dos documentos à realidade fática, eliminando a questão do preconceito para o futuro. Outrossim, a Registradora esclareceu que, diante dos acontecimentos sociais e, especialmente para a criança em situação de vulnerabilidade, "é uma grande dádiva haver o interesse de pessoas em adotar ou reconhecer a filiação, independentemente da condição sexual dos pais. O amor a uma criança não é medido por raça, sexo ou condição social" (Quando?)

Quanto à possibilidade prática de aplicação do Provimento n.º 52/2016 do CNJ, a Promotora de Justiça referiu não ter notícias de que estejam ocorrendo quaisquer problemas. Não obstante, a Registradora afirmou que o Provimento n.º 52/2016 do CNJ, apesar de ter vindo para facilitar o registro de nascimento, o qual pode ser realizado diretamente no cartório, dispensando o processo judicial, este ainda encontra-se com dificuldade de operacionalidade, em função de suas exigências no tocante às comprovações da condição de reprodução assistida e por substituição.

Acerca do quão preparados estão os servidores do órgão público e o sistema de informática utilizado para receber adequadamente este novo modelo familiar que é a família homoparental, a Promotora de Justiça relatou que os sistemas de informática ainda trazem campos como “pai” e “mãe”, mas, em contrapartida, os servidores parecem estar adaptados, mesmo não tendo havido formação específica para tanto.

A Registradora respondeu que os registradores das Pessoas Naturais de todo o Brasil vêm trabalhando muito para a regulamentação desta matéria, a qual tem sido debatida regularmente através de Congressos Nacionais anuais. Referiu também que foi desta forma que surgiu o Provimento n.º 52/2016 do CNJ com as devidas adequações às Consolidações Normativas Notariais e Registrais estaduais, tendo havido a padronização da forma de procedimento registral dos filhos havidos por reprodução assistida em todo o país.

Ademais, a Registradora trouxe ainda como exemplo o Provimento n.º 13 da Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, de 11 de abril de 2016 (RIO GRANDE DO SUL, 2016), que regulamenta o reconhecimento de filho socioafetivo diretamente no cartório. Ademais, registrou a contribuição do doutrinador e Registrador Civil, Dr. Christiano Cassettari, que através de seu livro *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva* levou a este resultado.

Quanto ao reflexo jurídico e social do registro de nascimento por famílias homoparentais, a Promotora de Justiça referiu que este dá segurança jurídica e garantia de direitos, em especial para a criança. Nesse sentido, respondeu a Registradora que o reflexo jurídico é a segurança dos direitos da pessoa natural, já o reflexo social vem somar para a garantia de uma sociedade melhor estruturada, alicerçada pela família que é a base que um adulto teve para se relacionar em uma sociedade equilibrada.

Assim, sendo o nome elemento imprescindível para a individualização de cada um, tanto no âmbito familiar quanto na sociedade (CLEMENTE; HARO; PITTA, 2014), o reflexo jurídico e social do registro de nascimento nas famílias homoparentais, tal qual a realidade se apresenta, é a segurança jurídica da pessoa natural, bem como a garantia de uma sociedade melhor estruturada e alicerçada pela família, que é o núcleo de relacionamento de uma criança, capaz de gerar um adulto preparado para uma sociedade equilibrada.

## **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A entidade familiar experimentou diversas transformações ao longo do tempo, tendo sofrido a influência de diversos períodos da história e de fatores externos, como a religião, o industrialismo, a urbanização, a organização da população, a abo-

lição da escravatura e o surgimento da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, a partir da análise da evolução histórica, foi possível concluir que, atualmente, a família deixou de ser uma instituição patriarcal para tornar-se um espaço democrático, igualitário, baseado no amor e no afeto, onde há responsabilidade e solidariedade entre os seus membros.

No tocante à união homoafetiva, foi possível verificar que, mesmo com todo o preconceito sofrido pelos homossexuais, a sociedade atual encaminha-se para uma maior aceitação das relações homoafetivas, visto que esta já foi reconhecida, inclusive, como entidade familiar. Contudo, apesar de todas as decisões favoráveis do Judiciário e das políticas do Poder Executivo que visam à promoção da diversidade sexual e o combate à violência e à discriminação, ainda se faz necessária legislação específica que proteja estes indivíduos, suas relações afetivas, bem como criminalize qualquer atitude homofóbica, o que tem sido dificultado, principalmente, em razão do envolvimento e interferência das bancadas religiosas.

Para a constituição familiar homoparental, verificou-se que existem duas possibilidades, quais sejam a adoção ou a reprodução assistida. Quanto à adoção por casais homoafetivos, apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei Nacional da Adoção não trazerem óbice a esta modalidade, a legislação brasileira ainda é omissa. No tocante à reprodução assistida, a alternativa utilizada por casais homoafetivos é a heteróloga, visto que não há a possibilidade de ambos serem pais biológicos da criança. Assim, com a introdução destas técnicas, houve a redefinição de paternidade e maternidade, tendo sido superada a base apenas biológica, incluindo-se, atualmente, a socioafetividade como vínculo de parentalidade. No Brasil, a reprodução assistida é disciplinada apenas pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina e pelo artigo 1.597 do Código Civil, o qual não autoriza, tampouco regula esta técnica, carecendo, portanto, de legislação específica.

Por fim, concluiu-se que mesmo com a evolução da família, a qual é considerada hoje como um espaço de afeto e amor, tendo sido reconhecida, inclusive, a união homoafetiva como entidade familiar, ainda não há normatização específica que regule e proteja as formas de constituição familiar homoparental, o que abre espaço para dúvidas e questionamentos, ensejando o ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário, no que tange aos direitos dos pais homoparentais e das crianças filhas deste novo arranjo familiar, havendo, deste modo, uma fragilidade jurídica, em virtude da omissão legislativa.

Quanto ao registro de nascimento de crianças adotadas por casais homoafetivos, verificou-se não haver oposição no ordenamento positivo pátrio, entretanto, a questão é sempre levantada em razão das inúmeras polêmicas causadas pelos que têm

posicionamento contrário à adoção por famílias homoparentais. Nos casos de reprodução assistida, contudo, averiguou-se a existência do Provimento n.º 52/2016 da Corregedoria Nacional de Justiça, o qual surgiu com a intenção de uniformizar as regras sobre a emissão do registro civil de nascimento de filhos havidos por técnicas de reprodução humana assistida de casais heteroafetivos e homoafetivos, permitindo o registro diretamente no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais, dispensando prévia autorização judicial.

Assim, foi possível concluir que o modelo atual da certidão de nascimento permite o registro de crianças por casais homoafetivos, garantindo ao infante todos os direitos sucessórios e patrimoniais, o que foi permitido através do Provimento n.º 3/2009 do CNJ, que alterou o padrão das certidões de nascimento, fazendo constar apenas o termo “filiação” e “avós”, excluindo os termos “pai”, “mãe”, “avós maternos” e “avós paternos”.

No tocante à perspectiva de aplicação prática do registro civil de nascimento nas famílias homoparentais e seus reflexos jurídicos e sociais, verificou-se que quanto à adoção conjunta de crianças por casais homoafetivos, frequentemente há habilitação anterior para o casal, não havendo dificuldade para a adoção além daquelas enfrentadas pelos casais heteroafetivos, sendo o obstáculo maior a burocracia exigida e a vagariedade do processo. Contudo, ainda que não haja óbice legal à adoção conjunta por casais homoafetivos, também não há legislação específica que regule tal situação, o que por vezes dificulta o processo.

No que se refere à reprodução assistida, não obstante o Provimento n.º 52/2016 do CNJ tenha sido criado com o intuito de facilitar o assento de nascimento por famílias homoparentais, ainda há dificuldade em sua operacionalidade, em virtude das exigências de comprovação da condição de reprodução assistida, bem como em razão da ausência de regulamentação adequada à matéria.

Logo, sendo o nome elemento essencial para a individualização da pessoa humana, o reflexo jurídico e social do assento de nascimento nas famílias homoparentais, tal qual a realidade se apresenta, é a segurança jurídica do indivíduo, além de uma sociedade melhor estruturada e alicerçada pela família, a qual é o núcleo de relacionamento de qualquer pessoa. Destarte, o registro civil de nascimento deve refletir a filiação biológica e também a afetiva, retratando a realidade socioafetiva na qual o infante está inserido.

Desta forma, considerando que, apesar de a homossexualidade ser tão antiga quanto a heterossexualidade, esta discussão na sociedade contemporânea ainda é muito recente, bem como as formas de constituição deste novo arranjo familiar que é a família homoparental. Nesta senda, impende destacar que o presente trabalho não visa a esgotar o assunto, visto que ainda se faz necessária uma análise mais

profunda da real aplicabilidade do Provimento n.º 52/2016 do CNJ, tendo em vista a sua atualidade. Logo, este trabalho não tem como objetivo apresentar qualquer solução ou alternativa, mas apenas apontar os problemas que, atualmente, circundam a situação retratada.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. Normas Registrais oferecem garantias aos filhos de reprodução assistida. **Revista Consultor Jurídico**, mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-20/processo-familiar-normas-registrais-oferecem-garantias-reproducao-assistida>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan; ASSUMPÇÃO, Isabela Franco Maculan. Novas considerações sobre o provimento n.º 52/CNJ, que disciplinou o reconhecimento extrajudicial da filiação decorrente da reprodução assistida. **Colégio Notarial do Brasil**, jan. 2017. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=OTAYNw==>>. Acesso em: 12 out. 2017.

BLANCACCO, Laís de Aquino; NOVAES, Elizabete David. Reprodução assistida e famílias homoafetivas. **Revista Sociologia Jurídica**, n. 17, jul./dez. 2013. Disponível em: <<https://sociologiajuridicadotnet.wordpress.com/reproducao-assistida-e-familias-homoafetivas/>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

BORTZ, Marco Antonio Greco. Modernizando o Registro Civil. A Anotação como Veículo de Organização Social e o Número Único de Identificação Civil. De um Visionário Registrador Bragantino, em 1921 ao Atual Camponês de Andorra, em 2003. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 62, p. 116-155, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r-l&srguid=i0ad82d9b0000015e104f264eea53ec11&docguid=I9a4da9a02d4111e0baf30000855d-d350&hitguid=I9a4da9a02d4111e0baf30000855dd350&spos=1&epos=1&td=1&context=46&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n.º 1.358, de 19 de novembro de 1992**. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm)>. Acesso em: 03 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n.º 1.957, de 06 de janeiro de 2011**. A Resolução CFM n.º 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em: 03 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n.º 2.013, de 09 de maio de 2013**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM n.º 1.957/10. Revogada pela Resolução CFM n.º 2.121, de 24 de setembro de 2015. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n.º 2.121, de 24 de setembro de 2015**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13. Disponível em: <[http://www.portal-medico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portal-medico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução n.º 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

BRASIL Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n.º 2, de 27 de abril de 2009**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_corregedoria/provimentos/provimento\\_02.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/provimentos/provimento_02.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n.º 3, de 17 de novembro de 2009**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_corregedoria/provimentos/provimento\\_03.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/provimentos/provimento_03.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n.º 175, de 14 de maio de 2013**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o\\_n\\_175.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf)>. Acesso em: 07 mai. 2017.

BRASIL. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento n.º 52, de 14 de março de 2016**. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3109>>. Acesso em: 07 set. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n.º 6.828, de 27 de abril de 2009**. Regulamenta o art. 29, incisos I, II e III, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6828.htm#anexo](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6828.htm#anexo)>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm)>. Acesso em: 28 mai. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 7.231, de 14 de julho de 2010**. Regulamenta o art. 29, incisos I, II e III, da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/Decreto/D7231.htm#art7](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7231.htm#art7)>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI n.º 4.277**. Relator Ministro Ayres Brito. Data do Julgamento: 05 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADPF n.º 132**. Relator Ministro Luiz Fux. Data do Julgamento: 05 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

CAVALCANTI, Camilla de Araujo. **Famílias pós-modernas: A Tutela Constitucional à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Curitiba: Juruá, 2016.

CLEMENTE, Alexandre Shimizu; HARO, Keila G. A. Soler; PITTA, Marcela Pagotto G. A Problemática do Registro de Nascimento de Crianças por Casais Homoafetivos. **Revista Linhas Jurídicas (UNIFEV)**, v. 6, n. 8, p. 101-127, jun. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.unifev.edu.br/index.php/LinhasJuridicas/article/view/107>>. Acesso em: 13 out. 2017.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS – CDHM. **Declaração dos Direitos da Criança**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

D'ELIA, Maria Elisa Focante Barroso; D'ELIA, Otávio Augusto Moreira. Adoção de Menores por Casais Homossexuais. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Bioética e Sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

DIAS, Maria Berenice; REINHEIMER, Thiele Lopes. **A reprodução assistida heteróloga nas uniões homoafetivas**. 05 out. 2012. Disponível em: <[http://mariaberenice.com.br/uploads/a\\_reprodu%E7%E3o\\_assistida\\_heter%F3loga\\_nas\\_uni%F5es\\_\\_homoafetivas\\_-\\_thiele.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/a_reprodu%E7%E3o_assistida_heter%F3loga_nas_uni%F5es__homoafetivas_-_thiele.pdf)>. Acesso em: 03 jun. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Família ou Famílias?** 27 set. 2015. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_13007\)Familia\\_ou\\_Familias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13007)Familia_ou_Familias.pdf)>. Acesso em: 17 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Adoção ou reprodução assistida?** 15 nov. 2015. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_13010\)Adocao\\_ou\\_reproducao\\_assistida.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13010)Adocao_ou_reproducao_assistida.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2017.

FERRARI, Geala Geslaine; FRANÇA, Loreanne Manuella de Castro; CAPELARI, Rogério Sato. A reprodução humana assistida usada como meio de apoio à formação das famílias homoafetivas. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 14, n. 2, p. 509-529, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/2922/2474>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

FIDELIS, Mariana Nicolau Macedo. Parentesco civil em decorrência da técnica de reprodução assistida heteróloga. **Cadernos UniFOA**, n. 32, p. 79-88, dez. 2016. Disponível em: <<http://revistas.unifoa.edu.br/index.php/cadernos/article/view/441/495>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

GALLO, José Hiran da Silva; GRACINDO, Giselle Crosara Lettieri. Reprodução assistida, direito de todos. E o registro do filho, como proceder? **Revista Bioética**, v. 24, n. 2, p. 250-259, 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n2/1983-8034-bioet-24-2-0250.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

GROSS, Jacson; CARLOS, Paula Pinhal de. A Possibilidade de Adoção por Casais Homossexuais: Aspectos Constitucionais e Cíveis da Paternidade Homoparental no Brasil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, a. 1, n. 4, p. 661-681, 2015. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/4/2015\\_04\\_0661\\_0681.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/4/2015_04_0661_0681.pdf)>. Acesso em: 28 mai. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). Falta de regulamentação adequada dificulta que casais homoafetivos registrem filhos, afirma especialista em biodireito. **Notícias - Assessoria de Comunicação do IBDFAM**. 05 out. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6128/Falta+de+regulamenta%C3%A7%C3%A3o+adequada+dificulta+que+casais+homoafetivos+registrem+filhos%2C+afirma+especialista+em+biodireito>>. Acesso em: 13 out. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas do Registro Civil 2014**, v. 41, p. 1-82, 2014. Disponível em: <[http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc\\_2014\\_v41.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2014_v41.pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. 2010, 347 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/pt-br.php>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. Reprodução humana assistida e parceria homoafetiva. **Revista Pensar**, v. 17, n. 1, p. 9-32, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2289>>. Acesso em 30 set. 2017.

MATSUURA, Lilian. Justiça gaúcha autoriza casal homossexual a adotar crianças. **Revista Consultor Jurídico**, abr. 2016. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-abr-05/justica\\_gauch\\_autoriza\\_adocao\\_casal\\_homossexual#author](http://www.conjur.com.br/2006-abr-05/justica_gauch_autoriza_adocao_casal_homossexual#author)>. Acesso em: 28 mai. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 475, de 31 de agosto de 2000**. Regulamenta a coleta de dados, fluxo e periodicidade de envio das informações sobre Nascidos Vivos para o Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos - SINASC. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/gapp/arquivos/portnascviv.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

MORAES, Raquel; CAMINO, Leoncio. Homoafetividade e direito: um estudo dos argumentos utilizados pelos ministros do STF ao reconhecerem a união homoafetiva no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 3, set./dez. 2016, p. 650. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n3/1808-2432-rdgv-12-03-0648.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil. **Revista de Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 34, p. 64-80, 2015. Disponível em: <[http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872015000200007](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000200007)>. Acesso em: 04 jun. 2017.

OLIVEIRA, Aluisio Santos de. Panorama da reprodução assistida no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 20, n. 4507, nov. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44136>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

PERNAMBUCO. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento n.º 21, de 29 de outubro de 2015**. Regulamenta o procedimento de registro de nascimento de filhos havidos de reprodução assistida, por casais heteroafetivos ou homoafetivos, admitida a multiparentalidade, no âmbito do Estado de Pernambuco, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/web/corregedoria/>>

provimentos/2015/-/asset\_publisher/V7UnayPEawWS/document/id/1133378>. Acesso em: 07 set. 2017.

PESSOA, Jäder Lúcio de Lima. **Registro Civil de Nascimento:** direito fundamental e pressuposto para o exercício da cidadania. 2006, 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2006, p. 20. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/JaderLucioLimaPessoa.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

RESENDE, Cecília Cardoso Silva Magalhães. Inseminação artificial heteróloga: questões jurídicas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 17, n. 3234, mai. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21725>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação n.º 70001388982.** Relator Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, Data do Julgamento: 14 mar. 2001. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70001388982&num\\_processo=70001388982&codEmenta=421942&temIntTeor=false](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70001388982&num_processo=70001388982&codEmenta=421942&temIntTeor=false)>. Acesso: 19 abr. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul. **Provimento n.º 06/04.** Corregedor-Geral da Justiça Desembargador Aristides Pedroso de Albuquerque Neto. Data de publicação no Diário de Justiça: 03 mar. 2004. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/export/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/corregedoria\\_geral\\_da\\_justica/bim/doc/BIM\\_321\\_MARCO\\_2004.pdf](https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/bim/doc/BIM_321_MARCO_2004.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Corregedoria-Geral da Justiça. **Provimento n.º 013, de 11 de abril de 2016.** Reconhecimento de filho socioafetivo na via extrajudicial. Acrescenta o artigo 133-A na Consolidação Normativa Notarial e Registral – CNNR. Altera a redação do caput do art. 133 e parágrafos 1º, 2º e 3º, bem como revoga o parágrafo 4º, na CNNR. Disponível em: <[http://www.arpenrs.com.br/novo/noticias/4600\\_Provimento%20e%20Edital.pdf](http://www.arpenrs.com.br/novo/noticias/4600_Provimento%20e%20Edital.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2017.

RODRIGUES, Carolina Costa Val; LOPES, Fernanda Almeida. Adoção por Casais Homoafetivos. **Revista Jurídica De Jure**, v. 15, n. 26, p. 173-217, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1300/ado%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ROSA, Jéssica Moraes; MELO, Anna Karynne; BORIS, Georges Daniel Janja Bloc; SANTOS, Manoel Antônio dos. A Construção dos Papéis Parentais em Casais Homoafetivos Adotantes. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 36, n. 1, p. 210-223 jan./mar. 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932016000100210](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932016000100210)>. Acesso em: 13 out. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo n.º 0203349-12.2009.8.26.0002.** Juiz de Direito Dr. Fábio Eduardo Basso. Data da Sentença: 30 dez. 2010. Disponível em: <<http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/894.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

SAPKO, Vera Lucia da Silva. **Do direito à paternidade e maternidade dos homossexuais:** Sua viabilização pela adoção e reprodução assistida. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, José Márcio Carvalho da; PONTES, Ana Carolina Amaral de. Direito e reprodução humana assistida nas uniões homoafetivas. **Revista Espaço Acadêmico**, n. 161, p. 57-68, out. 2014. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/viewFile/23913/13672>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

SILVA, Luana Andrade; MESQUITA, Danielison Paulo de; CARVALHO, Beatriz Girão Enes. Investigando o processo de adoção no Brasil e o perfil dos adotantes. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, v. 44, n. 1, p. 191-204, abr. 2010. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/view/2178-4582.2010v44n1p191/14439>>. Acesso em: 13 out. 2017.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A certidão de nascimento na adoção por casal homossexual**. 21 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20-%20A%20certid%C3%A3o%20de%20nascimento%20na%20ado%C3%A7%C3%A3o%20por%20casal%20homossexual%20-%20Por%20En%C3%A9zio%20de%20Deus.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAMBRANO, Elizabeth *et al.* **O Direito à Homoparentalidade**: Cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais. Porto Alegre: UFRGS. Instituto de Acesso à Justiça, 2006, p. 11. Disponível em: <[http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/trabalho\\_tese/o\\_direito\\_%E0\\_homoparentalidade\\_cartilha\\_sobre\\_as\\_fam%EDlias\\_constitu%EDdas\\_por\\_pais\\_homossexuais..pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/trabalho_tese/o_direito_%E0_homoparentalidade_cartilha_sobre_as_fam%EDlias_constitu%EDdas_por_pais_homossexuais..pdf)>. Acesso em: 14 mai. 2017.

# **IMPORTÂNCIA DE UM CONSELHO TUTELAR ATUANTE FRENTE AOS CASOS DE ABUSO SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: UMA ANÁLISE DE CASO EM UMA COMARCA DA SERRA GAÚCHA**

**Raysa Saggin Damaceno Graciano**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.

E-mail: raysadamaceno@hotmail.com.

**Lisiana Carraro**

Doutoranda em Manifestações  
Culturais e Inclusão Social  
pela Universidade Feevale.

Professora na Universidade Feevale.

E-mail: lisianacarraro@feevale.br.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tendo em vista a necessidade de aprimoramento na defesa dos direitos das crianças e adolescentes, bem como da seriedade do assunto abuso sexual perpetrado contra menores de idade, surge a necessidade de estudos voltados para tais aspectos.

Os direitos das crianças e adolescentes foram devidamente tratados e firmados através do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069/1990. Na referida lei tem-se a prioridade absoluta dos direitos da infância e juventude, sendo que o Conselho Tutelar foi instituído como órgão de proteção, com a finalidade de zelar e fazer cumprir os direitos das crianças e adolescentes, aplicando as medidas adequadas às demandas recebidas.

Por ser o órgão de proteção voltado à infância e juventude, faz-se necessária a compreensão da atuação do mesmo, bem como da importância frente à efetivação dos direitos previstos na Carta Magna e Estatuto da criança e do Adolescente, com enfoque nos casos de abuso sexual infantil e juvenil, algo tão presente na sociedade e ainda pouco debatido.

A análise da importância da atuação do Conselho Tutelar frente às demandas recebidas foi avaliada do ponto de vista legal, bem como por meio de pesquisa de campo para melhor compreensão de como está estruturado o Conselho Tutelar e o quanto isso está refletindo (positivamente ou não) nos casos de abuso sexual infantil.

A metodologia utilizada para a pesquisa foi a exploratória, visando a possibilidade de maiores informações quanto ao tema, através de pesquisas bibliográficas. Também se utilizou a metodologia descritiva, na qual houve o registro e descrição dos fatos, sem intervenção nos mesmos. Utilizou-se também os métodos dedutivo e o dialético, tendo como métodos de procedimento a pesquisa bibliográfica e a pesquisa de campo.

Para alcançar os objetivos, o trabalho contou, como metodologia, com duas formas de pesquisa. Uma constituiu-se de pesquisa junto ao Fórum de determinada Comarca da Serra Gaúcha, na qual foram analisados os processos judiciais ativos, compreendendo o período de 2013 a 2016, nos quais houve abuso sexual contra criança/adolescente, para averiguação de em quantos houve a atuação do Conselho Tutelar, bem como a relação de parentesco/afinidade dos abusadores com as vítimas e a idade das crianças e adolescentes. A outra forma de pesquisa se deu por meio de entrevista de forma diretiva, tendo como procedimento técnico o levantamento, com perguntas estruturadas, respondidas presencialmente pelo Magistrado da Comarca, o Delegado, e representante do Conselho Tutelar, para verificação da percepção dos mesmos quanto ao abuso sexual e quanto à atuação do Conselho Tutelar.

O primeiro capítulo do trabalho abordará a violência e suas formas de ocorrência, o histórico do abuso sexual contra crianças e adolescentes através dos tempos e sociedades e, por fim, o que é o abuso sexual e seus elementos caracterizadores.

No segundo capítulo verificar-se-á o surgimento do Conselho Tutelar como órgão de proteção aos direitos da infância e juventude através do Estatuto da Criança e do Adolescente, sua competência, composição, atribuições, bem como será averiguada a efetividade do Conselho Tutelar, através da análise dos resultados obtidos por meio de pesquisa de campo.

## **2 VIOLÊNCIA E ABUSO SEXUAL**

### **2.1 VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE**

A violência praticada contra uma criança pode ocorrer de diversas formas, em diversos lugares e por diferentes autores. As classificações mais comuns de violência contra menores são a violência física, a psicológica e a sexual, objeto desse estudo. A violência sexual é dividida em abuso sexual (intra ou extrafamiliar) e exploração sexual comercial (prostituição, pornografia, turismo sexual) (FALEIROS, 2007).

Adalberto Boletta Oliveira (2007) discorre que o abuso, em seu sentido amplo, e a vitimização das crianças são resultantes de um processo de objetualização das mesmas, onde elas são reduzidas a objeto de maus-tratos. Existem diferentes formas de vitimar uma criança, seja por abusar de sua condição de incapaz, seja por abusar da função de “domesticá-la”.

No Brasil, são registrados através do Disque 100 uma média de 129 casos de violência perpetrados contra menores, por dia. Esses números abrangem a violência psicológica, física, sexual e a negligência. Isso significa que a cada hora, cinco casos de violência contra crianças e adolescentes são denunciados. Esse quadro se agrava ao levar em consideração que muitos desses crimes não chegam ao conhecimento das autoridades policiais. Os parentes próximos são os agressores em 80% dos casos (AMARANTE, 2016).

### **2.2 HISTÓRICO DO ABUSO SEXUAL INFANTIL E JUVENIL**

Como bem descreveu Jussinara Narvaz (2017) em sua palestra sobre abuso sexual infantil, a violência envolve o abuso do poder e da força e não raras vezes é praticada através da coação ou constrangimento. É algo que se aprende, não é inata. O conceito de violência muda conforme a época, e as formas de violência são de cada sociedade.

A sociedade ocidental é androcêntrica e adultocêntrica. Essa relação de dominação/exploração é estabelecida da seguinte forma: entre o homem, de um lado, e a mulher e a criança de outro lado, sendo que o adulto em geral (ou seja, tanto homem como mulher) detém poder sobre a criança, e a criança deve sempre obedecer, não por que há razão nessa obediência, mas por que há uma hierarquia, uma autoridade (OLIVEIRA, 2007).

O relacionamento sexual entre crianças ou adolescentes e adultos nem sempre foi considerado algo abusivo ou ilegal, pois se trata de uma variante cultural que se modificou com o passar do tempo. Portanto, a violência sexual infantil sempre ocorreu, mas a forma de percepção de tal violência é que veio se modificando ao longo dos anos, até se tornar algo imoral (PASSARINHO, 2016).

Quanto ao caráter histórico da violência sexual infantil, Cynara Marques Hayeck (2009) escreve que existem diversas formas de ocorrência nas diferentes civilizações da Antiguidade que expressavam suas particularidades históricas e culturais. Por exemplo, o imperador romano Tibério tomava as crianças como objeto de prazer, pois tinha inclinações sexuais para com elas. O incesto era praticado pelos imperadores romanos e, durante o império Persa, era consentido o casamento entre pai e filha ou mãe e filho.

Durante o infanticídio ocorrido no século IV, as filhas eram estupradas. Era difícil uma menina da Grécia ou de Roma possuir o hímen intacto. Os filhos homens não estavam livres dos abusos sexuais, e eram entregues a homens mais velhos a partir dos sete anos até a puberdade (COGO, 2011, p. 1).

Na Antiguidade Clássica, que compreende VIII a.C. a V d.C., o povo era altamente sexualizado, sem repressões, e a condição de cidadão delimitava a prática sexual e só se adquiria tal condição ao entrar na fase adulta. Um adulto ter relações sexuais com uma criança ou um adolescente era tido como normal, visto este último não possuir ainda condição de cidadão. Igualmente, para o cidadão adquirir tal status, eram necessários o uso e a preservação da força e que ele fosse ativo nessa relação (REZENDE, 2008).

Segundo Lidiane de Oliveira Passarinho (2016), no século XVII, a Igreja Católica Apostólica Romana foi quem começou a condenar a prática de relações sexuais envolvendo crianças ou adolescentes, mas com o passar do tempo e a redução do poderio da Igreja, o Estado assumiu tal papel, através de leis protegendo as crianças e adolescentes, tornando a relação sexual com os mesmos um crime.

Foi no século XX que a infância começou a ser concebida da forma que se apresenta atualmente, diferenciando-se as idades com necessidades e características

específicas. E foi através das escolas que as crianças passaram a ser diferenciadas dos adultos e isto possibilitou o estudo da infância (BRAUN, 2002).

O art. 227 da CF de 1988 trouxe a proteção especial que a infância e juventude necessitavam. O referido artigo dispõe que a família, a sociedade e o Estado tem o dever de garantir, com prioridade, que crianças e adolescentes tenham oportunidades para desenvolver-se da melhor forma, seja fisicamente, mentalmente, emocionalmente, moralmente e socialmente, garantindo-se a liberdade e a dignidade (CHILDHOOD, 2017).

O marco da proteção à integridade da criança e do adolescente foi a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, visando à proteção e à dignidade de quem não tem voz para se defender. O ECA foi uma forma de o governo tentar evitar e erradicar a violência infantil, que causa marcas físicas e traumas emocionais decorrentes de qualquer ato violento perpetrado contra a criança ou adolescente (MACHADO, 2014).

## **2.3 ABUSO SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES - ELEMENTOS CARACTERIZADORES**

O Código Penal Brasileiro, em seu art. 217-A, dispõe quanto ao Estupro de Vulnerável: "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos." (BRASIL, 1940).

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça sumulou recentemente tal entendimento, através da Súmula 593 do STJ, acabando com qualquer dúvida com relação a não configuração do abuso quando supostamente haveria o consentimento da vítima:

O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (BRASIL, 2017).

Renata Udler Cromberg (2001) discorre que a violência sexual é algo complexo, tendo como causa um ato sexual (não necessariamente a relação sexual em si), onde uma pessoa, seja ela um familiar ou um estranho, utiliza o corpo de outra pessoa, ou ameaça realizar tal ato, sem o consentimento consciente da outra pessoa.

Quando uma criança ou adolescente é usado para satisfação sexual de um adulto ou de um adolescente, é configurado o abuso sexual, não importando se houve violência física ou não, sendo que a violência sexual pode se dar por exploração sexual, por pornografia infantil ou pelo estupro (CAVALCANTI, 2012).

Conforme Vaz *et al* (2003), qualquer situação em que o adulto submete uma criança ou adolescente a atos ou jogos sexuais, seja com ou sem consentimento, visando sua própria estimulação ou satisfação sexual, impondo a vítima a realização de sua vontade, seja por violência, ameaça, sedução ou por presentes, está configurado o abuso sexual. Estes atos ocorrem em sua maioria dentro da casa da vítima e, quando é um caso extrafamiliar, normalmente ocorre na vizinhança ou em instituições de prestações de serviços ou de atendimento.

O abuso extrafamiliar pode ocorrer nos espaços de socialização que a vítima frequenta, como ONGs, igrejas, consultórios médicos e psicológicos, e o abusador é alguém que a criança/adolescente conhece e confia. Pode ocorrer também em lugares fora da vigilância social, quando o autor é alguém desconhecido da vítima, e comete o estupro em algum lugar público, mas propenso, como parques, por exemplo (RIO GRANDE DO SUL, 2017, p. 2-3).

Ressalta-se que o abuso possui dois subtipos: o incesto e a exploração sexual. O incesto é a atividade sexual de um adulto com uma criança, sendo que há uma relação de consanguinidade, de afinidade ou responsabilidade, ou seja, o abuso procede do pai, padrasto, tutor. Já a exploração sexual implica na participação de um menor em atividades como pornografia e a prostituição, ou seja, no comércio do sexo (OLIVEIRA, 2007).

A pedofilia é uma das formas de abuso sexual infantil. Marina Yukawa (2017) escreve que atualmente o conceito de pedofilia abrange diversas práticas sexuais envolvendo crianças e adultos, como o abuso sexual, o olhar imagens sensuais de menores na internet, a pornografia, a prostituição ou a exploração sexual de crianças ou adolescentes. Para a ciência, a pedofilia é a atração sexual de um adulto por uma criança.

Dúvida recorrente é o que caracteriza o abuso sexual infantil. Quando uma criança é examinada por um médico, através do exame de corpo de delito, por haver suspeita de abuso sexual infantil e, em não havendo vestígios de relação sexual na vagina ou ânus da criança, o médico declara não ter ocorrido o abuso (ROQUE, 2010).

Contudo, se fosse verificada a boca e garganta da criança, o profissional notaria as lesões em tais órgãos, pois muitas vezes o abuso é cometido por meio de sexo oral, onde o abusador penetra seu órgão genital na boca da vítima. Salienta-se que o ato sexual não é caracterizado somente pela penetração vaginal, anal ou oral, mas qualquer ato libidinoso realizado contra uma criança, sendo tais ações consideradas um abuso sexual. Portanto, a masturbação, beijos, lambidas, ou passar a mão na criança é também um abuso sexual (ROQUE, 2010, p. 12).

O fato é consumado com a realização do ato libidinoso, independente de qual seja, e, portanto, é um delito de mera conduta ou de simples atividade, pois a lei

penal não prevê modificação no mundo exterior devido à conduta praticada. A forma tentada é possível, visto tratar-se de um crime representado por vários atos (JESUS, 2013).

Quanto mais tempo durarem os abusos, maiores serão os impactos e as probabilidades de traumas. As consequências em curto prazo são comportamentos sexuais inapropriados para a idade, masturbação compulsiva, desenvolvimento prematuro da sexualidade. A criança se torna incapaz de controlar as demandas sexuais e assim apresenta um desespero relativo. As mudanças bruscas de comportamento e humor, pesadelos e transtornos alimentares são facilmente observadas em crianças/adolescentes vítimas de abuso sexual (COGO, 2011).

### **3 CONSELHO TUTELAR E EFETIVIDADE DO ÓRGÃO**

#### **3.1 PREVISÃO LEGAL E SUA RELAÇÃO COM A REDE SOCIAL DE APOIO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Santos e Hernandez (2005) ponderam que a Lei 8.069, editada em 13 de junho de 1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, veio em substituição à Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979, denominado de Código de Menores. O ECA adotou as diretrizes das Nações Unidas, trazendo a doutrina de proteção integral. Tal doutrina foi consagrada em 1989, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU e visa ao compromisso e solidariedade entre família, sociedade e Estado. Os direitos fundamentais das crianças e adolescentes passam a ter absoluta prioridade.

Até o século XX, as instituições que trabalhavam com a infância eram somente a família e a escola. Com as mudanças sociais e culturais nos últimos tempos, houve a criação de outras estruturas institucionais voltadas à infância e juventude, e tal fenômeno é chamado de rede de apoio social, que é um conjunto de sistemas e pessoas que compõem um elo de relações recebidas e percebidas pelo indivíduo. A rede social é composta pelo sistema de saúde, sistema educacional, assistência social, segurança pública, órgãos públicos, vizinhos, parentes, amigos, relações de trabalho, relações de estudo e outras fontes que possam ser de ajuda ao caso (FRIZZO, 2005).

Para Oliveira *et al* (2013, p. 1), o Estatuto da Criança e do Adolescente, através da proteção integral e da rede de apoio social e afetiva, visa ao desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes, tanto nos aspectos biológicos como psicológicos e sociais. Contudo, a desestruturação familiar, a desinformação e a violência impactam negativamente nesse desenvolvimento, tornando a criança/adolescente vítima

de maior vulnerabilidade (além da vulnerabilidade devido à idade), mesmo diante de diversas leis criadas para sua proteção.

Como bem relatam Nahra e Bragaglia (2002, p. 75), o Estatuto da Criança e do Adolescente não é somente uma carta de princípios e normas, mas a partir da 2ª parte tem-se a previsão de um sistema de efetivação dos direitos previstos na Constituição e no próprio Estatuto, configurando uma previsão prática de proteção integral das crianças e adolescentes que têm seus direitos ameaçados ou violados. E dentro dessa previsão, o Conselho Tutelar é um organismo primordial, como será abordado a seguir.

### **3.2 ATUAÇÃO, COMPOSIÇÃO E ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO TUTELAR**

No momento em que a Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente afirmam que a infância e a adolescência são grupos etários que devem ser cuidados pela família, sociedade e Estado, tem-se uma corresponsabilidade, e a sociedade e o Estado estão representados pelo Conselho Tutelar, que tem a missão de promover o direito quando ele não é atendido e resgatar a criança ou adolescente que tiver seus direitos violados. A principal característica do Conselho Tutelar é que seus integrantes são os primeiros a ter contato com as demandas envolvendo os direitos da infância e juventude, seja através do atendimento, seja pelo ressarcimento do direito (GONÇALVES E BRITO, 2011).

É o Conselho Tutelar, através dos seus conselheiros, que recebe os familiares, as crianças ou os adolescentes que estão buscando fazer valer seus direitos e esperando que a aplicação desses direitos seja efetivada em primeira instância, nas medidas legais. O Conselho é demandado a acolher a questão e a realizar um diagnóstico da situação, verificando as urgências e prioridades e decidindo quais as medidas necessárias e adequadas ao caso concreto, tudo conforme os recursos disponíveis no território em que atua. O modo como o conselheiro representa a demanda recebida e as atitudes tomadas por ele são fundamentais no processo de garantia dos direitos da infância e juventude. Assim, o Conselho Tutelar é a face visível do Estado na medida em que faz viger as leis, tornando-as práticas (GONÇALVES E BRITO, 2011).

Daniel de Souza Campos (2014) fala que o Conselho Tutelar, um órgão permanente, autônomo e não jurisdicional, com a finalidade de zelar e fazer cumprir os direitos das crianças e adolescentes, tem competência legal para tanto, devendo aplicar as medidas adequadas às demandas recebidas, sendo que a forma como os conselheiros tutelares atuam é importante na efetivação dos direitos previstos na Convenção

sobre os Direitos da Criança de 1989, Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e outras legislações voltadas para a proteção da infância e juventude.

Quanto à forma de composição do Conselho Tutelar, o artigo 132 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que todos os Municípios e em cada Região Administrativa do Distrito Federal haverá, no mínimo, 1 (um) Conselho Tutelar como órgão integrante da administração pública local, composto de 5 (cinco) membros, escolhidos pela população local para mandato de 4 (quatro) anos, permitida 1 (uma) recondução, mediante novo processo de escolha (BRASIL, 1990).

Quando uma criança/adolescente está em situação de vulnerabilidade, primeiramente o Conselho Tutelar deve convocar a família para atender as necessidades básicas dessa criança/adolescente, através do fortalecimento dos vínculos familiares. O atendimento, aconselhamento e aplicação das medidas pertinentes deverão reordenar e fortalecer o ambiente familiar, eliminando assim as situações de risco. Se os pais ou responsáveis não cumprirem seus deveres, seja por omissão, ações ou falta de recursos, o Conselho deverá agir para garantir os interesses dessa criança/adolescente (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, 2017).

### **3.3 RESULTADOS DA PESQUISA DE CAMPO**

Realizou-se uma pesquisa junto ao Fórum de determinada Comarca da Serra Gaúcha, para análise de em quantos processos houve a atuação do Conselho Tutelar, quais foram as pessoas que mais realizaram as denúncias, bem como a relação de parentesco e afinidade entre abusador e vítima. A Comarca envolve duas cidades, uma possui cerca de 19 mil habitantes e a outra cidade aproximadamente 5 mil habitantes.

Por meio de entrevista diretiva, esta foi aplicada em cinco pessoas, sendo um Delegado de Polícia, um Magistrado e três Conselheiras Tutelares para verificação da percepção dos mesmos quanto aos casos de abuso sexual cometidos contra crianças e adolescentes, bem como quanto à atuação do Conselho Tutelar em tais demandas.

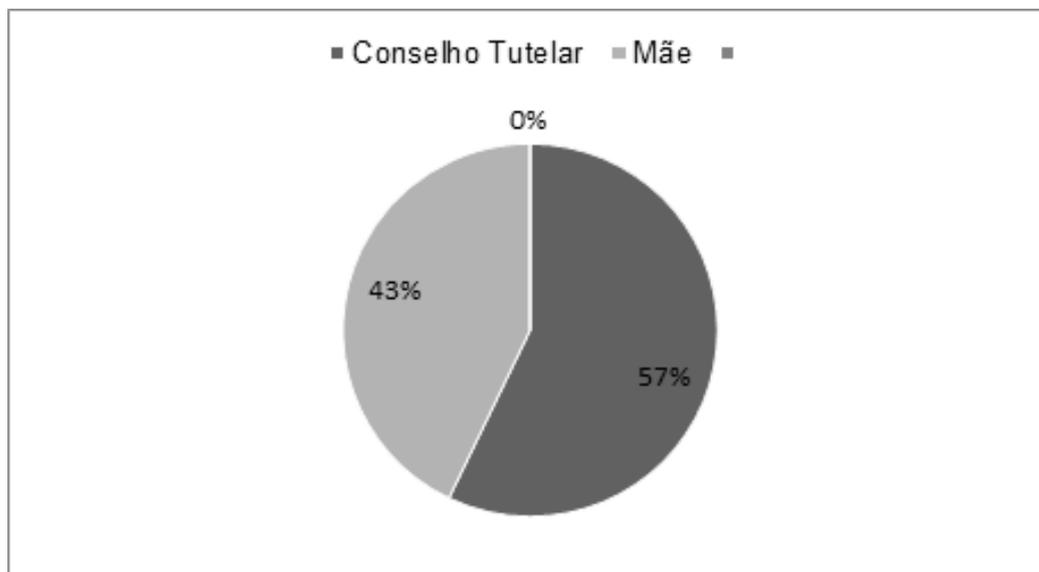
Para verificar em quantos processos houve a atuação do Conselho Tutelar, pesquisou-se em determinado Fórum da Comarca da Serra Gaúcha o número de processos ativos envolvendo abuso sexual contra crianças e adolescentes, compreendendo o período de 2013 a 2016.

Foram localizados 14 processos ativos, sendo que em 8 (oito) destes houve a participação do Conselho Tutelar. Desses 8 (oito) processos em que o Conselho Tutelar atuou, em quatro as denúncias foram realizadas pelo próprio órgão. Referente

aos outros 4 (quatro), em 3 (três) a mãe, ao suspeitar do abuso, procurou orientações do Conselho Tutelar, e em 1 (um) foi a irmã que desconfiou dos abusos e procurou as conselheiras, sendo que em ambos os casos foram instruídas pelo Conselho a realizar o Boletim de Ocorrência. Ressalta-se que a pesquisa abrange somente processos ativos que ainda estão tramitando no judiciário. Processos baixados não entraram nessa análise, portanto, o número de abusos é ainda maior, mas com base nos processos ativos encontrados já é possível ter-se uma base do quadro.

Vejam os gráficos que demonstram a porcentagem da atuação do Conselho Tutelar (tanto denunciando quanto orientando os familiares a realizarem a denúncia) referente aos processos ativos analisados:

**Gráfico 1 - porcentagem denúncias e atuação do Conselho Tutelar – processos ativos analisados**

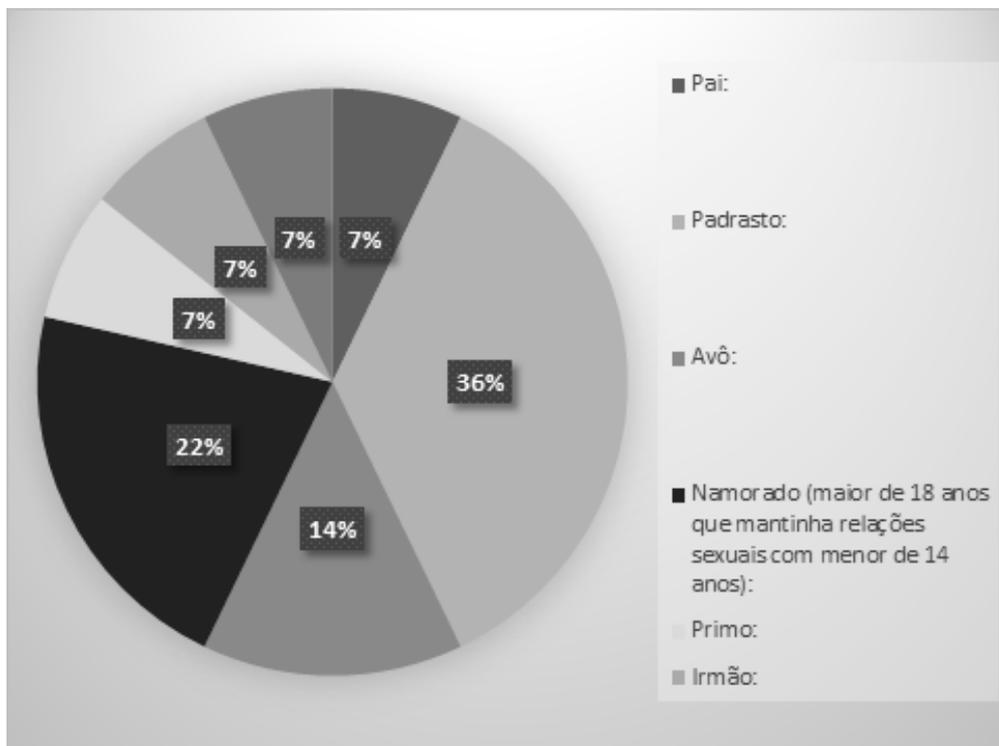


**Fonte: Dados relativos a processos ativos em determinada Comarca da Serra Gaúcha, compreendendo o período de 2013/2016**

Portanto, foi verificado que dos 14 processos ativos analisados, em 57% houve a atuação do Conselho Tutelar, sendo que nos outros 6 (seis) processos em que não houve atuação do Conselho Tutelar, que representa 43% das ações, as mães da vítima que, ao desconfiarem dos abusos, foram diretamente à Delegacia de Polícia realizar o Boletim de Ocorrência.

Quanto à relação de parentesco/afinidade dos abusadores em relação às vítimas, segue gráfico representativo referente aos 14 (catorze) processos analisados:

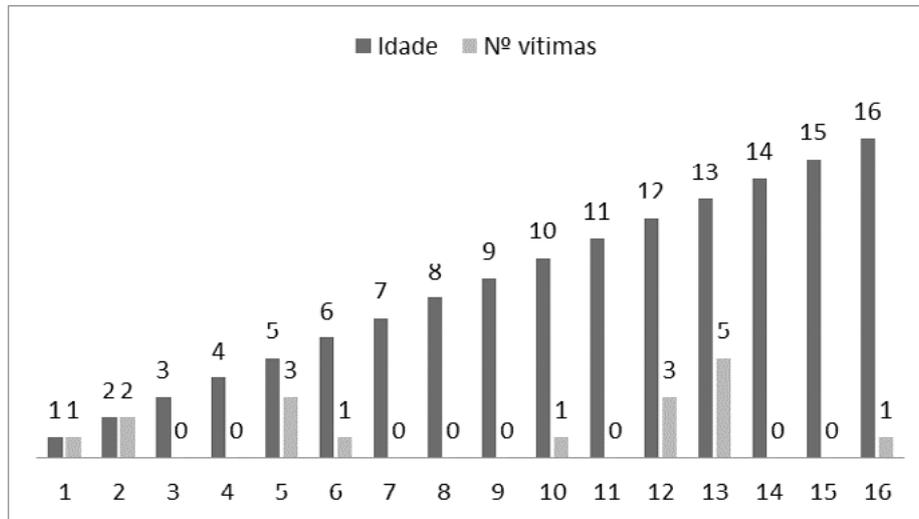
**Gráfico 2 - Parentesco/afinidade do abusador com a vítima**



**Fonte: Dados relativos a processos ativos em determinada Comarca da Serra Gaúcha, compreendendo o período de 2013/2016**

Assim sendo, em 36% dos casos (equivalente a 5 do total de 14 processos), o abusador era o padrasto da criança/adolescente e em 22% das demandas (equivalente a 3 casos do total de 14), o abusador era um adulto que mantinha relações sexuais com menor de 14 anos.

Referente à idade das vítimas, em relação aos processos analisados, compreendendo idades de 1 a 16 anos:

**Gráfico 3 - Idade das vítimas**

**Fonte: Dados relativos a processos ativos em determinada Comarca da Serra Gaúcha, compreendendo o período de 2013/2016**

O gráfico acima demonstra que na Comarca analisada há um alto índice de abusos com vítimas na faixa etária dos doze anos (três casos) aos treze anos (cinco casos), período em que começa a adolescência. As vítimas crianças com menor idade, a maior ocorrência de abusos se deu na faixa etária dos cinco anos (três casos). Com base em tais dados, verifica-se que o abuso sexual contra crianças e adolescentes intrafamiliar é o mais recorrente. Nos casos analisados, em nenhum o abusador era um desconhecido, confirmando que a vítima não estava protegida dentro de sua própria casa e que o abusador possuía algum poder sobre a vítima.

### 3.5 ANÁLISES DAS RESPOSTAS DOS ENTREVISTADOS

Além da pesquisa realizada junto ao Fórum, referente aos processos ativos envolvendo abuso sexual infantil e juvenil, realizou-se também entrevista diretiva, tendo como procedimento técnico o levantamento, com perguntas estruturadas, respondidas presencialmente pelo Delegado da Comarca, por três representantes do Conselho Tutelar e pelo Magistrado, para verificação da percepção dos mesmos quanto ao abuso sexual e quanto à atuação do Conselho Tutelar.

As entrevistas tiveram a duração média de trinta minutos, sendo que algumas perguntas eram comuns e direcionadas a todos os entrevistados e outras eram específicas a cada um deles, em razão de sua atividade profissional. Primeiramente, seguem as respostas das perguntas que foram direcionadas a todos os entrevistados.

Tanto o Delegado, quanto o Magistrado e as conselheiras afirmaram que acreditam que o número real de abusos sexuais contra crianças e adolescentes são maiores do que o número de denúncias, contudo não são registrados. O delegado ressalta que as denúncias não são efetuadas devido ao medo, seja por ameaças por parte do abusador, ou pela vergonha de não acreditarem no relato do abuso. Ressalva que a falta de capacidade da vítima de falar sobre o abuso também é um grande obstáculo, pois muitas vezes nem sabem o que está ocorrendo, o que gera o fato de que muitas denúncias surgem anos depois do ocorrido. O magistrado ressaltou que a maioria dos abusos ocorre no ambiente familiar, quando o abusador exerce algum poder sobre a vítima, confirmado pelos dados apurados na pesquisa. As conselheiras, por sua vez, se restringiram a responder o questionamento não trazendo uma possível justificativa neste momento em que fora questionado, contudo, posteriormente afirmaram que as mães muitas vezes não denunciam por medo ou conivência.

Tais relatos corroboram com o entendimento de que os abusos intrafamiliares são os mais difíceis de serem descobertos, e muitas vezes não chegam ao poder público. Em alguns casos, quando algum familiar descobre, acoberta o abusador por algum motivo (medo ou dependência financeira) (SÃO PAULO, 2017).

Quanto à atuação do Conselho Tutelar nos casos de abuso sexual contra menores, o delegado informou que o Conselho local atua de forma adequada. Costumam trazer bastantes elementos para o Inquérito Policial e procuram trabalhar as medidas necessárias, como por exemplo, afastar o abusador do convívio com a vítima. As conselheiras mantêm contato com a Delegacia e com a Promotoria em casos de dúvidas, sendo que a aplicação das medidas pelo Conselho é apropriada de maneira geral, e que as situações de divergências são relativas às atribuições e limites da lei, mas são bem pontuais. O Magistrado também afirmou ser adequada a atuação do Conselho Tutelar nos referidos casos, pois sempre que as conselheiras têm notícias de abusos tomam as providências, encaminhando à polícia e ao judiciário as ocorrências, garantindo os direitos das vítimas. Ressaltou, também, que a sociedade está confiando mais no trabalho do Conselho Tutelar.

Questionadas se recebem algum tipo de capacitação específica para atuar nesses casos de abuso sexual, desenvolvendo habilidades e competência específica, as conselheiras informaram que ao ingressarem no Conselho Tutelar, após as eleições, recebem capacitação como um todo e, em determinado módulo, recebem orientações quanto ao abuso sexual. Afirmaram que a CONTURS (Associação dos Conselheiros Tutelares) oferece cursos específicos para atuação nos casos de abuso sexual contra crianças e adolescentes, contudo, tais cursos não são gratuitos, e o Município é quem deve pagar as despesas. Trazem em suas falas que as verbas são restritas,

afirmando que gostariam de ter mais recursos para melhores capacitações. Quanto à capacitação das conselheiras para atuação em casos de abuso sexuais, o Magistrado respondeu que apesar do empenho inferido, as mesmas não são tecnicamente capacitadas, agindo mais na base empírica. Relatou que deveria haver mais cursos de capacitação para as conselheiras, ideia essa que reforça o que as próprias conselheiras relataram no parágrafo acima. Esse questionamento não foi direcionado ao Delegado.

Após as considerações com relação às perguntas comuns aos entrevistados, seguem-se as respostas das perguntas direcionadas especificamente a cada um dos entrevistados, levando-se em consideração sua função e especificidades da profissão.

Questionado quanto à abrangência e eficiência do Estatuto da Criança e do Adolescente para a proteção dos menores nos casos de abuso sexual, o Magistrado informou que a referida lei estabelece um sistema protetivo, sendo uma legislação moderna e voltada para esse fim. Ressaltou que infelizmente nas Comarcas menores ainda não há toda a estrutura necessária para atendimento às demandas envolvendo abusos sexuais contra crianças/adolescentes como há nas Comarcas maiores.

Quanto às atitudes tomadas pelo Conselho Tutelar nas demandas de abusos sexuais, o juiz destacou que em regra são adequadas, sendo que em alguns casos são tomadas medidas um pouco drásticas, como o afastamento imediato da criança do lar, sendo que às vezes não haveria tal necessidade, mas são situações revistas pelo judiciário. Ao ser questionado se costuma ser procurado por Conselheiros Tutelares para orientações ou cooperação em processos judiciais não ajuizados e já ajuizados, o Magistrado relatou que, nas audiências de medidas protetivas, são transmitidas orientações aos conselheiros, mas que estes costumam tomar as medidas necessárias com base no Estatuto. Essas perguntas foram direcionadas somente ao Magistrado.

O Delegado, ao ser indagado sobre quantas denúncias chegaram até à Delegacia por intermédio do Conselho Tutelar, o mesmo relatou acreditar que a metade dos casos que chegam à Delegacia é por intermédio do Conselho Tutelar, e que isso ocorreu principalmente nos últimos anos, o que reflete maior confiança por parte da população no trabalho dos conselheiros tutelares. As mães, segundo ele, são as que mais realizam as denúncias além do Conselho.

Questionadas quanto à forma que as denúncias chegam ao seu conhecimento, as Conselheiras afirmaram que as primeiras suspeitas normalmente aparecem na escola. O comportamento da criança muda e, ao observarem esses sinais, as professoras entram em contato com o Conselho Tutelar. As mudanças no comportamento

da criança/adolescente são os principais sintomas. Destacaram ainda que a maioria dos casos é intrafamiliar, praticado por pais, padrastos, tios, vizinhos e outras pessoas ligadas à vítima.

Quanto à atuação do conselho nas demandas envolvendo o abuso sexual, as conselheiras informaram que, ao receberem a informação de que uma criança/adolescente está com suspeita de abuso, primeiramente realizam a escuta do infante, sendo que normalmente eles contam, inclusive informando se foi dentro ou fora de casa. Afirmam que com o tempo vão aprendendo a realizar essa abordagem. Se mesmo após essa abordagem houver dúvida quanto ao abuso, as conselheiras encaminham para o psicólogo, para averiguar melhor junto à criança. O segundo passo é entrar em contato com os familiares para tomarem as providências necessárias e instruem os representantes legais da vítima a realizar o registro do Boletim de Ocorrência. Se os familiares não realizam as medidas aplicadas pelo Conselho, o referido órgão realiza a denúncia. O quarto passo é o acompanhamento psicológico da vítima, e esse acompanhamento é realizado no CAPS.

Questionadas quanto ao suporte e estrutura do Conselho Tutelar para atender às demandas de abusos sexuais, as conselheiras afirmaram que o órgão possui estrutura básica, mas não ideal. Os casos mais complicados são encaminhados para Caxias do Sul ou Porto Alegre. Relataram que em muitos casos em que há evidências do abuso, encaminham a criança ao hospital local, mas os médicos não afirmam em seus laudos se houve ou não abuso, provavelmente para não se comprometerem. Assim, as crianças são encaminhadas para o DML (Departamento Médico Legal), que fica na Universidade de Caxias do Sul, e que possui uma equipe interdisciplinar, onde é realizada a perícia. Ressaltam ainda que a avaliação se a vítima irá ou não para o DML é realizada pelo delegado de polícia, que faz o encaminhamento com apoio das conselheiras. Pergunta específica ao Conselho Tutelar.

Para as conselheiras, nos casos de abuso sexual envolvendo crianças/adolescentes, a rede funciona de forma eficaz, sendo que o mais complicado é o tratamento psicológico e recuperação da vítima.

## **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O desenvolvimento do presente estudo acerca da Importância do Conselho Tutelar frente aos casos de abuso sexual contra crianças e adolescentes possibilitou uma análise da compreensão da violência ao longo do tempo, suas formas de ocorrência, o que configura abuso sexual, seus elementos caracterizadores, o surgimento das legislações específicas para proteção da infância e juventude, a criação do Conselho Tutelar,

suas competências, atribuições e composição e, por fim, a efetividade da atuação do referido órgão frente aos casos de abuso sexual contra crianças e adolescentes.

Com base nos dados de processos ativos envolvendo abusos sexuais contra crianças e adolescentes e nas respostas das perguntas efetuadas ao Magistrado, ao Delegado e às próprias representantes do Conselho Tutelar, a atuação do órgão de proteção da infância e juventude frente às demandas recebidas é de extrema importância, pois as atitudes tomadas diante dos casos de abusos sexuais contra crianças/adolescentes definem a garantia e restabelecimento dos direitos dessa vítima em estado de vulnerabilidade. Se não forem adequadas as atitudes adotadas, a criança/adolescente poderá sofrer ainda mais do que já sofreu com o abuso sexual.

Apesar dos esforços e empenho do Conselho Tutelar para atuar nos casos de abuso sexual contra crianças e adolescentes, é evidente a necessidade de maiores investimentos do Poder Público na capacitação dos conselheiros tutelares, para que através de um conhecimento técnico e voltado a essas demandas, as vítimas tenham uma maior garantia de cumprimento dos seus direitos.

Assim sendo, pode-se concluir que o Conselho Tutelar da Comarca Gaúcha analisada é atuante e efetivo, apesar de não haver maior investimento por parte do Poder Público para capacitação dos conselheiros, e o fato de ser atuante reforça sua importância e justifica sua existência, auxiliando na garantia da proteção e efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, conforme previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente.

## REFERÊNCIAS

AMARANTE, Suely. A cada hora, 5 casos de violência contra crianças são registrados no país.

**EBC Notícias do Brasil**, 17 de junho 2016. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/infantil/para-pais/2016/06/cada-hora-5-casos-de-violencia-contra-criancas-sao-registrados-no-pais>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 30 out. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.069/1990 de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 09 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 593 do STJ**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/decisoes-em-evidencia/26-10-2017-2013-sumula-593-do-stj>>. Acesso em: 31 out. 2017.

BRAUN, Suzana. **A violência sexual infantil na família**. Do silêncio a revelação do segredo. Porto Alegre: Age, 2002.

CAMPOS, Daniel de Souza. **Análise da atuação do conselho tutelar diante das notificações de abuso e exploração sexual**. 2014. 143 f. Tese (Mestrado em Ciências) – Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernandes Figueira, Rio de Janeiro, RJ, 2014. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/10962>>. Acesso em: 03 set. 2017.

CAVALCANTI, Alessandro *et al.* **Enfrentamento dos Maus-tratos contra a Criança e Adolescente** – Manual do profissional da educação para identificação e conduta. 2 ed. Hospital Pequeno Príncipe Núcleo de Epidemiologia, Curitiba, 2012. Disponível em: <[www.educacao.pr.gov.br/arquivos/File/noticias\\_2012/ppbr\\_manualpratodavida\\_educacao\\_miolo\\_OK.pdf](http://www.educacao.pr.gov.br/arquivos/File/noticias_2012/ppbr_manualpratodavida_educacao_miolo_OK.pdf)>. Acesso em: 04 jun. 2017.

CHILDHOOD. Pela proteção da infância. **Dicas de leitura sobre o marco legal da infância**. Disponível em: <<http://www.childhood.org.br/dicas-de-leitura-sobre-o-marco-legal-da-infancia>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

COGO, Karine Suély *et al.* Consequências psicológicas do abuso sexual infantil. **Unoesc&Ciência ACHS**, v. 2, n. 2, 2011, p. 04. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/achs/article/view/667/pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2017.

CROMBERG, Renata Udler. **Cena Incestuosa**. 1. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2001.

FALEIROS, Vicente de Paula; FALEIROS, Eva Silveira. **Escola que Protege: enfrentando a violência contra crianças e adolescentes**. 1. ed. Brasília: Câmara Brasileira do Livro, 2007.

FRIZZO, Kátia Regina; SARRIERA, Jorge Castellá. O Conselho Tutelar e a rede social na infância. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 16, n. 4, 2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-65642005000300009&lng=en&nrm=iso&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642005000300009&lng=en&nrm=iso&lng=pt)>. Acesso em: 27 ago. 2017.

GONÇALVES, Hebe Signorini; BRITO, Thiago Sandes de. Conselheiros Tutelares: Um estudo acerca de suas representações e de suas práticas. **Civitas Revista de Ciências**, Porto Alegre, v. 11, n. 1, p. 1-22, 2011. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/9194/6326>>. Acesso em: 03 set. 2017.

HAYECK, Cynara Marques. A violência contra crianças e adolescentes ao longo dos séculos e os atuais trâmites institucionais de atendimento aos sujeitos vitimizados. In: XXV Simpósio Nacional de História. **Anais...** Fortaleza: ANPUH, 2009, p. 02-03. Disponível em: <<http://anais.anpuh.org/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S25.0343.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte especial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Josiel Artigas; SANCHES, Mario Antônio. A Gênese da Violência Infantil. **Caderno Teológico da PUCPR**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 173-189, 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **Atribuições do Conselho Tutelar**. Curitiba. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1835>>. Acesso em: 26 set. 2017.

NAHRA, Clícia Maria Leite; BRAGAGLIA, Mônica. **Conselho Tutelar: gênese, dinâmica e tendências**. Canoas: Ulbra, 2002. Livro disponível em E-book.

NARVAZ, Jussinara. **Violência doméstica com ênfase em abuso sexual infantil**. Porto Alegre: Projecto. Palestra proferida no curso sobre violência doméstica com ênfase em abuso infantil, nos dias 5 e 6 de maio de 2017.

OLIVEIRA, Adalberto Boletta *et al.* **Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder**. 2. ed. São Paulo: Iglu, 2007.

OLIVEIRA, Elaine Cristina Batista Borges de; KOGA, Fabiana Oliveira; CHACON, Miguel Claudio Moriel. A importância das famílias como rede de apoio no trabalho com crianças precoces: impactos de intervenção. VIII Encontro da Associação Brasileira de pesquisadores em educação especial. **Anais...** 8, Londrina: Associação Brasileira de pesquisadores em educação especial, 2013, p. 1-11. Disponível em: <[https://www.marilia.unesp.br/Home/Extensao/papah/artigo-elaine\\_fabiana\\_miguel.pdf](https://www.marilia.unesp.br/Home/Extensao/papah/artigo-elaine_fabiana_miguel.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2017.

PASSARINHO, Lidiane de Oliveira. **Violência sexual contra adolescentes e sua relação com outras violências**. 2016. 72 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiás, 2016, p. 15. Disponível em: <<http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/handle/tede/1911>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

REZENDE, Juliana Bezerra Dias de. **A posição subjetiva da criança no abuso sexual**. 2008. 91 f. Dissertação (Mestrado em Psicanálise, Saúde e Sociedade) - Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2008, p. 19. Disponível em: <[https://www.uva.br/mestrado/dissertacoes\\_psicanalise/16\\_JULIANA\\_BEZERRA\\_D\\_DE\\_REZENDE-Dissertacao\\_Juliana.pdf](https://www.uva.br/mestrado/dissertacoes_psicanalise/16_JULIANA_BEZERRA_D_DE_REZENDE-Dissertacao_Juliana.pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Abuso e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes - Mitos e Verdades**. p. 2-3. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/abuso\\_crianças\\_adolescentes/doc/cartilha\\_abuso\\_sexual.pdf](http://www.tjrs.jus.br/abuso_crianças_adolescentes/doc/cartilha_abuso_sexual.pdf)>. Acesso em: 16 mai. 2017.

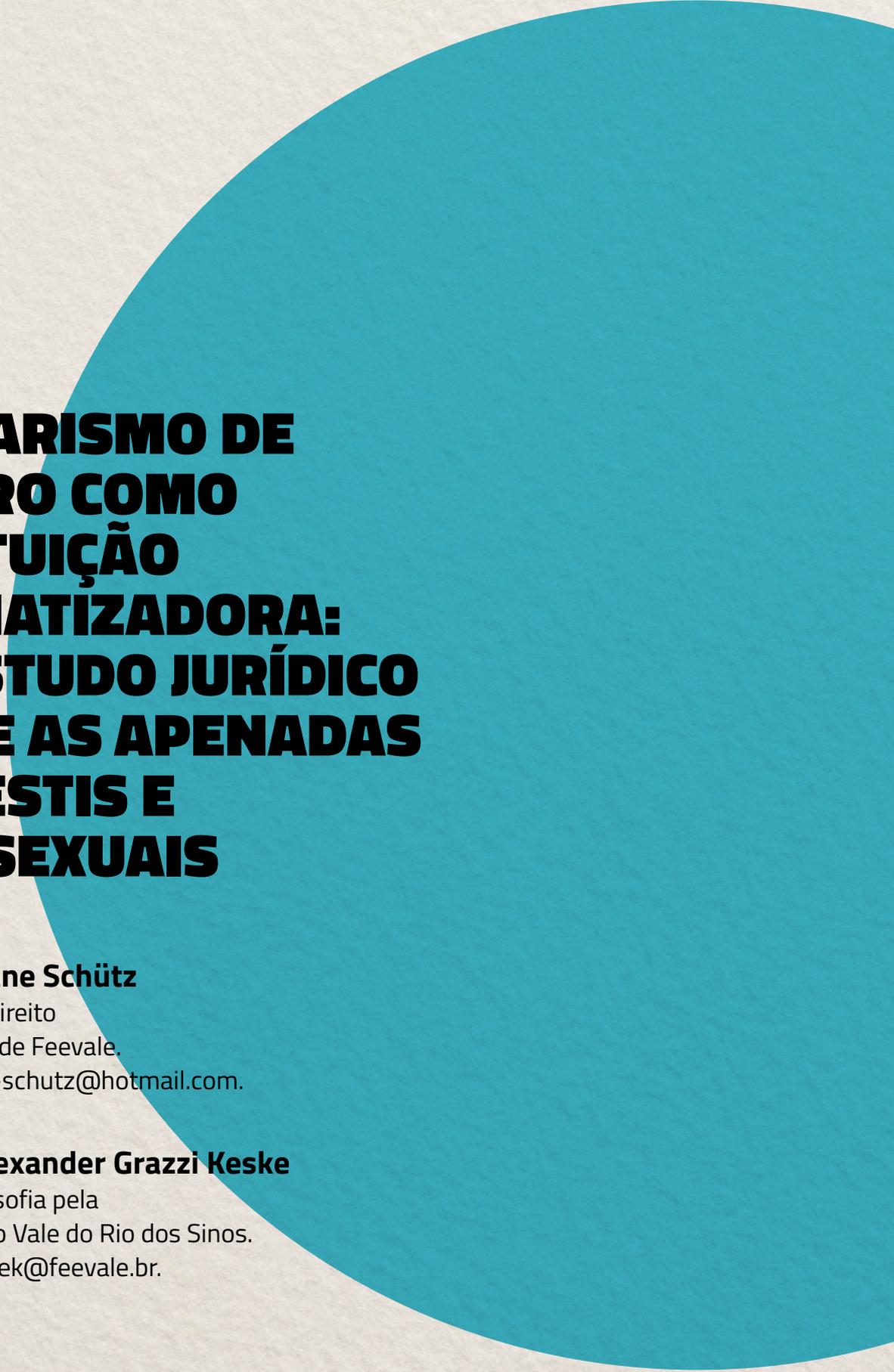
ROQUE, Emy Karla Yamamoto. **A Justiça frente ao Abuso Sexual Infantil - Análise Crítica ao Depoimento Sem Dano e Métodos Alternativos Correlatos, com Reflexões sobre a Intersecção entre Direito e Psicologia**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de da FGV Rio. Rio de Janeiro, 2010. p. 12. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6986/DMPPJ%20-%20EMY%20KARLA%20YAMAMOTO%20ROQUE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 31 out. 2016.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HERNANDEZ, Eduardo Arturo Vantini. Conselho Tutelar: natureza jurídica e relação de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 118, p. 57-70, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?t?src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015db845ea57c7ef923c&docguid=l59122eb0f25511dfab-6f010000000000&hitguid=l59122eb0f25511dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=6&-context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMulti-Summ=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

SÃO PAULO. Universidade Metodista. Abuso Sexual contra crianças e adolescentes. Disponível em: <<http://portal.metodista.br/fateo/materiais-de-apoio/artigos/abuso-sexual-contra-crianças-e-adolescentes>>. Acesso em: 13 mai. 2017.

VAZ, Marlene; COHEN, Claudio; PIZÁ, Graça. **O grito dos Inocentes: Os meios de comunicações e a violência sexual contra crianças e adolescentes**. São Paulo: Cortez, 2003.

YUKAWA, Marina. **A escandalização da pedofilia não combate o abuso sexual infantil: O grande alarde social sobre a pedofilia serve mais para fundamentar os valores morais da família burguesa que para atacar efetivamente a violência sexual contra crianças no Brasil**. Disponível em: <<http://www.usp.br/aunantigo/exibir?id=6265&ed=1102&f=3>>. Acesso em: 25 mar. 2017.



# **O BINARISMO DE GÊNERO COMO INSTITUIÇÃO NORMATIZADORA: UM ESTUDO JURÍDICO SOBRE AS APENADAS TRAVESTIS E TRANSEXUAIS**

**Priscila Daiane Schütz**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: priscila-schutz@hotmail.com.

**Henrique Alexander Grazzi Keske**

Doutor em Filosofia pela  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos.  
E-mail: henriquek@feevale.br.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sexualidade pode ser compreendida a partir de uma perspectiva ampla e abrangente, exteriorizando-se em todas as fases da vida de um ser humano; todavia, ao oposto da conceituação vulgar, tem-se, na genitalidade, apenas uma de suas particularidades, quiçá nem mesmo a mais relevante. Nessas circunstâncias, de um modo mais profuso, pode-se discorrer ao que permeia a influência da sexualidade de todas as formas de manifestações humanas, desde o nascimento do indivíduo até a sua morte.

Pensar sobre a sexualidade humana é remeter-se aos princípios fundamentais inerentes ao ser humano, como a dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade. O direito, no que lhe concerne, compreende o sexo a partir do seu conceito morfológico/biológico. Dessa forma, segue um comportamento bipartido, em masculino ou feminino; contudo, são inúmeros os fatores que influenciam e determinam o gênero do indivíduo, não podendo restringir-se apenas às condições biológicas, pois são muitas as variantes que intervêm a determinação do gênero; em especial, a psicológica e psicossocial.

Nessa concepção, é imposto pela sociedade heteronormativa que os indivíduos que não se enquadram nessa dicotomia de sexo e gênero harmônicos sejam tratados de forma distinta, e, em sua maioria, desrespeitada e marginalizada. Nesse cenário, se atrela o binarismo de gênero, que, por sua vez, é base normativa para os sistemas jurídicos ocidentais e nestes moldes de organização apresentam inúmeras dificuldades frente às travestis e transexuais, principalmente quando se referem ao âmbito prisional. Além disso, é impetuoso ainda destacar que as transexuais mulheres que tiveram a oportunidade de se submeterem à cirurgia de adequação sexual têm maior facilidade em inserirem-se no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que isso não seja uma busca pela heterossexualidade; contudo, o procedimento não deve ser um requisito indispensável para harmonizar os documentos civis desses indivíduos.

Nesse mesmo entendimento, é preciso expor o assunto de um modo simplista com objetivo de limitar e separar ao que diz respeito ao conceito dos indivíduos travestis e transexuais, que, por sua vez, são confundidos e, na verdade, são denominações significativamente diferentes, não possibilitando trabalhar com a temática da transexualidade sem fazer a devida separação. Cumpre destacar que a transexualidade ainda compõe o quadro de doenças CID – 10, ao contrário do homossexualismo que fora retirado. A transexualidade é entendida e classificada pela medicina como transtorno de personalidade da identidade sexual.

No Estado Democrático de Direito, os direitos de personalidade são fundamen-

tais para o convívio em sociedade. O direito ao prenome e ao corpo são garantias indispensáveis para o livre e saudável desenvolvimento da identidade do ser humano, e, sobretudo de sua autodeterminação. Ao que se referem às transexuais, essa garantia é violada em inúmeras esferas no decorrer de sua vida social. Nota-se tal dificuldade no que concerne à alteração do prenome no registro civil, pois é necessária a intervenção de um terceiro para atestar algo que lhe é inerente, ou seja, sua identidade.

Neste seguimento, é necessário clarificar ao que se refere a adequação do registro civil dos indivíduos transexuais que se submetem ou não à cirurgia de redesignação sexual, bem como compreender seus fundamentos jurídicos para tal procedimento e os direitos e garantias que abarcam tal mudança. Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei João W. Nery, também conhecido como Lei de Identidade de Gênero, que dispõe sobre o direito de reconhecimento e prevê alteração do Art. 58 da Lei de Registros Públicos e, por meio deste, os instrumentos que creditam sua identidade pessoal a respeito do nome e do sexo com que é registrado o nascimento do indivíduo. Nesse sentido, se faz uma breve leitura e compreensão sobre a PL, a fim de acolher e adequar corpo e mente dos indivíduos transexuais.

## **2 O CONCEITO DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS: A DIFÍCIL SEPARAÇÃO E DELIMITAÇÃO**

O movimento gay, antigamente, era simbolizado pela nomenclatura GLS; contudo, hoje, com intuito de abarcar os transgêneros, surgiu a letra T para englobar as travestis e transexuais; entretanto, faz-se necessária a devida separação de ambos, uma vez que carregam conceitos significativamente distintos. Dessa maneira, não se faria possível trabalhar com a temática transexual sem correlacioná-la às travestis, uma vez que os conceitos se cruzam pela sociedade.

Primeiramente, antes de adentrar ao conceito de travestis e transexuais, faz-se necessário elucidar sobre a nomenclatura do movimento LGBTT, que é a abreviatura de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais; em especial, no que tangem às travestis e às transexuais. A situação desses indivíduos ainda é de exclusão e, por ser complexa, está longe de chegar a um consenso. Comprova-se esse fato no sentido de que, ao contrário do homossexualismo, que fora retirado do Código Internacional de Doenças – CID-10, a medicina e a psicologia ainda classificam o transexualidade como transtorno de personalidade da identidade sexual (CAVALCANTE; DIAS, 2011).

Nesse tocante, Berenice Bento dispõe sobre a nomenclatura “Transexualismo”, quando explica que a terminação “ismo” se refere a uma patologia. Nesse sentido, se

adequa ao período anterior à reformulação do DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), que alterou a percepção psiquiátrica em torno da transexualidade, havendo modificação quanto à denominação de Transtorno de Identidade de Gênero, para Disforia de Gênero (BENTO, 2006).

A exposição sobre o assunto utiliza uma forma simplista que tem por objetivo classificar, diagnosticar e distinguir seres humanos travestis e transexuais, em normais e anormais, e não do enfrentamento do fato; contudo, o diagnóstico clínico veio sobrepor o conceito religioso sobre o assunto, tornando, dessa forma, mais forte a definição deste fenômeno como anormal (FOUCAULT, 2001).

A complexidade sobre o assunto reflete quando descrevem que a transexualidade é o desejo de ser aceito pela sociedade, como pessoa construída psicologicamente. Ideação que foge do senso comum, quando não se compreende a expectativa da configuração entre o cromossomo e o psíquico, compressão essa que causa no indivíduo transexual um sentimento de inadequação frente à sociedade. Não se pode, ainda, confundir o transexual com o homossexual, pois este não renega seu sexo anatômico, embora mantenha relações sexuais com indivíduos do mesmo sexo. A transexualidade ainda não se pode emaranhar com a bissexualidade, pois, nesta, há identificação erótico-afetiva com ambos os sexos, e não há conflito de inadequação corporal vivenciado (BENTO, 2006).

É indispensável abordar tanto sobre travestis quanto transexuais, devido à dificuldade de delimitação e separação dos indivíduos. Stratton e Hayes conceituam os travestis e transexuais do seguinte modo:

TRANSEXUAL – Uma pessoa que muda de sexo – do masculino para o feminino ou do feminino para o masculino –, através de uma terapia hormonal e cirurgia. Apesar de os transexuais típicos sempre se perceberem a si próprios como sendo realmente do outro sexo, o principal aspecto do transexualismo diz respeito à aprendizagem de um novo papel sexual. Muitos transexuais gastam grande parte de sua vida, pelo menos vários anos, vivendo como membro de seu sexo desejado antes de admitir o tratamento. TRAVESTI – Os travestis são pessoas que gostam de se vestir como membro do sexo oposto e fazem isto de modo muito elaborado. Embora o travestismo possa estar muitas vezes associado à homossexualidade [...] de um modo geral, os travestis tendem a estar contentes com seu próprio sexo e papel sexual e não experimentam problemas de identidade sexual (STRATTON; HAYES, 2003, p. 238-239).

A esse respeito, Dias descreve que a expressão “pessoa trans”, atualmente, é mais aceita por pesquisadores sobre gênero e sexualidade, servindo como um termo “guarda-chuva”. Configura-se travestis e transexuais como aqueles que transitam entre um sexo e outro. Dessa forma, não se pode confundir suas especificidades,

pois as travestis, por mais que tenham uma afinidade com o sexo oposto, do masculino para o feminino, utilizam de todas as características femininas, mas mantêm os órgãos genitais biológicos (DIAS, 2016).

Neste desidério, os intersexuais, também denominados de hermafroditas, nascem com os órgãos genitais indefinidos, não sendo possível identificar a qual sexo pertencem. No caso do indivíduo transexual, ele sente-se como pertencendo ao sexo oposto ao qual foi designado em seu nascimento e que consta em seu registro civil, ele sente uma desconexão psíquico-emocional com o sexo biológico. Para melhor entendimento, o homossexual aceita o seu sexo biológico, enquanto que o transexual o rejeita (DIAS, 2016).

O termo “transexual” foi exposto pela primeira vez em 1910, no livro *Die Transvestiten*, do médico alemão Magnus Hirschfeld, quando utilizou os meios de locução para diferenciar os indivíduos que possuíam distinção sexual de corpo e mente. Inicialmente, a transexualidade confundia-se com o travestismo, o qual designa-se apenas pela utilização de vestimentas femininas, e, dessa forma, estabelece que o travestismo não é uma prática especificamente homossexual, desfazendo a homogeneidade aparente da categoria de “atos contra a natureza” (CASTEL, 2001, p. 05).

Nessa senda, em 1917, Harold Gillies, médico cirurgião plástico, realizou a cirurgia de faloplastia em Laura Dillon, que se tornara Michael, sendo a primeira militante à cirurgia para mudança de sexo. Seguidamente, em 1954, Harry Benjamin, médico endocrinologista, valeu-se disto ao escrever sobre o assunto para o *Jornal Americano de Psicoterapia* e, posteriormente, em 1966, publicou *O Fenômeno Transexual*. A partir da publicação, o termo ganhou destaque e trouxe, por meio do estudo, contribuições para o entendimento; porém, ainda hoje, essas pessoas são rechaçadas pela sociedade (SIQUEIRA, 2010).

Sob esse viés, Castel propõe uma divisão temporal que delimita em quatro fases o fenômeno transexual. A primeira fase remonta os primórdios da sexologia, origens científicas e militantes, que despenalizavam a homossexualidade, tornando-se, dessa forma, um dos alvos da sexologia nascente. A segunda fase acompanha o desenvolvimento da endocrinologia, ponto fundamental para distinção da medicina científica, entre as duas grandes guerras (CASTEL, 2001).

A terceira fase, de 1945 a 1975, é farta em acontecimentos. Por intermédio da Sociologia Empírica, demonstra-se a influência para determinar muitas destas questões, como o hermafroditismo, classificando os indivíduos como anormais, dos homens com órgãos sexuais mutilados e dos transexuais. A quarta e última fase se dá em meados dos anos 70, com a reivindicação libertária da despatologização radical do transexualismo e a concepção de que a identidade sexual é um preconceito que

delimita a liberdade individual. Com base nisso, explana que “a rejeição da psicanálise atinge então tal grau que mesmo a ideia de uma solução psicoterapêutica da transexualidade não está longe de passar por uma fraude ou por um assassinato da liberdade” (CASTEL, 2001, p. 05).

No início do século XX, a transexualidade demonstrou que parece ser fenômeno da sociedade contemporânea. Não obstante, é de se destacar que há registros de transexualidade muito mais antigos. Nessa acepção, Roudinesco e Plon (quando) afirmam que o anseio pela mudança de sexo existia muito antes do termo transexualismo. Demonstra-se esse fato na história do abade Choisy (1644-1704), que vestia roupas femininas e fazia-se atender pelo nome de Condessa de Barres. Destaca-se, ainda, Charles de Beaumont, cavaleiro d'Éron (1728-1810), que serviu a diplomacia de Luís XV entrajando-se com roupas masculinas ou femininas, de acordo com as circunstâncias (ROUDINESCO, 1998).

Após um breve histórico deste conceito, segundo Klabin, a transexualidade pode ser dividida em primária e secundária. A primária, também denominada de verdadeira, entende como transexuais aqueles que são convictos de pertencer ao sexo oposto ao constante no registro civil, o que torna um pré-requisito aceito para a realização da cirurgia de transgenitalização. A secundária, denominada de falsa, quando identificada pela medicina, não será operada, por tratar-se de uma trans-homossexualidade, ou seja, indivíduos identificados neste contexto transitam na transexualidade, ocorrendo, alternadamente, a atividade homossexual e o travestismo (KLABIN, 1995).

Sob essa perspectiva, Vieira define o transexual como sendo o indivíduo convicto de pertencer ao sexo oposto ao qual foi designado em seu nascimento. Dessa forma, rejeita seus órgãos genitais e deseja libertar-se deles por meio de cirurgia e utilização de tratamentos hormonais, a fim de adquirir características femininas ou masculinas. Neste seguimento, explana:

Segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem e um transexual feminino é, evidentemente, o contrário. São, portanto, portadores de neuro-discordância de gênero. Suas reações são, em geral, aquelas próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. Culpar este indivíduo é o mesmo que culpar a bússola por apontar para o norte (VIEIRA, 1996, p. 46-48).

Passando-se à abordagem desse aspecto, é possível afirmar que o transexual primário é aquele que, desde a infância, identifica-se como pertencendo ao sexo oposto, pois é convicto de ser aquilo que não aparenta, comprovando, assim, que o

corpo e mente são de sexos distintos; contudo, o transexual secundário não possui tais requisitos precocemente, mas, sim, depois de certa idade, dessa forma, alternando atividade homossexual e travestismo (KLABIN, 1995).

A transexualidade é uma discordância entre o estado psicológico de gênero e as características morfológicas, que configuram o indivíduo ao gênero contrário. Esses indivíduos possuem um forte conflito entre corpo e a identidade de gênero e englobam um desejo de adequação hormonal ou cirurgicamente, ao sexo almejado. Há uma interrupção entre corpo e mente, fazendo com que o transexual se sinta como se tivesse nascido no corpo errado (DIAS, 2016).

É primordial relacionar o conceito de transexuais com travestis, que, por sua vez, são pessoas que nascem com genitália masculina, que, em sua maioria, entendem-se como pertencendo ao sexo masculino, mas apenas procuram utilizar em seus corpos símbolos que, socialmente, são caracterizados como femininos; entretanto, as travestis não desejam desfazer-se do sexo biológico e convivem com o mesmo sem grandes conflitos. Via de regra, as travestis, costumeiramente, relacionam-se emocionalmente com homens; contudo, ainda assim, não se identificam como os homens homo orientados (PELÚCIO, 2007).

Nesse tocante, vislumbra-se a dificuldade de inserção destes indivíduos na sociedade, comprovando-se na obra de Albuquerque e Janelli, quando afirmam que, muitas vezes, a falta de entendimento da sociedade e o preconceito mascarado os conduzem à prostituição. Nesse universo, os autores explanam que “as mesmas pessoas que ridicularizam e discriminam essas pessoas (travestis), as aceitam no mundo das fantasias eróticas masculinas e femininas que têm com travestis” (ALBUQUERQUE; JANELLI, 1995, p. 10).

Conquanto, conforme Pelúcio descreveu anteriormente, as travestis não possuem desejo de extirpar a genitália e, dessa forma, não sofrem conflitos de identidade. Observa-se que muitos intitulam-se como travestis; porém, encontram-se na situação de identidade com sexo oposto à maneira descrita no conceito transexual, mas devido, como, por exemplo, os cargos de profissão, os impedem de submeter-se à cirurgia de mudança de sexo, embora seu corpo possua características do sexo oposto. Esses fatos ratificam a confusão terminológica entre estes termos (CAVALCANTE; DIAS, 2011).

Ao confrontar os entendimentos dos autores anteriormente citados, confirma-se a difícil delimitação dos conceitos; todavia, Kulick defende quando descreve que “a identidade feminina dos travestis não pode ser negada, uma vez que estes consideram desnecessária a cirurgia de mudança de sexo para se verem como mulheres, porque eles já vivem e exercem o papel feminino” (KULICK, 2008, p. 65).

Nessa conjuntura, a cirurgia de transgenitalização seria redundante. Esse entendimento é observado por Silva quando expõe que “de qualquer modo, sejam quais forem as predisposições a partir das quais os travestis vivem seus projetos existenciais, há subjacente a toda experiência o tentar passar por mulher” (SILVA, 2007, p. 193).

Essas contrariedades demonstram a necessidade de um estudo mais aprofundado das travestis e transexuais que não realizam a cirurgia de adequação sexual, demonstrando, nesse cenário, a dificuldade do enquadramento desses indivíduos no sistema binário penitenciário, quando desconsidera sua identidade de gênero, encarcerando-os, normalmente, em penitenciárias masculinas. Em sua obra, Bento retrata a dificuldade deste enquadramento ao delimitar que o grupo de transexuais está relacionado diretamente à própria problemática transexual, a multiplicidade de experiências de vidas e conflitos existentes para esta relação entre corpo, identidade de gênero e sexualidade (BENTO, 2008, p. 113).

Essas definições são imprescindíveis para a análise do binarismo no sistema penitenciário brasileiro, bem como os direitos dessa parte da população encarcerada. Conforme descrito anteriormente pelos autores, o travesti é aquele que se traveste do sexo oposto, ou seja, biológico e convive de forma harmônica com seu sexo anatômico; contudo, não se podem ignorar esses indivíduos quando encarcerados, de terem condições dignas durante o cumprimento da pena. Nesta percepção, a ideia que está na base das concepções travestis e gênero é, conforme descreve Kulick:

Fêmeas e machos são inexorável e essencialmente fêmeas e macho em função dos órgãos genitais respectivos; no entanto, os órgãos sexuais dos machos favorecem mais flexibilidade, e com isso permitem que os machos se construam como fêmeas (KULICK, 2008, p. 201-204).

Nessa ótica, após a análise dos conceitos de travestis e transexuais, reitera-se que, conforme os autores estudados, os transexuais são indivíduos que nasceram em um corpo em desacordo com sexo psicológico, e, nessa esfera, talvez tenham a necessidade de viver suas vidas como travestis. De acordo com alguns autores citados, a transexualidade não está condicionada exclusivamente à realização da cirurgia de transgenitalização e, sim, à identidade de gênero do indivíduo. Essas ocorrências dificultam a diferenciação dessas pessoas quando enquadradas no sistema binário penitenciário brasileiro (CAVALCANTE; DIAS, 2011, p. 06).

Em conformidade com o exposto acima, o sentimento de pertencer ao sexo oposto, como afirmam os transexuais, é, por sua vez, tão antigo quanto qualquer outra expressão da sexualidade. Da mitologia greco-romana ao século XIX, percorrendo

pelas variadas e diversas fontes literárias e antropológicas, é possível encontrar personagens que se utilizavam de vestimentas do sexo oposto, afirmando sentirem-se do outro sexo (SIQUEIRA, 2010, p. 07).

### **3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA ADEQUAÇÃO DO REGISTRO CIVIL COM OU SEM A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO**

O nome que um indivíduo carrega consigo é mais do que um simples acessório, ele é de extrema importância na vida social do mesmo e é inerente ao desenvolvimento de sua personalidade. O Poder Judiciário brasileiro tem vivenciado essa realidade no que tange aos indivíduos transexuais. O indivíduo que se submeteu ao processo transexualizador, incluindo a cirurgia de transgenitalização, pleiteia no judiciário a adequação de seu registro civil, o que torna o processo mais célere, visto a presença da cirurgia de transgenitalização. Contudo, o indivíduo que não realizou tal procedimento enfrenta uma situação mais embaraçosa, visto que carrega características do sexo oposto, porém, não realizou o procedimento. Dessa forma, o processo é moroso, o que acarreta em viver diariamente situações constrangedoras e discriminatórias.

No Estado Democrático de Direito os direitos de personalidade são fundamentais para o convívio em sociedade. O direito ao nome e ao próprio corpo são garantias essenciais para o desenvolvimento da identidade do ser humano e, também, de sua autodeterminação. No caso dos transexuais, essa garantia é violada em inúmeras esferas no decorrer de sua vida social. Verifica-se essa dificuldade no que tange à alteração do nome no registro civil, pois é necessário a intervenção de um terceiro para atestar algo que lhe é inerente, ou seja, sua identidade (FACHIN, 2014, p. 39).

O indivíduo é dotado de personalidade desde a descoberta do sexo biológico, o que é determinante na designação do seu prenome, e este estará disposto no seu registro de nascimento, bem como, a qual sexo biológico pertence; contudo, a pessoa transexual está submetida a essa rigidez, que vincula o gênero e a identidade de gênero ao sexo biológico (SANCHES, 2014).

Um dos elementos fundamentais que garante a qualidade de vida do ser humano é como o indivíduo se autodetermina. A autodeterminação significa exercer a liberdade pessoal da forma mais profusa possível, seja demonstrando por meio de suas escolhas ou formando uma identidade própria, seja, ainda, tomando decisões a respeito do próprio corpo (FACHIN, 2014).

O direito ao ser, bem como o direito ao corpo, ou seja, à identidade pessoal do

indivíduo, denominam-se como direitos de personalidade. Em termos gerais, a identidade, de acordo com a cronologia da biografia jurídica do sujeito, tem como função a identificação da pessoa na sociedade, de modo que o nome ganha um significado especial na construção identitária. A identidade é muito mais ampla que a mera nomeação do sujeito, pois a importância que o nome assume reflete nas experiências sociais, culturais e ideológicas das quais o sujeito toma parte. Portanto, a identidade parte da conjectura de como o indivíduo se reconhece e é reconhecido pela sociedade, e esse reconhecimento é demasiadamente mais difícil que os rótulos simplistas, que costumeiramente se apresentam no campo das relações sociais (CHOERI, 2010).

Por conseguinte, o direito de personalidade é essencial para o desenvolvimento do indivíduo, de maneira que se faz necessária maior atenção do ordenamento jurídico. Na definição de Euclides de Oliveira, “entende-se por personalidade o conjunto de caracteres físicos, psíquicos e morais que compõem o ser humano. Daí decorrem os direitos concernentes à pessoa humana, que são prolongamentos e projeções da personalidade” (OLIVEIRA, 2003, p. 01).

O Código Civil de 2002 consolida o direito ao nome como um dos direitos de personalidade. Esse direito exerce um papel fundamental na individualização do indivíduo, como em seu reconhecimento, de maneira que recebe ampla proteção jurídica. Neste sentido apresenta-se uma definição para este instituto:

A doutrina atribui ao nome a natureza jurídica de direito de personalidade, na medida em que, como sinal verbal ou mesmo marca do indivíduo, o identifica dentro da sociedade e da própria família e é capaz de ser tutelado *Erga Omnes*. A lei assegura o direito ao nome, assim como seu registro em local adequado, obedecidas as formalidades, criando particularização da pessoa, no mundo jurídico. Ele faz, pois, parte integrante da personalidade (AMORIM, 2003, p. 10-12).

Ante o exposto, é fato que o nome é um elemento constitutivo de extrema importância para formação da identidade pessoal. Nesse sentido, o sujeito deve sentir-se confortável com o prenome, e, dessa forma, refletir como se sente sobre si mesmo e como é reconhecido pela sociedade. Desse modo, o direito fundamental ao nome não deve considerar apenas a existência de um nome em si, mas, sim, da função social na criação da identidade do ser humano (FACHIN, 2014).

Hodiernamente, tanto em doutrinas quanto em jurisprudência, é possível retificar o registro civil no caso de transexuais. É imprescindível a mudança de nome no caso de transexuais, tornando vital para a configuração de uma identidade que, de fato, represente o indivíduo. Contrapor essa necessidade é transgredir um direito fundamental, conforme exposto anteriormente, pois o nome não se resume a uma

simples nomenclatura, mas apresenta uma função social na construção identitária do indivíduo e em sua qualidade de vida. Nessa perspectiva, Sanches explana:

Isso porque uma pessoa com aspecto representativo social do gênero feminino e que contenha documento de identificação com prenome masculino sofre enorme constrangimento em suas relações sociais, haja vista o nome não corresponder à identidade da pessoa, assim como a própria sociedade passa a não conseguir êxito na identificação do sujeito (SANCHES, 2011, p. 426-427).

No Brasil, é possível conseguir alteração do sexo e do prenome no Registro Civil, e essa alteração se dá por meio de autorização judicial. Conforme disposto no Art 56 da Lei de Registros Públicos, o interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente, ou por meio de seu procurador, alterar seu nome; contudo, para ocorrer essa alteração, é necessário que a pessoa ingresse em Juízo com Ação de Retificação de Prenome, devendo ouvir-se o Ministério Público, e após, sendo promulgada a sentença por um Juiz de Direito, o qual deferirá ou não a alteração do prenome da pessoa, conforme artigo 57 da LRP (BRASIL, 1973).

Outrossim, há um entendimento mais liberal da doutrina e da jurisprudência, quanto à interpretação do artigo 58 da referida LRP, sob os fundamentos de que, conforme o artigo 1º, III da CF de 1988, que coloca a dignidade do ser humano como um dos fundamentos da República. Dessa forma, está possibilitando o livre desdobramento da personalidade do transexual, garantindo direito à cidadania e à posição de sujeito de direito em meio à sociedade. Ainda, a cirurgia tem caráter corretivo e não mutilador, e o direito ao próprio corpo é direito da personalidade, o que faculta ao transexual a possibilidade de buscar seu equilíbrio psicofísico (SANTOS; SILVA, 2015).

Consoante, em relação ao prenome inadequado, Maria Fátima Pereira descreve:

A mudança de prenome do transexual não encontra respaldo expresso na legislação ordinária vigente, tendo em vista a adição do princípio da imutabilidade do nome da pessoa. Vários julgados ainda entendem ser inadmissível a alteração do registro ao fundamento de que há prevalência do sexo biológico sobre o sexo psíquico, o que justifica a imutabilidade (FREIRA DE SÁ; NAVES. 2009, p. 262).

O indivíduo transexual deseja ser aceito e viver de acordo com sua a identidade de gênero em meio à sociedade, almejando estudar e trabalhar; mas como será possível este sujeito praticar estas atividades se, por exemplo, aparentar ser uma mulher, mas em seu registro constar um nome masculino? Dessa maneira, consequentemente, ocorrerá a exposição e ridicularização da pessoa (VIEIRA, 2004).

Segundo Tereza Vieira Rodrigues:

A jurisprudência brasileira já vem reconhecendo o direito à readequação do sexo desde os anos 80. A condenação à continuidade do uso de documentos em que constam prenome e um sexo que não identificam de modo algum, que não correspondem à realidade, forçará o abandono de qualquer esperança de dias melhores [...]. Mais que um direito personalíssimo, é um direito humano (VIEIRA, 2004, p. 217).

Isso posto, embora haja omissão do Poder Legislativo brasileiro frente aos transexuais, contudo, a cirurgia de transgenitalização é disponibilizada no Sistema Único de Saúde (SUS) através da Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013, e conceituada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), desde 1997, conforme Resolução nº 1.955/2010. Entretanto, a lista de espera é demasiadamente longa, o que acaba por prolongar o sofrimento dos indivíduos que desejam submeter-se ao procedimento (BRASIL, 2013).

Nessa acepção, o direito ao próprio corpo envolve tantas ações quanto omissões, estando livre para decidir o que deseja fazer com o próprio corpo, sem que haja qualquer tipo de punição pela escolha deliberada. É notório que os recursos cirúrgicos e tratamentos hormonais para os transexuais têm-se mostrado, cada vez mais avançados, possibilitando significativas modificações estéticas no corpo humano destes indivíduos (CHOERI, 2004).

Por intermédio da realização da cirurgia de redesignação sexual, o sujeito tem a possibilidade de ter uma vida social digna de sua percepção de gênero. A intervenção cirúrgica irá regularizar a identidade de gênero do indivíduo transexual ao sexo oposto ao que nasceu. À vista disso, não há que se falar em lesão corporal ao paciente, não contendo dolo ou conduta atípica praticada pelo médico cirurgião (SANTOS; SILVA, 2015).

Sob essa perspectiva, com base na Resolução nº 1.955/2010, que revogou a Resolução nº 1.652/2002, editada pelo CFM, bem como a Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013, do SUS, a cirurgia de redesignação sexual passou a ser realizada em hospitais públicos ou privados, além de disponibilizado tratamento médico e terapêutico aos transexuais. Consoante ao que foi referido anteriormente, o gênero exerce um lugar social notabilíssimo, que está ligado à busca por uma vida de qualidade, atrelada com identidade própria. Discorrendo sobre o tema, o que se tem constatado é que gênero e sexo biológico são conceitos distintos, de modo que, embora o desenvolvimento de uma identidade leve em conta o fator biológico, esse não é determinante para a compreensão do próprio gênero (SANTOS; SILVA, 2015).

Neste seguimento, é compreensível que uma pessoa transexual tenha o desejo de manter seu órgão biológico, tendo em vista não ser decisivo para configuração de

sua identidade de gênero. Importante destacar que a manutenção do órgão sexual pode ser um fator essencial para a qualidade de vida do transexual. Diante o exposto, caracteriza-se como uma violação ao direito do próprio corpo, no momento em que seja exigido da pessoa transexual a cirurgia de redesignação sexual, para que, só então, tenha direito à mudança de nome e sexo em seu registro civil (FACHIN, 2014).

Nesse sentido, Patrícia Corrêa Sanches explana:

Mas será que se faz necessária a mudança no corpo de uma pessoa a ensejar a mudança do sexo? Atualmente delinea-se o gênero sexual por sua função social, mais como um fenótipo comportamental do que o aspecto da genitália. Assim o indivíduo teria deferido o pedido de mudança do gênero sexual desde que demonstrasse que possui o sexo que socialmente representa, invertido daquele fisicamente suportado. A temática aqui discutida tem por objetivo pautar as discussões sobre a mudança de sexo, principalmente no tocante à função social da determinação do gênero sexual na sociedade, demonstrando assim que, para sua alteração, não há necessidade de uma intervenção cirúrgica de modificação das características físicas, estas sim restritas a um ambiente de privacidade (SANCHES, 2011. p. 427).

As cirurgias de readequação sexual, assim como qualquer outro procedimento cirúrgico, possuem riscos aos indivíduos, além de, por si só, serem um procedimento bastante agressivo e invasivo. Ainda, nos dizeres de Sanches, “a cirurgia de mudança de sexo, tecnicamente denominada de transgenitalização, demonstra-se absolutamente agressiva, além de ser irreversível” (SANCHES, 2011, p. 428).

Do ponto de vista constitucional da dignidade da pessoa humana, não se faz adequado condicionar a cirurgia de transgenitalização para mudança de nome e sexo, pois, de certa forma, seria uma afronta ao direito de personalidade do sujeito. Se o indivíduo não deseja realizar a cirurgia, poderá ter seu direito ao nome e identidade negados. Impor um pré-requisito a um direito fundamental, agride à própria definição de direitos fundamentais e direitos de personalidade do ser humano (FACHIN, 2014).

Ao tratar do tema em questão, Sérgio Carrara faz uma importante reflexão sobre a atuação jurisprudencial sobre o assunto:

A justiça também tem concedido, em muitos casos de cirurgia, o direito de mudança de nome e redesignação do sexo em documento de identidade, mas a decisão ainda depende do arbítrio dos juízes. O fato de a mudança documental depender, na maioria dos casos, da realização da cirurgia de transgenitalização tanto consagra a distância entre os diferentes saberes autorizados (médicos, psicológicos e operadores do direito) e as experiências concretas dos sujeitos

sociais, quanto marca, sob a justificativa de sanar a inadequação entre sexo e gênero, a reinstauração de um perverso binarismo. Àqueles que não conseguem ou não desejam a operação, em geral, é negado um direito fundamental intrinsecamente relacionado à sua identidade (CARRARA, 2010, p. 137).

Atualmente, já existem decisões de Tribunais que reconhecem e autorizam a alteração de prenome sem a realização da cirurgia de transgenitalização. No pedido de retificação de registro, a autora afirmou que:

[...] apesar de não se submeter à cirurgia de readequação, realizou intervenções hormonais e procedimentos cirúrgicos para adequar sua aparência física à realidade psíquica, o que gerou discordância entre sua imagem e os dados constantes no registro civil (STJ, 2017).

À vista disso, a Constituição Federal prevê em seus dispositivos, com objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária a todos. Sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação quanto à raça, sexo ou cor. Ainda, em seu Art. 196, afirma que o direito à saúde é dever do Estado, sendo que este tem a responsabilidade de garantir, por meio de políticas sociais, o acesso igualitário de todas as pessoas à saúde (SANTOS; SILVA, 2015).

Visto isso, de acordo com o desenvolvimento científico e tecnológico, existem inúmeros outros elementos para identificar o sexo, motivo que vai de encontro à definição de gênero dever ser mais baseada no sexo aparente. O direito ao nome é essencial para o livre desenvolvimento do ser humano em sociedade, e deve-se olhar com esmero, visto a necessidade de o indivíduo ser aceito e respeitado de acordo com o que de fato ele é e se sente pertencer.

## **4 LEI DE IDENTIDADE DE GÊNERO (PL 5002/2013 - LEI JOÃO W. NERY)**

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados, o projeto de lei João W. Nery, também conhecido como Lei de Identidade de Gênero, que dispõe sobre o direito de reconhecimento e altera o Art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, modificando, por meio deste, os instrumentos que creditam sua identidade pessoal a respeito do nome e do sexo com que é registrado o nascimento do indivíduo. A PL é baseada na Lei Argentina, que autorizou a alteração do nome e do gênero no registro civil, sem a necessidade de intervenção cirúrgica.

Cumprir destacar, especificamente acerca dessa questão, a história de João, que antes era Joana, graduada em Psicologia, tornou-se mestre e professora universi-

tária, e que optou por não se submeter à cirurgia de faloplastia, que, à época, era experimental, e consistia na transformação do aparelho genital feminino em masculino. João apenas retirou os seios e os aparelhos reprodutores femininos e adquiriu clandestinamente documentos com gênero masculino, informando ao cartório que não possuía registro e necessitava alistar-se no serviço militar (NERY, 2011).

Contudo, após a mudança da documentação, João tornou-se analfabeto funcional, devido ao novo registro civil, e precisou exercer outras atividades, que não aquela de formação. Atualmente, com 65 anos, mas em seu registro consta como se possuísse 56 anos, visto que quando foi alistar-se informou ter 18 anos, quando, na verdade, à época possuía 27 anos. João assumiu e criou, como pai, um filho, fruto de uma traição, e conta sua história no livro *Viagem Solitária* (NERY, 2011).

O PL João W. Nery foi apensado ao PL 4241/2012, ambos propostos pelos Deputados Federais Erika Kokay e Jean Willys, que dispõe sobre o direito à identidade de gênero. O projeto é composto por quatorze artigos, tecendo um grande escopo de mudanças, o qual inicia estabelecendo que o indivíduo tem direito ao reconhecimento de sua identidade de gênero e ao livre desenvolvimento a tal identidade e de ser identificado e respeitado de acordo com a mesma (BRASIL, 2013).

Seguidamente, em seu artigo 2º, descreve identidade de gênero como “[...] a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento”. Nessa continuidade, o dispositivo 3º e 4º especificam que não serão necessários os requisitos, como intervenção cirúrgica, terapias hormonais, autorização judicial ou qualquer outro tipo de tratamento para solicitar a alteração e retificação do registro civil (BRASIL, 2013, p. 03).

Os artigos 5º e 6º discorrem sobre a imprescindibilidade da maioria para retificação dos registros, ajustando desta forma nome, sexo e imagem; entretanto, é possível que um menor de dezoito anos, com autorização de seus representantes legais, possa fazer a retificação documental. Dispõem, também, sobre a desnecessidade de qualquer trâmite judicial ou administrativo para retificação do registro e, ainda, fica vetado qualquer alusão à lei ou à identidade anterior, salvo se autorizado por escrito pelo indivíduo transexual (BRASIL, 2013).

O artigo 7º apresenta sobre a inalteração da titularidade dos direitos e obrigações jurídicas que antecedam à mudança registral do indivíduo. A alteração do prenome em cartório implicará na modificação do mesmo e do gênero em documentos, tais como diplomas, certificados e afins, e ainda preservará a maternidade ou paternidade e o matrimônio, o qual retificará automaticamente (BRASIL, 2013).

Os dispositivos 8º e 9º fundamentam-se no princípio da autodeterminação e de

autonomia sobre o corpo, assegurando e regulamentando os procedimentos cirúrgicos e tratamentos hormonais fornecidos pelo SUS, os quais determinam novos critérios para que sejam realizados, quando citam:

Artigo 8º - Toda pessoa maior de dezoito (18) anos poderá realizar intervenções cirúrgicas totais ou parciais de transexualização, inclusive as de modificação genital, e/ou tratamentos hormonais integrais, a fim de adequar seu corpo à sua identidade de gênero auto percebida. §1º Em todos os casos, será requerido apenas o consentimento informado da pessoa adulta e capaz. Não será necessário, em nenhum caso, qualquer tipo de diagnóstico ou tratamento psicológico ou psiquiátrico, ou autorização judicial ou administrativa (BRASIL, 2013, p. 04).

Os artigos 10º e 11º apontam que a pessoa transexual deverá ser respeitada e chamada pelo nome social em quaisquer interações verbais, mesmo que utilizem um prenome distinto do qual figuram em seus documentos. Dispõem, ainda, que toda norma, procedimento ou regulamentação respeitará o direito humano à identidade de gênero dos indivíduos, não podendo limitar, suprimir, rejeitar ou excluir o exercício do direito à identidade das pessoas transexuais (BRASIL, 2013).

Ao que dispõem os últimos artigos, o direito ao nome é um elemento da identidade pessoal do indivíduo, que possui tutela autônoma no ordenamento jurídico brasileiro; entretanto, não é razoável a primazia do interesse social em detrimento da individualização pessoal do que tange ao nome. A PL prevê que sejam estabelecidas modificações quanto à redação do artigo 58º da lei 6.015/73, retratando que o prenome será definitivo “[...] exceto nos casos de discordância com a identidade de gênero auto percebida, para os quais se aplicará a lei de identidade de gênero” (BRASIL, 2013, p. 05).

Em justificativa ao supradito projeto, os autores evidenciam que os transexuais são indivíduos que sentem, vivem, se comportam e são percebidos pela sociedade como homens ou mulheres; todavia, sua identidade de gênero é negada pelo Estado, que resguarda a autoridade exclusiva em determinar os exatos limites entre a masculinidade e a feminilidade, bem como os critérios para definir quem pertence a um lado e quem pertence ao outro. Os autores ainda argumentam que tanto transexuais quanto travestis sofrem, cada dia, com uma lei que lhes nega o direito de serem quem são (BRASIL, 2013).

As expressões visibilidade e invisibilidade possuem um importante significado para a comunidade LGBTQBT. Para gays e lésbicas, serem visíveis implica apenas em assumirem-se publicamente; porém, para o indivíduo transexual e travesti, tal visibilidade é compulsória a certa altura da vida; isso em razão de ao contrário da orien-

tação sexual, que pode ser omitida, a identidade de gênero é vivenciada, perceptível e experimentada pela pessoa transexual, não podendo desta forma ocultar-se ou omitir-se de tal realidade (BRASIL, 2013).

Nesse tocante, em sua autobiografia, *Viagem Solitária*, João Nery expõe o quão necessário se faz uma reforma legal neste sentido; visto que ele teve de renunciar a tudo, a toda titulação conquistada em sua vida e, então, adquirir documentos falsos, no quais o determinavam como analfabeto, apesar de ter exercido o cargo de professor universitário, isso posto unicamente para conquistar o direito de ser ele mesmo (NERY, 2011).

O nome social e a identidade de gênero dos travestis e transexuais estão sendo reconhecidos; entretanto, em partes, e por meio de mecanismos de exceção. O Estado começou a reconhecer que existe discordância entre a vida real e os documentos. É um avanço significativo, e merece reconhecimento, porque, sem dúvida, facilitará a vida de milhares de indivíduos que pertencem a essa comunidade, e que até o momento sentiam-se esquecidos pelo poder legislativo (BRASIL, 2013).

Em análise à PL, conclui-se que o Brasil carece de uma lei federal que solucione, definitivamente, essa confusão reinante, assim como vem ocorrendo em muitos países. Por fim, a PL garante o livre desenvolvimento e reconhecimento de sua identidade de gênero e de ser tratada e identificada de acordo ela. A PL ainda defende a continuidade jurídica da pessoa transexual, por intermédio do número de seu Registro de Identidade e do registro de mudança do prenome e sexo no RC, e a notificação aos órgãos competentes com total sigilo durante e após o trâmite. Ademais, as pessoas que adequarem sua imagem à identidade de gênero, além de ter todos os direitos, também deverão honrar seus deveres, como emprego, dívidas, filhos e afins (BRASIL, 2013).

Conforme exposto anteriormente, a PL foi baseada na Lei Argentina de identidade de gênero, a qual foi aceita por maioria dos votos na Câmara dos Deputados e por unanimidade no Senado. Do mesmo modo, a PL considerou os Princípios de Yogyakarta, que será elucidado mais à frente. Além disso, contou com apoio das Comissões de Diversidade Sexual da OAB de todo o Brasil, a declaração *The voices against homophobia and transphobia must be heard*, de Thomas Hammarberg, representante do Conselho da Europa para os Direitos Humanos, e as referências da Associação Brasileira de Homens Transexuais (BRASIL, 2013).

Sabe-se que a aprovação da lei não causará melhoras instantâneas, mas, visivelmente, é o clamor da população transexual pelo direito de reconhecimento, autodeterminação e autopercepção, nos marcos do Estado capitalista. A defesa, no que diz respeito ao gênero, não necessita ser uma luta somente da população transexual

e tampouco do movimento LGBTTT. Em uma sociedade na qual é imposto um papel desde o nascimento, tomar conta do próprio corpo, da própria vida é o ato mais fundamental do ser humano, e a Lei busca garantir o direito da pessoa que não se aceita com o gênero que lhe foi determinado, mas, sim, viver de acordo como ela deseja e se percebe, de acordo com sua identidade de gênero.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O ordenamento jurídico brasileiro executa o papel de legitimador das relações interpessoais. Deste modo, é incumbido de estabelecer normas a serem cumpridas pela sociedade. A Constituição Federal de 1988 antevê a respeito das inúmeras formas de manifestação sexual; entretanto, ainda suprime a questão da transexualidade, assim como seus direitos inerentes. Nesse sentido, conforme exposto no decorrer do presente trabalho, verificou-se que a sexualidade, bem como a identidade de gênero, advêm de inúmeros fatores relevantes e determinantes no decorrer da vida do ser humano. Tais fatores são elementos propulsores para uma vida digna da pessoa em sociedade.

Nessa acepção, após a conceituação e delimitação de travestis e transexuais, reitera-se que as transexuais são pessoas que nasceram em um corpo em desacordo com sua identidade de gênero, ou seja, corpo e mente não andam em harmonia, como é o caso dos cisgêneros, que andam em conformidade entre sexo biológico e identidade de gênero. Alguns autores citados acima preceituam sobre o assunto quando afirmam que a transexualidade não está condicionada apenas à realização da cirurgia de redesignação, e sim à identidade de gênero do indivíduo. Esses fatos dificultam a distinção entre estes indivíduos quando enquadrados no sistema binário penitenciário brasileiro, visto que, se não for cirurgiado, é considerado travesti.

Entende-se a problemática e a importância do assunto quando se sabe que a legislação brasileira necessita analisar as possibilidades e limites jurídicos de uma nova identidade sexual. A vida de uma transexual é bastante conflitiva e angustiante, especialmente aos que cumprem pena em presídios masculinos e não tiveram acesso à cirurgia e tratamento para troca de sexo, visto que, quando cirurgiados, o processo de adequação do registro tanto de prenome quanto gênero é mais rápido e fácil; todavia, verificou-se que não se pode exigir que o/a transexual tenha se submetido à cirurgia para ter seu registro civil retificado, visto a complexidade dos riscos que advêm do procedimento.

Compreende-se que a transexual procura o judiciário com intuito de buscar sua felicidade por completo, harmonizando sua aparência com seus documentos, por

meio da retificação de prenome e gênero, tendo se submetido ou não à cirurgia de redesignação sexual, para que possa obter seu registro civil alterado de acordo com o seu novo sexo. Nesse entendimento, o sistema jurídico brasileiro autoriza a cirurgia de mudança de sexo, que está disponível no Sistema Único de Saúde (SUS); todavia, o processo de espera é demasiadamente longo, o que acaba por prolongar esse processo de retificação dos documentos.

O ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, autoriza a troca apenas de prenome; porém, esse processo é longo devido à carência de leis específicas. No que concerne à troca de gênero no registro, o entendimento da maioria dos magistrados não autoriza sem que tenham se submetido ao procedimento cirúrgico de adequação, pois fundamentam que seria uma informação falsa contida no registro, visto a realidade física do indivíduo. Nesse sentido, não se pode negar o avanço do judiciário; contudo, apurou-se a importância em agilizar o pedido de retificação do registro civil, a fim de atender aos princípios constitucionais, em especial, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta senda, a PL 5002/2013 traz importantes avanços quanto à retificação do nome e do gênero no registro civil, sem a necessidade de intervenção cirúrgica, uma vez que o direito ao prenome é um elemento da identidade pessoal do indivíduo e possui tutela autônoma no ordenamento jurídico brasileiro. Verificou-se que as transexuais são pessoas percebidas pela sociedade como homens ou mulheres; entretanto, sua identidade de gênero é negada pelo Estado, que resguarda a autoridade exclusiva em determinar os exatos limites entre a masculinidade e a feminidade, bem como os critérios para definir quem pertence a um lado e quem pertence ao outro.

Por conseguinte, verificou-se que essa parte da população necessita de maior atenção, posto que carregam um histórico de discriminação e marginalização, dentro e fora do sistema penitenciário, atrelando-se à falta de compreensão em relação ao assunto, o que favorece para a rejeição e acaba por intensificar a violência voltada àqueles que não correspondem ao padrão binário socialmente construído, sexo/gênero, masculino/feminino.

De mais a mais, vislumbrou-se que a população transgênera desmantela o sistema binário que atrela a genitália a uma concepção de gênero, dessa forma, ignorando todas as inúmeras possibilidades de vivenciar os corpos sem que se sobreponham as concepções de heteronormatividade. Advém que essa ruptura não representa um desrespeito às normas pré-estabelecidas, mas, sim, resguarda um ambiente à população transgênera, com propósito de acolher e proporcionar um universo pacífico às diversas inferências de físico, gênero e sexualidade.

Por fim, verificou-se a necessidade de adaptação da legislação e uma respos-

ta estatal frente ao assunto, sem atrelar-se a preconceitos, pois o Direito deve-se utilizar das garantias e princípios para resolver esta questão. Deste modo, faz-se necessária uma regulamentação e atenção quanto ao assunto, a fim de que, diante de tal realidade enfrentada por estas pessoas, caiba à sociedade opor-se para que os direitos fundamentais desta parte da população sejam promovidos pelo Estado. O sistema carcerário atual mostra-se inadequado para inclusão de travestis e transexuais, sendo necessário respeitar e considerar as peculiaridades destes indivíduos que são violentamente desrespeitados.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fernanda Farias de. JANELLI, Maurizio. **A Princesa**: depoimentos de um travesti brasileiro a um líder das Brigadas Vermelhas. Tradução Elisa Byington. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

AMORIM, José Roberto Neves. **Direito ao nome da pessoa física**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo**. Rio de Janeiro: Garamond. 2006.

\_\_\_\_\_. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei João W. Nery nº 5002 de 2013**. Lei de Identidade de Gênero (Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1069623.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BRASIL. **Lei de Registros Públicos nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015consolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015consolidado.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013**. Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803\\_19\\_11\\_2013.html](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html)>. Acesso em: 27 mai. 2017.

CARRARA, Sérgio. Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo. **Revista Bagoas**: revista de estudos gays, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. UFRN. Natal, n. 5, 2010.

CASTEL, Pierri Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do fenômeno transexual (1910-1995). **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 21, n. 41, 2001. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-01882001000200005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882001000200005)> Acesso em: 15 abr. 2017.

CAVALCANTE, Murilo Simões; DIAS, Adriana Vieira. O Binarismo- Sexual no sistema carcerário e a questão dos direitos dos travestis e transexuais presos. In: XX Encontro Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Democracia e reordenação do pensamento jurídico: compartilhando entre a autonomia e a intervenção estatal. **Anais...** 20, Belo Horizonte: CONPEDI, 2011. Disponível em:

<[http://www.academia.edu/5970329/O\\_binarismo\\_sexual\\_no\\_sistema\\_carcer%C3%A1rio\\_e\\_a\\_quest%C3%A3o\\_dos\\_direitos\\_dos\\_travestis\\_e\\_transexuais\\_presos](http://www.academia.edu/5970329/O_binarismo_sexual_no_sistema_carcer%C3%A1rio_e_a_quest%C3%A3o_dos_direitos_dos_travestis_e_transexuais_presos)>. Acesso em: 21 mar. 2017.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O conceito de identidade e a redesignação sexual**. São Paulo: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e Direitos LGBTI**. 7. ed. rev, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. O Corpo do Registro o Registro do Corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 1, jul./set. 2014. Disponível em: <<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/pdf/03---rbdcivil-volume-1---o-corpo-do-registro-no-registro-do-corpo;-mudanca-de-nome-e-sexo-sem-cirurgia-de-redesignaucueo.pdf>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FREIRA DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual do Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. Aspectos Jurídicos do Transexualismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 90, 1995. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67295/69905>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

KULICK, Don. **Travesti**: prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

NERY, João W. **Viagem solitária**: Memórias de um transexual trinta anos depois. 3 ed. São Paulo: Leya, 2011.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito ao nome. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Nova Série, a. 6. n. 11. jan/jun. 2003. Disponível em: <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=55>>. Acesso em: 27 mai. 2017

PELÚCIO, Larissa. Eu me cuido mona: Saúde, gênero e corporalidade entre travestis que se prostituem. In: **Seminário Homofobia, Identidades e Cidadania GLBT**. Travestilidades e Transexualidades. Florianópolis, 2007. Disponível em: <[http://www.clam.org.br/pdf/travestis\\_clam.pdf](http://www.clam.org.br/pdf/travestis_clam.pdf)> Acesso em: 15 abr. 2017.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. **Dicionário de Psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

SILVA, Hélio R. S. **Travestis**: entre o espelho e aruá. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Transexualidade. A superação do conceito binário de sexo. In: CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). **Anais...** Rio de Janeiro: CONPEDI, 2010. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/transexualidade-supe-ra%C3%A7%C3%A3o-do-conceito-bin%C3%A1rio-de-sexo>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

STJ decide que transexual pode mudar sexo no RG mesmo sem cirurgia. **G1**. Brasília 09 mai. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/stj-decide-que-transexual-pode-mudar-sexo-no-rg-mesmo-sem-cirurgia.ghtml>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

STRATTON, Peter. HAYES, Nicky. **Dicionário de Psicologia**. Tradução Emisférica Rovai. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Mudança de sexo**: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos. São Paulo: Santos, 1996

----- . **Bioética e sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

SANCHES, Patricia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Bruno Baltazar dos; SILVA, Sarah Tavares Lopes da. Da Proteção dos Direitos da Personalidade da Pessoa Sexual: Nome e Sexo. In: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). **Anais...** Florianópolis, CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/8v11nwv1/4k7A1C4eDV479uOO.pdf>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

# **A ENERGIA GERADA A PARTIR DO RESÍDUO AGROSSILVOPASTORIL: A SUSTENTABILIDADE E A LEGISLAÇÃO**

## **Carolina Rodrigues Santos**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: [rodrigues.carolina@outlook.com](mailto:rodrigues.carolina@outlook.com).

## **Juliane Altmann Berwig**

Doutoranda em Direito  
pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.  
Professora na Universidade Feevale.  
E-mail: [julianeberwig@feevale.br](mailto:julianeberwig@feevale.br).

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A agropecuária e a silvicultura são atividades intensamente realizadas e em seus processos produtivos são geradas quantidades exacerbadas de resíduos orgânicos. Estes possuem grande potencial energético se passarem por processo de biodigestão e forem transformados em biogás, ou se purificados para obtenção de biometano. Com isto, poderiam auxiliar o poder público a alcançar metas firmadas em tratados internacionais de redução de uso de combustíveis fósseis e aumento da participação de fontes renováveis de energia na matriz energética elétrica e combustível, bem como auxiliar a reduzir o crescente déficit de energia, visto que o poder público não tem conseguido arcar sozinho com a tarefa de produzi-las.

Atualmente, existe uma enorme quantidade de resíduos que poluem o meio ambiente e atrasam o desenvolvimento ambiental, econômico e social. O estudo aprofundado sobre se o processo de biodigestão de resíduos orgânicos é uma alternativa adequada para destinação de resíduos agrossilvopastoris, permitirá melhor visualização e entendimento dos benefícios a serem percebidos pela sociedade e meio ambiente. Mas que em suma são de ordem econômica, social e ambiental, portanto diretamente relacionados com a dignidade da pessoa humana. Do ponto de vista jurídico, se justifica este estudo pois, através dele, objetiva-se fazer uma análise dos regramentos que vêm sendo criados para estimular o aumento da oferta de energia elétrica e combustível renovável menos poluente.

Será apresentada a regulamentação que reconheceu e especificou as qualidades do biometano intercambiável com o gás natural veicular e quais benefícios existem relacionados à sua utilização na matriz energética combustível brasileira. Abarca, ainda, sobre o aproveitamento que pode ser feito do biogás e do biometano para geração de eletricidade e os efeitos decorrentes da inclusão destas fontes de energia na matriz elétrica. Serão apresentados outros resíduos que também podem ser utilizados para esta geração de energia e, por fim, as futuras legislações que estão sendo preparadas para incentivar o aproveitamento destes gases e pretendem modificar a matriz energética brasileira.

Para a realização do presente trabalho, utiliza-se o método exploratório e descritivo, a fim de analisar as legislações que são utilizadas para direcionar a destinação dos resíduos agrossilvopastoris para reutilização e reciclagem, especialmente para a produção de biogás e do biometano a serem empregados para produção de energia combustível e eletricidade. A técnica utilizada é a pesquisa bibliográfica, pois utiliza-se da doutrina e da pesquisa em meios eletrônicos para esclarecer a abordagem do tema proposto.

## 2 O APROVEITAMENTO ENERGÉTICO DO RESÍDUO AGROSSILVOPASTORIL E A REGULAMENTAÇÃO

O reconhecimento da qualidade e utilidade do biogás purificado em biometano possibilita sua ampla inclusão na matriz energética, com efeito sustentável e possibilidade de ciclo de aproveitamento de materiais. Junto com outros biocombustíveis, vem agregando vantagens ambientais que não passam despercebidas pelo governo, que tem criado legislações e resoluções que favorecem o atendimento de demandas dele próprio, de particulares e do meio ambiente.

Desde 2005 começou a inclusão de outras fontes energéticas na Política Energética Nacional (PEN), Lei nº 9.478/1997 (BRASIL, 1997), o que foi feito através da Lei nº 11.097/2005 (BRASIL, 2005). Previu-se, para isto, que deveriam ser estabelecidas diretrizes para programas específicos para estudos e inclusão de fontes que se chamava de alternativas: biocombustível, energia solar, eólica e proveniente de outras fontes (CHAVES, GOMES, 2014).

As primeiras fontes que ganharam destaque e reconhecimento foram os biocombustíveis, através da Lei nº 12.490/2011 (BRASIL, 2011), que deu nova redação a diversos dispositivos da PEN, incluindo-os definitivamente na matriz energética. Neste acréscimo, considera-se a biomassa capaz de originar biocombustível de origem vegetal e animal, de forma que o biogás está incluído na lista de fontes de energia desde 2011, pois derivado desta matéria-prima (RIO DE JANEIRO, 2014).

Com esta busca por novos combustíveis, em 2012 surgiu a necessidade de regramento para uso de forma experimental e específica<sup>1</sup> dos biocombustíveis não especificados (dentre eles o biogás e biometano) e de suas misturas com combustível ou biocombustível especificado (GNV, por exemplo, possui regulamento por meio de especificação de uso, transporte e qualidade). Devia, o agente autorizado pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e biocombustíveis (ANP), fornecer testes de qualidade e relatórios de desempenho a fim de munir a agência reguladora de dados que subsidiassem regulamentações de novos materiais em teste (BRASIL, 2012a).

As pesquisas e usos invariavelmente demonstravam a mesma coisa sobre estes dois biocombustíveis. Era necessário purificar o biogás, pois sua utilização na forma

<sup>1</sup> O uso experimental se refere a uso por prazo determinado, a ser empregado em frota cativa (veículos a serviço do requerente ou próprios) ou em equipamentos de uso industrial que promovem a queima do produto (exemplo da utilização para geração de eletricidade) em experimento, para fins de pesquisa de comparação com outros combustíveis especificados. Já quando a resolução se refere a uso específico, ele ocorre após o material combustível já ter passado por uso experimental, deve ser empregado nos mesmos usos, em substituição parcial ou total de combustível e/ou biocombustível especificado pela ANP (BRASIL, 2012a).

bruta era desaconselhável. Neste estado ou com purificação parcial, os contaminantes danificavam componentes dos motores e tanques de armazenamento e transporte. A depender da matéria-prima empregada para sua produção, o biogás sem filtragem liberava mais ou menos poluentes, apresentava desempenho inferior de geração de energia e não podia ser injetado na rede canalizada de distribuição do GNV por serem de qualidades diferentes, de forma que restringia sua utilização e, portanto, interessados em produzi-lo ou comprá-lo (BLEY JR., 2014).

Todas estas questões fizeram com que em 2013 fosse criado um grupo de trabalho para planejar a futura regulamentação de uso e especificação do biometano pela ANP (SAMPALHO, 2017). Entretanto, desde o início dos debates e reuniões foi entendido que o biometano derivado de estações de tratamento de esgoto (ETE) e fração orgânica de resíduos sólidos urbanos (RSU) deveriam ser regradados em separado, precedidos de maior quantidade de uso experimental e específico com coleta de dados e testes, devido à presença de contaminantes que podem afetar a saúde humana, equipamentos e rede de distribuição de gás canalizado. Era necessário antes estabelecer limites aceitáveis e verificar a qualidade do biogás após purificação para que seu uso fosse seguro (RIO DE JANEIRO, 2013).

Criada em 2015, a Resolução ANP nº 8/2015 (BRASIL, 2015a) abriu um novo e promissor mercado para o biometano agrossilvopastoril. Esta resolução resolve que, tendo estes materiais gasosos como componente principal o  $\text{CH}_4$  (gás metano) e o  $\text{CO}_2$  (gás carbônico), eles necessitam se enquadrar na qualidade definida pela resolução em comento. Estabelece também que, a partir de então, somente biometano que atenda ao regramento poderá ser comercializado para uso veicular, residencial e comercial ou misturado ao GNV, desde que previamente odorizado, e passe por controle de qualidade diário (BRASIL, 2015a).

Sendo assim, esta especificação do biometano agrossilvopastoril favorece sua inclusão na matriz energética combustível brasileira, define sua utilização e facilita sua comercialização, permitindo que, no futuro, o produtor deixe de considerar o orgânico resultante das atividades agropecuárias e silviculturais um resíduo não inerte até então com utilidade limitada, para passar a vê-lo como um *comoditie*, ou seja, mais um produto com valor de mercado produzido em sua propriedade rural.

Com o uso de biocombustíveis, tais como biometano, biodiesel e etanol, derivados de fontes renováveis, podem ser significativamente reduzidas as emissões de gases de efeito estufa e particulados em comparação com certos derivados de petróleo e carvão mineral. Porém, dentre estas alternativas renováveis, o biometano possui rentabilidade energética maior por hectare cultivado. Além de emitir menos  $\text{CO}_2$  que qualquer outro combustível (BECHER, 2016).

Se purificado e transformado em biometano servirá também para a geração energética, além da elétrica e térmica, o que abre um novo leque de opções de uso e consequente expansão de mercado, pois passa a poder ser misturado ao GNV via conexão na rede de distribuição de gás canalizado e vendido para uso em indústrias, veículos, residências e comércios (KROPSCH, 2017). Também, há entendimento de que haverá ganho logístico no sentido de poder ser produzido e consumido de forma descentralizada, o que reduz seu transporte até o local de venda e o produtor rural pode vir a diminuir sua dependência de postos de abastecimento, especialmente benéfico em regiões mais isoladas do Brasil (CIBIOGÁS ENERGIAS RENOVÁVEIS).

Sobre a competência para exploração direta ou mediante concessão dos serviços de gás canalizado, traz o artigo 25, §2º da CF 1988 que é competência dos Estados. Portanto, deve ser definido através de lei a permissão e percentual para misturas de, neste caso, o biometano com o GNV e distribuição dentro do território estadual. Isto inicialmente pode parecer restringir o mercado, pois poucos estados atualmente aprovaram leis que tratam de reger esta mistura, mas isto não precisa ocorrer. Pois, não há qualquer impedimento legal de venda do biometano diretamente nos postos de abastecimento sem passar pela distribuidora estadual. Obviamente que sempre devem ser mantidos os testes de qualidade, mesmo nesta venda direta (SAMPAIO, 2017).

Dito isto, são poucos, porém crescentes, os efeitos na criação de regras que valorizam energias renováveis, especialmente nos estados que despontam na produção rural (RODRIGUES). Por exemplo, no Rio Grande do Sul, estado pioneiro em fomento e produção de biogás e biometano, passou a vigorar a Lei nº 14.864/2016 (RIO GRANDE DO SUL, 2016) que trata especialmente de estimular e tornar mais competitiva a produção (RIO GRANDE DO SUL, 2016). Também foi elaborado um mapeamento de resíduos orgânicos diversos para atrair interessados em implementação de usina de aproveitamento energético deste material (KONRAD, 2016).

### **3 O APROVEITAMENTO ENERGÉTICO ELÉTRICO DO BIOGÁS E DO BIOMETANO**

Como grande parte dos avanços tecnológicos que proporcionaram o desenvolvimento da humanidade são energético-dependentes, são necessárias fontes adicionais de energia elétrica para suportar seu consumo crescente. A eletricidade movimenta a economia e traz dignidade ao dia-a-dia da população, portanto não pode faltar.

Quando se trata de gerar eletricidade, o Brasil, por sua abundância de recursos hídricos, acabou “por conveniência” traçando sua trajetória alicerçado nesta fonte re-

novável, a água. Porém, como as hidrelétricas dependem da cooperação da natureza mediante secas, é prioritário o uso dela para consumo humano e dessedentação de animais, podendo a outorga para uso em agricultura e geração de energia elétrica ser suspensas. Nestes casos, fontes suplementares de energia são importantes e sempre que necessário o governo aumenta a produção nas usinas termelétricas movidas a óleo e carvão, apesar de apresentarem custo mais elevado e produzirem altas cargas de CO<sub>2</sub>, potente gás que pode agravar o efeito estufa (TANCREDI; ABBUD, 2013).

Desde os anos 50, com certa regularidade, o país passa por crise energética híbrida. Em virtude disto, somado a ideais ambientalistas, desenvolvimento econômico crescente e estímulo à livre concorrência trazida pelos textos legais vigentes nos anos 80, fizeram surgir a necessidade de estimular e regar a produção de energia atentando a estes conceitos. Com isto, em 1997 surge a PEN (ARAÚJO; GALVÃO; NETO, 2005).

Em decorrência de uma grave crise elétrica em 2001, em 2002 houve a criação do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas (PROINFA)<sup>2</sup>, através da Lei nº 10.438/2002 (BRASIL, 2002), com objetivo de acelerar o aumento da participação de produtores e fontes alternativas renováveis, especificamente as pequenas centrais hidrelétricas, usinas eólicas e empreendimentos termelétricos à biomassa, para que realizassem produção local de energia para complementar a matriz energética nacional brasileira até então preferencialmente produzida de forma centralizada<sup>3</sup> em grandes usinas geralmente movidas por água. Posteriormente esta produção local foi nomeada geração distribuída (BRASIL, 2008).

Em 2004 foi lançado um novo modelo para o setor elétrico brasileiro que favoreceu as fontes de energia renováveis através da Lei nº 10.848/2004 (BRASIL, 2004a) e do Decreto 5.163/2004 (BRASIL, 2004b). Estabeleceu-se a geração distribuída como forma de produção de energia complementar à geração centralizada, e foram criados

<sup>2</sup> O Proinfa foi instituído com a intenção de aumentar a participação da energia elétrica produzida por Produtores Independentes de Energia (PIE) através de geração distribuída, gerada a partir de fontes renováveis conectadas no Sistema Interligado Nacional (SIN) que transmite via alta tensão. Com custos rateados entre todos os consumidores finais, do ambiente de contratação livre ou regulado, exceto os consumidores de baixa renda. Previam financiamentos do BNDES para projetos de implantação destas usinas geradoras de energia, assegurando a compra pela Eletrobrás de 3.300 MW de potência instalada desta energia, produzida por um prazo de 20 anos a partir da data de entrada em operação (MENDES; PINTO, 2011).

<sup>3</sup> Exemplo desta preferência pela centralização são as hidrelétricas, cuja a energia fornecida era oriunda, em sua maioria, de grandes usinas construídas com dinheiro público, que demandam altos valores para sua construção e impactam o meio ambiente desalojando famílias, animais e alagando grandes terras com potencial de cultivo ou matas nativas. Esta centralização, apesar de elevar o custo de transmissão da energia, é compensada pela quantidade de energia gerada. Atualmente, há mais rigor nos licenciamentos ambientais em virtude dos impactos ambientais e sociais gerados na sua construção. Com isto, vem sendo incentivada a construção de usinas menores, com capacidade para atender demanda local, seguindo as novas tendências estabelecidas por lei para a geração de energia elétrica no país: descentralização, privatização, aumento da confiabilidade no seu fornecimento, menores impactos socioambientais e técnicas mais modernas para diminuição de custos (REIS; FADIGAS; CARVALHO, 2012).

dois ambientes de comercialização de energia,<sup>4</sup> o Ambiente de Contratação Regulado (ACR) e o Ambiente de Contratação Livre (ACL). Enquanto no ACR a energia seria contratada principalmente<sup>5</sup> através de leilões com preço pré-estabelecido, desde que a produzisse na quantidade exigida e de maneira “firme”, no ACL seria negociado o preço de sua venda (RODRIGUES, 2006, p. 51-82). O biogás<sup>6</sup> atualmente participa de ambos os ambientes de contratação (GUETTER, 2017). Ambas estas normas permitiram que o objetivo do governo de aumento de produção descentralizada de energia principalmente de fontes renováveis fosse iniciado. Esta geração distribuída nada mais é do que a geração elétrica realizada junto ou próxima dos consumidores,

<sup>4</sup> O mercado de energia no Brasil está dividido em dois ambientes, o ACR, onde estão os consumidores cativos, e ACL, formado pelos consumidores livres. Cativos são os que possuem qualquer quantidade de consumo e pagam mensalmente a energia que usaram das concessionárias de distribuição às quais estão ligados, sendo estas tarifas reguladas pelo Governo. Já os livres compram energia diretamente dos agentes geradores (produtores independentes e autoprodutores com excedente de energia) ou comercializadores, conforme sua escolha. Os consumidores que se enquadram no perfil exigido podem fazer parte do ACL e realizam contratos com condições livremente negociadas, tais como preço, prazo, volume, etc. No mercado livre cada unidade consumidora paga uma fatura para a concessionária local referente ao serviço de distribuição (no caso de energia proveniente de biogás o TUST e TUSD estão isentos) e uma ou mais faturas referentes à compra da energia negociada. Neste mercado livre há consumidores livres e especiais. Consumidor livre é aquele cuja demanda é igual ou superior a 3.000 kW de potência, podendo este consumidor adquirir energia de fonte incentivada (pequenas centrais hidrelétricas, usinas térmicas de biomassa, eólicas e solar de até 50 MW) e/ou convencional (tais como grandes centrais hidrelétricas ou termelétricas acima de 50 MW). Já o consumidor especial possui demanda de energia entre 500 kW e 3.000 kW, individualmente ou em comunhão de mesmo endereço ou CNPJ e pode adquirir somente energia de fonte incentivada (CENTRAIS ELÉTRICAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA).

<sup>5</sup> No ambiente de contratação regulado há um cálculo que a distribuidora de energia deve constantemente fazer, pois se faltar energia para disponibilizar aos consumidores, será penalizada. Neste ambiente, a maior parte da energia ofertada aos consumidores é adquirida em leilões anuais de energia existente (empreendimentos já em funcionamento), e leilão de energia nova (empreendimentos ainda em construção). Mas como é impossível se prever com exatidão a energia que será consumida ou se haverá algum fator climático que irá reduzir a quantidade de energia produzida, a geração distribuída é de suma importância para suplementar de forma rápida caso a distribuidora necessite de mais energia. Sendo isto no ambiente regulado um estímulo extra para uso de fontes descentralizadas incluindo as renováveis, pois o distribuidor pode contratar através de chamada pública dispensando nestes casos leilão, energia oriunda de geração distribuída descentralizada de pequenas centrais hidrelétricas, termelétricas e geração de fontes renováveis que estiverem conectadas na mesma rede a qual pertence a distribuidora até o limite de 10%, com tarifa negociada entre as partes, incluindo proveniente de biogás. O que contribuiu para que o setor deixasse de lado a resistência com uso de geração distribuída, vista como concorrente. Já que esta geração descentralizada ajuda a distribuidora no pleno atendimento de seu mercado quando necessita complementar rapidamente e sem a burocracia dos leilões a energia que oferta. A grande maioria da energia do ambiente de contratação regulado é proveniente de grandes centrais geradoras, mas possui obrigatoriamente uma parcela de energia que deve ser oriunda de fontes renováveis do Proinfa que serve para incentivar a produção (RODRIGUES, 2006).

<sup>6</sup> Em julho de 2008 a Aneel autorizou a Companhia Paranaense de Energia Elétrica (Copel) a implantar projeto-piloto prevendo a compra da energia excedente produzida em pequenas propriedades rurais do Paraná a partir de dejetos de animais, de forma experimental (AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA, 2008).

sem necessidade de atravessarem estados em extensas redes de transmissão<sup>7</sup> de energia elétrica (GOMES, 2016).

O caminho do setor elétrico, portanto, foi seguindo no sentido de permitir que qualquer interessado pudesse produzir sua própria energia. Mas havia ainda uma grande dificuldade que produtores de pequeno porte de energia elétrica que não estavam aptos ou interessados em vendê-la enfrentavam: como armazenar a energia produzida (BRASIL, 2015a). A Resolução nº 482/2012 (BRASIL, 2012b) da ANEEL, revisada pela Resolução nº 687/2015 (BRASIL, 2015b), derrubou esta última barreira existente. Possibilitou que consumidores se tornassem também geradores de energia aplicando a eles um sistema de compensação, armazenando a energia produzida na rede de distribuição (BRASIL, 2015c).

O Sistema de Compensação de Energia Elétrica (*net metering*) é um arranjo no qual a energia ativa injetada por unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída é cedida, por meio de empréstimo gratuito, à distribuidora local e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa dessa mesma unidade consumidora ou de outra unidade de mesma titularidade (mesmo CNPJ ou CPF, definido como autoconsumo remoto), ou na fatura do mês subsequente. A diferença positiva entre a energia injetada na rede e a consumida é registrada como crédito ao consumidor, sendo válido por 60 meses. Os créditos ainda podem ser utilizados para compensar o consumo de energia elétrica em

<sup>7</sup> “As linhas de transmissão são basicamente constituídas por fios condutores metálicos suspensos em torres, também metálicas, por meio de isoladores cerâmicos ou de outros materiais altamente isolantes. Como os sistemas de potência são trifásicos, geralmente existem três conjuntos de cabos de cada lado das torres, acompanhados por um cabo mais alto, no topo, que é o cabo para-raios, ou também chamado de cabo guarda. As linhas de transmissão se estendem por longas distâncias, conectando também, além de usinas geradoras aos grandes consumidores, aqueles que adquirem energia em alta tensão, como fábricas e mineradoras, ou as empresas distribuidoras de energia, as quais vão se encarregar de transportar a energia aos consumidores de menor porte. As subestações de transmissão fazem a conexão de geradores, consumidores e empresas distribuidoras. Nos pontos de conexão com geradores, a função das subestações é elevar o nível de tensão da energia elétrica gerada para centenas de milhares de Volts. Já nos pontos de conexão com consumidores ou distribuidoras, a função das subestações de transmissão é rebaixar os níveis de tensão para dezenas de milhares de Volts. As empresas concessionárias dos serviços públicos de transmissão de energia enredam-se num contexto de regulação econômica que visa assegurar equilíbrio econômico às empresas e modicidade tarifária aos consumidores e usuários do sistema de transmissão. No Brasil, o modelo de regulação adotado para as empresas transmissoras é uma variante do tradicional modelo inglês de preço-teto (*price cap*), chamado de modelo de receita-teto (*revenue cap*). Neste modelo, é a ANEEL quem determina os preços a serem praticados pelas empresas, os quais devem cobrir os custos de capital e de operação e manutenção considerados eficientes. Como também ocorre para as distribuidoras, os mecanismos de regulação das empresas transmissoras são basicamente a revisão tarifária (também chamada de reposicionamento tarifário), que incide periodicamente a cada cinco anos, e o reajuste tarifário anual, que se trata basicamente de uma correção monetária das tarifas praticadas. O sistema de distribuição de energia é aquela rede de energia elétrica que se confunde com a própria topografia das cidades, ramificado ao longo de ruas e avenidas para conectar fisicamente o sistema de transmissão (ou mesmo unidades geradoras de médio e pequeno porte) aos consumidores finais, que são majoritariamente os consumidores residenciais. Assim como ocorre com o sistema de transmissão, a rede de energia elétrica da distribuição é também composta por fios condutores, transformadores e equipamentos diversos de medição, controle e proteção das redes elétricas. Todavia, de forma bastante distinta do sistema de transmissão, o de distribuição é muito mais extenso e ramificado, pois deve chegar aos domicílios e endereços de todos os seus consumidores.” (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA).

outras unidades cadastradas como geração compartilhada ou empreendimentos de múltiplas unidades consumidoras (condomínios) (BORGES, 2017).

Cabe observar que desde 2007 há leilão de energia especificamente oriunda de fontes renováveis no ambiente de contratação regulada, além de também poderem participar das outras modalidades de leilão, desde que se enquadrem nos requisitos solicitados. Neste ano inicial de participação, podiam ser provenientes de pequenas centrais hidrelétricas, termelétrica de biomassa e centrais geradoras eólicas (BRASIL, 2017a). Em outubro de 2014, a Portaria do Ministério de Minas e Energia nº 563/2014 (BRASIL, 2014a) enquadrou biogás de RSU, de resíduos vegetais ou animais, bem como de ETE, também como empreendimentos termelétricos à biomassa e passaram a participar de leilões de energia no ambiente de contratação regulada, concorrendo pelo mesmo preço pago no pregão (BRASIL, 2015d). Também, com isto, passou a poder ser negociada a energia elétrica produzida no ambiente de contratação livre com o atrativo de desconto de 100% na tarifa de uso do sistema de distribuição TUSD e TUST,<sup>8</sup> para quem compra este tipo de energia incentivada limpa e renovável, além de ser permitida sua comercialização através de Chamada Pública desde 2009 (CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA).

Na maioria das vezes, a energia elétrica será gerada a partir do biogás e não do biometano, porque nestes casos não é obrigatória sua purificação para processo de queima em indústrias. O biogás para geração elétrica não possui restrição de fonte de matéria-prima, pode ser proveniente de qualquer tipo de resíduos orgânico agrossilvopastoril, de ETE ou fração orgânica de RSU (GUERREIRO, 2017).

Em relação às grandes centrais hidrelétricas, há o benefício de possuírem estas usinas de menor porte, portanto ficam prontas para produzir energia mais rapidamente, beneficiando o mercado de compra e venda de eletricidade, assim como causam menor impacto ambiental e sua produção estimula economia e empregos também localmente. Pode o biogás ser armazenado e transformado em eletricidade para uso quando o produtor necessitar, ou a eletricidade ser armazenada para utilização quando necessário em baterias ou na rede de energia. Há benefícios possíveis com a estocagem desta energia para venda em momento de melhor preço, ou pode ela ser utilizada somente nos horários em que há restrição de consumo de eletricidade ou horários de ponta em que a energia é cerca de 7 vezes mais cara. Outra função

<sup>8</sup> Tarifa do Uso de Sistema de Distribuição TUSD – é um encargo legal do setor elétrico brasileiro que incide sobre os consumidores conectados aos sistemas elétricos das concessionárias de distribuição. Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão TUST – é um encargo legal do setor elétrico brasileiro que incide sobre os consumidores conectados aos sistemas elétricos das concessionárias de transmissão (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES).

importante que ocorre é que, como diversifica fornecedores e tipos de energia, permite que quando haja seca em uma região, outra localidade que possui biogás atue como backup do sistema de eletricidade, de forma complementar (GUETTER, 2017).

### **3 A BIODIGESTÃO DO RESÍDUO AGROSSILVOPASTORIL**

Nos anos 70, começou a discussão global sobre a urgência de se buscar um modelo de desenvolvimento sustentável. Nesta busca por outra forma de existência humana, a água, o saneamento básico (incluindo o manejo de resíduos sólidos), o transporte, as telecomunicações e a energia fazem parte dos vetores básicos de infraestrutura necessária para que ela seja possível. Cada um ao seu modo causa algum impacto ambiental, mas é um mal necessário para atingir um objetivo maior, a sustentabilidade objetivada nas últimas décadas, de modo a integrar a infraestrutura, quem se utiliza delas e meio ambiente (REIS; FADIGAS; CARVALHO, 2012).

Os combustíveis fósseis (petróleo, gás natural e carvão mineral) vêm fazendo a frente da matriz energética mundial. Por serem altamente poluentes desde suas extrações até seus destinos finais, contribuem para o aumento da concentração de gases agravadores do efeito estufa na atmosfera. Alternativas aos seus usos cada vez mais têm se tornado motivo de debate entre estudiosos e cientistas, além de objetivo de políticas públicas de nações (REIS; FADIGAS; CARVALHO, 2012).

A biodigestão já era usada no Brasil em propriedades rurais nos anos 70, estimulada pelo Governo Federal. Mas, erros no manejo dos resíduos e biodigestores construídos com materiais inadequados fizeram com que os projetos fossem abandonados. Entretanto, com a ocorrência da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92), este resíduo voltou a ser lembrado, dado o estabelecido sobre a necessidade de redução da emissão de gases agravadores do efeito estufa, dentre eles o  $\text{CH}_4$ , o principal componente energético do biogás, foco deste estudo (BLEY JR., 2015).

Antes de prosseguir, é importante trazer algumas definições:

1. Biocombustível é qualquer combustível gasoso ou líquido derivado de biomassa renovável.
2. Biogás pode ser produzido a partir da biodigestão de resíduo orgânico agrossilvopastoril, comercial, de esgotamento sanitário e de resíduo sólido urbano orgânico que, nada mais são do que os gases imediatamente produzidos no biodigestor.
3. Biometano é o gás gerado na purificação de qualquer um destes biogases e atualmente para serem considerados como tal, devem atender às especificações estabelecidas através de resoluções pela ANP.

4. Ainda cabe diferenciar biometano agrossilvopastoril e comercial, de biometano produzido da fração orgânica de resíduos sólidos urbanos e de esgotamento sanitário, pois a ANP estabelece que devem ser tratados de forma diferenciada em virtude dos contaminantes dos dois últimos merecerem maior preocupação e consequentemente especificação própria em regulamentação apartada (BRASIL, 2015a).

Dois importantes acordos firmados e ratificados pelo Brasil vêm direcionando mais incisivamente as políticas públicas que enfrentam a questão climática e a diversificação de fontes renováveis. O primeiro foi a Conferência das Partes sobre Mudança Climática COP 15, ocorrida em 2009, na qual os países signatários se comprometeram a implementar mecanismos para manter o aumento da temperatura global em dois graus Celsius. Para alcançá-la, o Brasil assumiu o compromisso voluntário de redução de emissão dos gases agravadores do efeito estufa, definindo que a meta seria atingida principalmente através do setor agrossilvopastoril (EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA, 2016).

O segundo importante acordo foi a Conferência das Partes sobre Mudança Climática COP 21, realizada em 2015, da qual surgiu o Acordo de Paris. Vinculou-se mais diretamente as metas e métodos dos países participantes, cada qual dentro de suas possibilidades, para que atingissem ao que se propuseram. Foram inclusas ações mais rigorosas de mitigação que as anteriormente assumidas, havendo também previsão de necessidade de adaptação às mudanças climáticas e meios de implementação para alcance dos objetivos. Também se estabeleceram diretrizes concretas para a descarbonização da economia através do aumento da participação das fontes renováveis (além da energia hídrica) na matriz energética do país em 18% até 2030 e redução de emissão de gases estufa. A participação do setor rural foi confirmada novamente como bem-vinda e necessária para atingir estas metas (BRASIL a).

Tratando-se de atividades rurais, o Brasil, devido a seu clima favorável, terras férteis e abundância de recursos hídricos, vem expondo seu potencial para produzir madeira, papel e alimento de qualidade, dentre outros produtos, para atender tanto o mercado interno quanto o externo. Muitos países possuem restrições ambientais e limitação de solo disponível para florestas, lavouras e criação de animais e vêm cada vez mais adquirindo estes gêneros produzidos aqui. Com esta produção para abate e obtenção de derivados cada vez mais ocorrendo no sistema de confinamento ou semiconfinamento, há concentração destes animais em uma pequena área, o que acaba por gerar grandes quantidades de efluentes resultantes da digestão natural decorrente de qualquer ser que se alimente (BLEY JR., 2009, p. 11-13).

Para o manejo deste material e aumento seguro da produção agropecuária, é ideal que venha acompanhado de contenção dos possíveis impactos negativos cau-

sados por esta exacerbação de efluentes e resíduos gerados durante a produção. Como grande impactante ambiental que é, deve dar conta de resolver seu passivo de forma a proteger meio ambiente e sociedade, arcando com o custo financeiro disto. Com isto, é importante que a legislação autorize e estimule novos métodos de lidar com estes resíduos (BLEY JR., 2009, p. 11-13).

Os resíduos agrossilvopastoris, segundo consta na Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei nº 12.305/2010 (BRASIL, 2010a), são gerados nas atividades agropecuárias e silviculturais, incluídos os relacionados a insumos utilizados nessas atividades. Ou seja, são principalmente restos de árvores, plantas e grãos variados, restos de animais e seus dejetos. Portanto, devem seguir todo regramento estabelecido para sua destinação, incluindo redução, reutilização e reciclagem. Sem estar preparado para cumprir estes e outros direcionamentos, o produtor pode vir a ter dificuldades para obter, por exemplo, licenciamento ambiental, sem o qual não conseguirá financiamento bancário para suas atividades. E ainda corre o risco de responder cível, penal e administrativamente por danos ambientais se não o manejar adequadamente (FOSTER-CARNEIRO; ISAAC; PÉREZ, 2011).

A modernização através de inovações tecnológicas chega para oferecer alternativa atraente para a destinação geralmente inadequada destes resíduos agrossilvopastoris, o equipamento biodigestor. Pode passar por este processo de biodigestão o resíduo orgânico da propriedade rural, de efluentes da agroindústria, além da fração orgânica dos RSU e o lodo de ETE. Desta forma, diminui-se a contaminação do solo e água, do ar, proliferação de pragas e outras doenças correlacionadas à falta de saneamento básico urbano e rural. Em especial, os dejetos necessitam de tratamento sanitário, pois os animais são grandes emissores de  $\text{CH}_4$ , considerado vinte e uma vezes mais poluente que o  $\text{CO}_2$ , também emitido através de fezes e respiração. Este gás, o metano, é um dos principais gases causadores do agravamento do efeito estufa que gera alteração climática, mas quando capturado, é dele que provém a energia (BARBOSA; LANGER, 2011).

O biodigestor fornece meio adequado para que ocorra a fermentação anaeróbia (sem a presença de oxigênio) deste material orgânico, proporcionado pela atividade de bactérias anaeróbias. Estas, ao fazerem a digestão dos resíduos, produzem biogás<sup>9</sup> e biofertilizante<sup>10</sup> (BARBOSA; LANGER, 2011). Conforme levantamento feito

<sup>9</sup> "O biogás é gerado durante a decomposição microbiana de substâncias orgânicas na ausência quase completa de oxigênio e tem composição de aproximadamente 2/3 de metano ( $\text{CH}_4$ ) e 1/3 de dióxido de carbono ( $\text{CO}_2$ ), bem como quantidades pequenas de água ( $\text{H}_2\text{O}$ ), sulfeto de hidrogênio ( $\text{H}_2\text{S}$ ), nitrogênio (N), oxigênio ( $\text{O}_2$ ), hidrogênio ( $\text{H}_2$ ) e outros gases traços." (BECHER, 2016, p. 23).

<sup>10</sup> O biofertilizante é um adubo orgânico líquido que quando aplicado através de pulverização fornece alta carga de nutrientes benéficos e essenciais para as plantas. Sua composição auxilia no controle de doenças e insetos (EMPRESA BRASI

em 2017 pela Associação de Biogás e Biometano Abiogás, o Brasil possui potencial de produzir cerca de 78 milhões de metros cúbicos diários de biogás e biometano. A oferta de biogás no país aumentou 45% entre 2010 e 2016, entretanto, ainda, pouco de seu potencial de participação na matriz elétrica e energética combustível foram explorados (COELHO, 2017).

O aproveitamento do biogás tem potencial para agir de forma complementar e diminuir a problemática que surge com a redução de chuvas que acarretam racionamento e elevação de tarifas, bem como a dependência de combustíveis fósseis. Sua inclusão maciça na matriz energética<sup>11</sup> brasileira pode auxiliar o país a alcançar suas metas de produção de energia advindas de fontes renováveis, com benefício adicional de serem minimamente poluentes (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BIOGÁS E BIOMETANO, 2017).

### 3.1 OS BENEFÍCIOS DE UTILIZAR O PROCESSO DE BIODIGESTÃO

Beneficiar o resíduo pode trazer valor diferenciado na comercialização de proteína com baixo impacto ambiental, o que é principalmente relevante para consumidores do mercado internacional. O produtor pode agregar à imagem da empresa a geração e utilização de energia renovável (elétrica, térmica, combustível) em seu processo produtivo, bem como a produção e emprego de fertilizante obtido de reaproveitamento de seus próprios resíduos orgânicos, além de poder se posicionar como eficiente sequestrador de  $\text{CH}_4$  e  $\text{CO}_2$  (BLEY JR., 2009).

Sobre o biofertilizante, ele possui custo mais viável que o fertilizante químico, pois não está sujeito a variações do dólar, taxas de importação e custo com transporte (BERNS; SCHNICKE; BOMBONATTI, 2015). Há também entendimento de que o tratamento prévio do resíduo orgânico agrossilvopastoril evita saturação do solo e potencial degradação que normalmente ocorre se disposto diretamente na natureza, o que poderia levar futuramente ao abandono da área. O biofertilizante obtido reduz estes problemas, podendo também recuperar a terra agregando matérias orgânicas

<sup>11</sup> Conforme relatório anual emitido pelo BEM (Balanço Energético Nacional), publicado em 2017, ano base 2016, sobre qual energia se usa no Brasil, 43,5% era oriunda de fontes renováveis e 56,5% de não renováveis. Das fontes renováveis, a produção de biogás cresceu 46,2% em 2016 comparado com 2015, demonstrando que sua participação vem aumentando. Quanto a quem usa a energia no Brasil, 33% é utilizada pela indústria, transporte usa 32,4% residência 9,7% e setor agropecuário usou 4% da energia. Cerca de 58% do uso de energia nas indústrias em 2016 era proveniente de renováveis. Sobre o consumo de energia nos transportes em 2016, 20% era de renováveis, contra 22% em 2015, diminuição resultante do aumento do preço do etanol. No consumo de energia residencial, 64% é proveniente de renováveis. Em 2016, 68,1% era energia hidráulica enquanto em 2015 era 64% (EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA E MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA).

e nutrientes. A biodigestão, especialmente de dejetos de animais, traz alternativa nutritiva ao fertilizante N, P, K (nitrogênio, fósforo, potássio) amplamente utilizado nas lavouras, porém este é grande emissor de CO<sub>2</sub> (BLEY JR., 2009).

Em suma, este incentivo de utilização e ampliação de mercados para os derivados do resíduo agrossilvopastoril que passa por processo de biodigestão possibilita alternativa para que o produtor trate seus resíduos e se enquadre nas exigências legais e normas ambientais. Também favorece o setor, que geralmente atua com margens estreitas de lucro e muitas vezes não consegue cobrir custo dos tratamentos dos impactos ambientais. Pode-se obter renda adicional com comercialização de biogás e seus derivados e economia por não precisar adquiri-los para uso já que os produz, de forma que viabiliza investimento na produção de biogás (KROPSCH, 2017).

Outra importante constatação deste mercado crescente de energias renováveis é que deve beneficiar a economia gerando empregos, e assim incentivar a migração e permanência de pessoas no campo (BLEY JR., 2009).

## **3.2 OUTRAS POSSIBILIDADES DE BIOENERGIA E PERSPECTIVAS FUTURAS**

Como descrito anteriormente, desde quando começaram os debates para a criação da resolução que regularia e especificaria o biometano agrossilvopastoril para usos similares e misturas com o GNV, houve o entendimento de que os resíduos de ETE e fração orgânica dos RSU deveriam ser regradados separados.

Durante os anos seguintes a 2015 foram feitos testes e ensaios para fornecer segurança à utilização de biometano oriundo da purificação do biogás emitido na biodigestão dos resíduos de ETE, ou capturados através da perfuração de poços para coleta do biogás em aterros sanitários, destino final dos RSU. O principal componente contaminante problemático era o siloxano, entretanto não havia ainda método padronizado de determinação de sua presença no biometano. Em decorrência disto, fora necessário que a ANP antes oficiasse a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) para que estabelecesse uma normatização. Superado este entrave, foi criada, em junho de 2017, a Resolução nº 685/2017 (BRASIL, 2017b) da ANP, que especifica e regula a utilização do biometano que será considerado intercambiável com o GNV, destinado a uso em veículos, indústrias, comércios e residências. Esta resolução trouxe regras rígidas a serem atendidas pelas usinas que visem aproveitamento energético na forma e usos definidos, a fim de trazer maior segurança aos usuários (SAMPAIO, 2017).

Com esta resolução, são expandidos os potenciais econômicos e produtivos destes resíduos, o que possivelmente despertará maior interesse na implementação de usina para aproveitamento deste potencial energético. Se instalada, pode gerar energia em quantidade suficiente para tornar autossustentável todo este processo de tratamento de água e produção de biogás. Também pode equiparar a conta de energia elétrica e ser utilizado como combustível nos veículos do produtor, mitigando de forma eficiente o efeito estufa e a poluição oriunda destes materiais orgânicos e das fontes de energia que substitui (BRASIL, 2010b).

A crescente demanda por energia, frente ao limite produtivo atualmente existente e novos perfis de consumo, fez com que as atuais fontes energéticas não conseguissem dar conta da demanda a contento. Com isto, o Governo Federal, com auxílio das agências reguladoras ANEEL e ANP, além da Empresa de Pesquisa Energética ligada ao Ministério de Minas e Energia e do Ministério de Agricultura, Pecuária e Abastecimento, vem planejando dois novos marcos legais para estes setores (COE-LHO, 2017).

O programa RenovaBio é uma política nacional que tem finalidade de estabelecer um marco legal que assegure a participação competitiva de biocombustíveis na matriz energética combustível, de forma a haver segurança no abastecimento, com alcance de metas assumidas na COP 21 (GOMIDE, 2017).

A criação de uma Política Nacional de Biocombustíveis terá impactos não somente no setor produtivo, mas também na economia nacional. A Política Nacional trata dos aspectos legais necessários à condução imediata do processo de regulamentação, que ensejará publicação de atos normativos infralegais que detalharão os mecanismos que compõem o RenovaBio.

Caracterizase por ser uma solução de mercado, sem alteração de tributos, sem subsídios ou qualquer outra forma de onerar as contas públicas e com efeitos positivos na economia (BRASIL b).

Já para o setor elétrico, um novo marco regulatório está sendo preparado e tem previsão de entrar em votação no Congresso Nacional em breve, pois a atual matriz elétrica não consegue mais acompanhar a evolução tecnológica da sociedade, nem a capacidade de investimentos do Governo. Ele projeta trazer intensas mudanças na forma com que a energia elétrica é produzida, distribuída e consumida no Brasil. Visa adequações em diversos dispositivos legais para atender o proposto, trazendo maior sustentabilidade para o setor, a fim de melhor atender a todas as mudanças pontuais em regramentos que ocorreram nos últimos anos (GUERREIRO, 2017).

Apresentados os dois marcos regulatórios pretendidos, nos últimos anos, houve o aumento da demanda por combustíveis derivados fósseis que não foi acompanha-

do pelo aumento na capacidade de seu refino. Como a crise na economia que vem ocorrendo no Brasil reduziu o consumo, isto temporariamente não está tão evidente, entretanto basta que a economia reaqueça, para que haja uma defasagem de produto. O mesmo vem ocorrendo com o setor de energia elétrica. Esta crise política e econômica e o consequente corte de verbas têm afetado a capacidade do governo tanto de produzir quanto de subsidiar o mercado de energia elétrica e combustível. Com isto, vem diminuindo sua participação no mercado de combustíveis, atualmente em 70%, e de produção de energia elétrica, atualmente em 60% da energia consumida, e revendo subsídios, de forma que será necessário diversificar agentes produtores e definir compensações financiadas por terceiros, até que gradualmente não sejam mais necessárias intervenções do Estado (SILVA, 2017). Busca-se, com isto, novos produtores de energia para substituí-lo ou auxiliá-lo no atendimento da demanda, através de produção distribuída, o que deve beneficiar o biogás e o biometano.

## **4 CONCLUSÃO**

No Brasil, a necessidade de o país cumprir as metas de proteção estabelecidas em tratados internacionais ambientais inaugura uma série de legislações interdisciplinares de proteção ambiental. Com isto, o produtor rural não escapa incólume a esta necessidade de gerenciar adequadamente seus resíduos. Pois, mesmo a fração orgânica deles, que poderia inicialmente parecer não poluir, pode causar danos ambientais em bens considerados estratégicos para a sobrevivência humana: terra, água e ar.

Foi entendido como necessário reduzir o uso de combustíveis fósseis poluentes e finitos e, em contrapartida, aumentar o uso de fontes renováveis de energia na matriz energética combustível e elétrica. O Brasil, engajado em atender estas disposições, vem com isto tentando direcionar regramentos e por consequência condutas, de forma a atender o disposto.

Surge, assim, o equipamento biodigestor, que teve seu uso estimulado pelo Governo Federal, tanto para tratar dejetos quanto para gerar eletricidade. Com o Brasil despontando como importante produtor de alimentos para mercado interno e exportação, houve aumento proporcional de resíduos. Portanto, era crescente e urgente a necessidade de uma alternativa para destiná-los e assim atender às normas ambientais que, para os dejetos, atribuem preocupação ainda mais exacerbada. Desta forma, esta ferramenta não podia ser deixada de lado.

Podem passar pelo processo de biodigestão, além dos resíduos agrossilvopastoris, os originados na agroindústria, fração orgânica dos resíduos sólidos urbanos

e o lodo de estações de tratamento de esgoto. De modo que podem ser percebidas importantes contribuições para a redução da contaminação do solo, ar, água, correlacionadas à falta de saneamento básico urbano e rural, bem como significativa redução na emissão dos gases agravantes do efeito estufa. Além de possibilitar adicional renda, pois do processo são obtidos dois produtos principais, com satisfatório valor comercial: o biogás e o biofertilizante.

O produtor pode utilizar o biofertilizante, agregando importantes nutrientes no solo da propriedade, ou vendê-lo. Já o biogás e o biometano agrossilvopastoril (obtido da purificação do biogás) podem ser utilizados para produzir energia elétrica, térmica e combustível, para uso próprio ou comercialização. Isto vem ocorrendo após autorizações provenientes de importantes legislações, assim como resoluções, tanto da ANP quanto da ANEEL. Juntas, elas vêm facilitando a adição de fontes de energia renováveis na matriz energética de combustíveis e eletricidade, de forma que auxiliam o governo a atingir metas ambientais assumidas e complementam a defasagem existente entre a demanda por energia e a quantidade dela que é produzida no país. O biogás e seu derivado, biometano, também foram beneficiados com esta busca por expansão de fontes e fornecedores.

Com isto, há alguns anos já despontam fornecedores de energia elétrica que participam vendendo energia no ACR e no ACL. Entretanto, a crescente constatação do poder corrosivo do biogás e limites de mercado para venda, associado a restrições logísticas de transporte, levaram a ANP, através da Resolução ANP nº 8/2015, a reconhecer e especificar a qualidade do purificado biometano agrossilvopastoril. Desta forma, foi permitido que fosse considerado intercambiável com o GNV (pois, purificado, se equivalem) e a ser empregado nos mesmo usos, veicular, residencial e comercial. De forma que isto possibilitou a expansão do mercado para venda e, consequentemente, o aumento do número de interessados em instalar usina de biodigestão.

Estes mesmos benefícios associados à regulamentação da ANP, resultantes do reconhecimento e valoração da qualidade do biometano agrossilvopastoril, esperavam receber os setores que produzem biometano a partir de resíduos de ETEs e de fração orgânica de RSU. Devido à maior periculosidade de certos contaminantes que demandavam técnicas mais apuradas de testes e remoção destes materiais, somente em 2017, através da Resolução ANP nº 685/2017, isto ocorreu. Seu processo produtivo e logística de distribuição é diferenciado e mais exigente, mas apesar disto, o interesse é crescente. O biometano pode trazer sustentabilidade financeira para este setor que tem tido com certa frequência dificuldades em manter suas contas em dia, o que afeta diretamente o funcionamento destes importantes serviços de saneamento.

Sendo assim, estes novos regramentos que facilitam o uso do biogás e do biometano trazem benefícios econômicos, sociais e ambientais. O que vem fazendo com que cada vez produtores participem da matriz energética de combustíveis e eletricidade, juntamente com outras fontes de energia renováveis, auxiliando o governo em sua busca por redução na emissão de poluentes, geração descentralizada de energia e variação de fontes e fornecedores de energia.

Todas estas adições de fontes de energia demandaram uma série de alterações na Política Energética Nacional e resoluções dos órgãos responsáveis, mas sempre foram pontuais e específicas, o que acabou por trazer algumas lacunas e gargalos na implementação das normas. Isto, associado à necessidade de modernizar a forma com que a energia é produzida e consumida no Brasil, aliado à busca por preparar a matriz energética para atender adequadamente à demanda crescente, fez com que dois novos marcos legais energético combustível e elétrico fossem preparados. Eles visam estimular o desenvolvimento sustentável da matriz energética, bem como o mercado produtor de energia.

Conclui-se, portanto, que o poder público vem criando leis e resoluções visando aumentar a oferta de energia bem como diversificar agentes produtores, pois não tem conseguido realizar esta tarefa sozinho. A possibilidade de ganho financeiro pode vir a custear e estimular a inclusão da proteção ambiental na gestão de empresários, do Poder Público e da população em geral. Como o mercado produtor não se autorregula de modo que isto seja amplamente implementado, existe a necessidade de um sistema interligado e interdisciplinar de legislações e normativas que abarquem estes necessários direcionamentos ambientais.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). **Atlas de energia elétrica do Brasil**. 3. ed. Brasília: Aneel, 2008, p. 87. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/arquivos/pdf/atlas3ed.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2017.

ARAÚJO, Izabella Maria Medeiros e; GALVÃO, Kátia Cheim Pereira; NETO, Otaclio dos Santos Silveira. Da política energética brasileira: uma análise acerca de seus princípios e objetivos. Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás. **Anais...** 3, Salvador, out. 2005. Disponível em: <[http://www.portalabpg.org.br/PDP\\_etro/3/trabalhos/IBP0236\\_05.pdf](http://www.portalabpg.org.br/PDP_etro/3/trabalhos/IBP0236_05.pdf)>. Acesso em: 27 set. 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BIOGÁS E DE BIOMETANO (ABIOGÁS). **Biogás tem potencial equivalente a 25% da energia do país, aponta a Abiogás**. 26 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.abiogas.org.br/potencial-biogas-canal-energia>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA (ABRADEE). **Redes de energia elétrica**. Disponível em: <<http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/redes-de-energia-eletrica>>. Acesso em: 29 set. 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES (ABRACE). **Uma introdução ao setor elétrico**. Disponível em: <[http://abrace.org.br/wp-content/uploads/2015/12/manual\\_energia\\_eletrica.pdf](http://abrace.org.br/wp-content/uploads/2015/12/manual_energia_eletrica.pdf)>. Acesso em: 29 set. 2017.

BARBOSA, George; LANGER, Marcelo. Uso de biodigestores em propriedades rurais: uma alternativa à sustentabilidade ambiental. **Unoesc & Ciência – ACSA**, Joaçaba, v. 2, n. 1, p. 87-96, jan./jun. 2011. Disponível em: <[https://editora.unoesc.edu.br/index.php/acsa/article/viewFile/864/pdf\\_154](https://editora.unoesc.edu.br/index.php/acsa/article/viewFile/864/pdf_154)>. Acesso em: 01 set. 2017.

BECHER, Uwe. **Biometano como combustível veicular**. Brasília: Ministério das Cidades, 2016, livro 1: Biogás. Disponível em: <[http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/probiogas/giz\\_biogas\\_como\\_combustivel\\_digital\\_simples.pdf](http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/probiogas/giz_biogas_como_combustivel_digital_simples.pdf)>. Acesso em: 8 out. 2017.

BERNS, Beatriz Arnold; SCHNICKE, Heinz-Peter; BOMBONATTI, Patrícia. **Avaliação de opções para o tratamento de efluentes da produção de biogás**. Brasília: Ministério das Cidades, 2015, livro 4: Resíduos Agrossilvopastoris. Disponível em: <[http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/probiogas/giz\\_avaliacao\\_digital\\_simples.pdf](http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/probiogas/giz_avaliacao_digital_simples.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2017.

BLEY JR., Cícero *et al.* **Agroenergia da biomassa residual: perspectivas energéticas, socioeconômicas e ambientais**. Brasília: TechnoPolitik, 2009, 2ª ed. rev.. Disponível em: <[http://www.erbr.com.br/midias/agroenergia\\_biomassa\\_residual\\_251109.pdf](http://www.erbr.com.br/midias/agroenergia_biomassa_residual_251109.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2017.

BLEY JR., Cícero *et al.* **Proposta de programa nacional do biogás e do biometano**. São Paulo: Abiogás, 2015. Disponível em: <<https://www.abiogas.org.br/>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

BLEY JR., Cícero. **Biogás: a energia invisível**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014. Disponível em: <<https://cibiogas.org/livro-biogas-energia-invisivel>>. Acesso em: 2 de jul. 2017.

BORGES, Teddy Henrique. Panorama da Geração Distribuída de Energia Elétrica no Brasil: Avanços e Desafios. **Revista Especialize On-line IPOG**, Goiânia, v. 1, n. 13, jul. 2017. Disponível em: <[www.ipog.edu.br/download-arquivo-site.sp?arquivo=teddy-henrique-borges-1886919.pdf](http://www.ipog.edu.br/download-arquivo-site.sp?arquivo=teddy-henrique-borges-1886919.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Leilão nº 02/2015: leilão de fontes alternativas**. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais\\_geracao/documentos/EDITAL%20LFA%202015\\_.pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL%20LFA%202015_.pdf)> Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Micro e minigeração distribuídas**. 28 set. 2015c. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/informacoes-tecnicas/-/asset\\_publisher/CegkWaVJW-F5E/content/geracao-distribuida-introduc-1/656827?inheritRedirect=false](http://www.aneel.gov.br/informacoes-tecnicas/-/asset_publisher/CegkWaVJW-F5E/content/geracao-distribuida-introduc-1/656827?inheritRedirect=false)>. Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Novo cronograma para leilão de fontes alternativas já está disponível para consulta**. 15 mai. 2017a. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao-2/-/asset\\_publisher/zXQREz8EVIZ6/content/novo-cronograma-para-leilao-de-fontes-alternativas-ja-esta-disponivel-para-consulta/656877?inheritRedirect=false](http://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao-2/-/asset_publisher/zXQREz8EVIZ6/content/novo-cronograma-para-leilao-de-fontes-alternativas-ja-esta-disponivel-para-consulta/656877?inheritRedirect=false)>.

Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Relatório ANEEL 10 anos**. 2008. Disponível em: <[http://www2.aneel.gov.br/arquivos/pdf/aneel\\_10\\_anos.pdf](http://www2.aneel.gov.br/arquivos/pdf/aneel_10_anos.pdf)>. Acesso em: 21 ago. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa nº 482, de 17 de abril de 2012b**. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa nº 687, de 24 de novembro de 2015b**. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2015687.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e biocombustíveis. **Resolução nº 23, de 13 de agosto de 2012a**. Disponível em: <<http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=anp:10.1048/enu>>. Acesso em: 7 out. 2017.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e biocombustíveis. **Resolução ANP nº 8, de 30 de janeiro de 2015a**. Disponível em: <[http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll/leg%2Fresolucoes\\_anp%2F2015%2Fjaneiro%2Frap%208%20-%202015.xml](http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll/leg%2Fresolucoes_anp%2F2015%2Fjaneiro%2Frap%208%20-%202015.xml)>. Acesso em: 7 out. 2017.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e biocombustíveis. **Resolução ANP nº 685, de 29 de junho de 2017b**. Disponível em: <[http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll/leg/resolucoes\\_anp/2015/janeiro/rap%208%20-%202015\\_006.htm](http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll/leg/resolucoes_anp/2015/janeiro/rap%208%20-%202015_006.htm)>. Acesso em: 7 out. 2017.

BRASIL. Empresa de Pesquisa Energética. **Apresentação do programa RenovaBio**. Material disponibilizado pela Abiogás no evento IV Fórum do Biogás. Disponível em: <<https://www.abiogas.org.br/area-exclusiva-ivforum>>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. **Portaria nº 563, de 17 de outubro de 2014a**. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/documents/10584/1169554/Portaria+563+de+17-10-2014+Publicada+no+DOU+de+20-10-2014/b94c8052-469f-47ad-a2f7-146a4eec8346>>. Acesso em: 2 out. 2017.

BRASILa. Ministério do Meio Ambiente. **Discussões para a implementação da NDC Brasil**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/ndc-do-brasil>>. Acesso em: 27 set. 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Estudo sobre o potencial de geração de energia a partir de resíduos de saneamento (lixo, esgoto), visando incrementar o uso do biogás como fonte alternativa de energia renovável**. São Paulo: ArcadisTetraplan, 2010b, p. 13-18. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/164/\\_publicacao/164\\_publicacao10012011033\\_201.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/164/_publicacao/164_publicacao10012011033_201.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004b**. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM)>. Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm)>. Acesso em: 27 set. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002**. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10438.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10438.htm)>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004a**. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.848.htm)>. Acesso em: 27 set. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005**. Dispõe sobre a introdução do biodiesel na matriz energética brasileira. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11097.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11097.htm)>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010a**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-010/2010/lei/l12305.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.490, de 16 de setembro de 2011**. Altera a Lei nº 9.478 de 06 de agosto de 1997, dentre outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12490.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12490.htm)>. Acesso em: 20 set. 2017.

CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (CCEE). **Aprimorado o cálculo do desconto na energia incentivada**. Disponível em: <[https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/noticias-opiniao/noticias/noticia leitura?contentid=CCEE\\_179615&\\_afLoop=565579769037675#!%40%40%3Fcontentid%3DCCEE\\_179615%26\\_afrLoop%3D565579769037675%26\\_adf.ctrl-state%3D7ryb9ruol\\_4](https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticias-opiniao/noticias/noticia leitura?contentid=CCEE_179615&_afLoop=565579769037675#!%40%40%3Fcontentid%3DCCEE_179615%26_afrLoop%3D565579769037675%26_adf.ctrl-state%3D7ryb9ruol_4)>. Acesso em: 30 set. 2017.

CENTRAIS ELÉTRICAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (CELESC). **O mercado de energia**. Disponível em: <<http://www.celesc.com.br/portal/index.php/celesc-geracao/comercializacao/o-mercado-de-energia>>. Acesso em: 26 set. 2017.

CHAVES, Maria Cecília de Carvalho; GOMES, Carlos Francisco Simões. Avaliação de biocombustíveis utilizando o apoio multicritério à decisão. **Prod.**, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 495-507, set. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-65132014000300001&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65132014000300001&lng=pt&nrm=iso)>. Acessos em 31 out. 2017. Epub 02-Jul-2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-65132013005000035>>. Acesso em: 20 set. 2017.

CIBILOGÁS ENERGIAS RENOVÁVEIS. **Mobilidade a biometano**: mobilidade e redução de custos para a agroindústria. Disponível em: <[https://cibiogas.org/mobilidade\\_biometano](https://cibiogas.org/mobilidade_biometano)>. Acesso em: 13 out. 2017.

COELHO, José Mauro. **Planificação e impacto da participação do biogás e do biometano na matriz energética**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 17 out. 2017. Palestra proferida no IV Fórum do Biogás, organizado pela Associação Brasileira de Biogás e Biometano, nos dias 17 e 18 de Outubro de 2017.

EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA (EMBRAPA). **Agricultura de Baixo Carbono**: Brasil apresenta na COP 22 produção agrícola com preservação ambiental e mitigação de CO<sub>2</sub>. 16 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noti>>

cia/18209123/brasil-apresenta-na-cop22-producao-agricola-com-preservacao-ambiental-e-mitigacao-de-co2?link=agencia>. Acesso em: 27 ago. 2017.

EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUARIA (EMBRAPA). **Fabricação de biofertilizante**. Disponível em: <<https://www.embrapa.br/amazonia-ocidental/busca-de-produtos-processos-e-servicos/-/produto-servico/804/fabricacao-de-biofertilizante>>. Acesso em: 17 set. 2017.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA E MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA (EPE). **Balço energético nacional 2017: relatório ano base 2016**. Disponível em: <[https://ben.epe.gov.br/downloads/S%C3%ADntese%20do%20Relat%C3%B3rio%20Final\\_2017\\_Web.pdf](https://ben.epe.gov.br/downloads/S%C3%ADntese%20do%20Relat%C3%B3rio%20Final_2017_Web.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2017.

FOSTER-CARNEIRO, T.; ISAAC, R. L.; PÉREZ, M. Gerenciamento de resíduos sólidos com alta carga orgânica na Europa e no Brasil. Simpósio Internacional sobre Gerenciamento de Resíduos Agropecuários e Agroindustriais. **Anais...** 2, mar. 2011. Disponível em: <<http://www.sbera.org.br/2sigera/lista.php?lang=br&tp=tr&sess=geragro>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

GOMES, Elson Costa *et al.* **Guia técnico sobre geração distribuída de energia elétrica por biogás em ETEs**. Brasília: Ministério das Cidades, 2016, livro 3: Estações de Tratamento de Esgoto. Disponível em: <[http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/probiogas/giz\\_guiatecnico\\_ETE.pdf](http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/probiogas/giz_guiatecnico_ETE.pdf)>. Acesso em: 29 set. 2017.

GOMIDE, Ricardo Borges. **Introdução ao programa RenovaBio**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 17 out. 2017. Palestra proferida no IV Fórum do Biogás, organizado pela Associação Brasileira de Biogás e Biometano, nos dias 17 e 18 de Outubro de 2017.

GUERREIRO, Amílcar. **Biogás e o novo marco legal do setor elétrico brasileiro**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 18 out. 2017. Palestra proferida no IV Fórum do Biogás, organizado pela Associação Brasileira de Biogás e Biometano, nos dias 17 e 18 de Outubro de 2017.

GUETTER, A. S. S. **Avanços do biogás no Estado do Paraná**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 17 out. 2017. Palestra proferida no IV Fórum do Biogás, organizado pela Associação Brasileira de Biogás e Biometano, nos dias 17 e 18 de Outubro de 2017.

KONRAD, Odorico *et al.* **Atlas das biomassas do Rio Grande do Sul para produção de biogás e biometano**. Lajeado: Univates, 2016. Disponível em: <<http://minasenergia.rs.gov.br/mapa-das-biomassas>>. Acesso em: 15 out. 2017.

KROPSCHE, Gabriel. **Avanços do biogás no Brasil**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 17 out. 2017. Palestra proferida no IV Fórum do Biogás, organizado pela Associação Brasileira de Biogás e Biometano, nos dias 17 e 18 de Outubro de 2017.

MENDES, Ana Luiza Souza; PINTO, Míriam de Magdala. Autoprodução e Produção Independente de Energia Elétrica a partir de Fontes Renováveis no Brasil. VI Encontro Nacional e IV Encontro Latino-americano sobre Edificações e Comunidades Sustentáveis. **Anais...** 6, Vitória, set. 2011. Disponível em: <[http://www.elecs2013.ufpr.br/wp-content/uploads/anais/2011/2011\\_artigo\\_031.pdf](http://www.elecs2013.ufpr.br/wp-content/uploads/anais/2011/2011_artigo_031.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2017.

REIS, Lineu Belico dos; FADIGAS, Eliane A. F. Amaral; CARVALHO, Cláudio Elias. **Energia, recursos naturais e a prática do desenvolvimento sustentável**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2012.

RIO DE JANEIRO. Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Nota Técnica nº:**

**157/2014/SBQ/RJ, de 17 de setembro de 2014.** Disponível em: <[www.anp.gov.br/SITE/acao/download/?id=72846](http://www.anp.gov.br/SITE/acao/download/?id=72846)>. Acesso em: 18 set. 2017.

RIO DE JANEIRO. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e biocombustíveis. **Nota Técnica n° 132/2013/-SBQ-RJ, de 8 de outubro de 2013.** Disponível em: <[www.anp.gov.br/SITE/acao/download/?id=72845](http://www.anp.gov.br/SITE/acao/download/?id=72845)>. Acesso em: 7 out. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Governo do Estado do Rio Grande do Sul. **Lei n° 14.864, de 11 de maio de 2016.** Institui a Política Estadual do Biometano, o Programa Gaúcho de Incentivo à Geração e Utilização de Biometano – RS-GÁS – e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid\\_Tipo=TEXTO&Hid\\_TodasNormas=63057&hTexto=&Hid\\_ID-Norma=63057](http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=63057&hTexto=&Hid_ID-Norma=63057)>. Acesso em 9 out. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Minas e Energia. **SulGás prepara lançamento de chamada pública para aquisição de biometano.** 10 fev. 2017. Disponível em: <[http://www.rs.gov.br/conteudo/253689/sulgas-prepara-lancamento-de-chamada-publica-para-aquisicao-de-biometano/termosbusca=\\*](http://www.rs.gov.br/conteudo/253689/sulgas-prepara-lancamento-de-chamada-publica-para-aquisicao-de-biometano/termosbusca=*)>. Acesso em: 10 out. 2017.

RODRIGUES, Flávia Francesca Capano. **Programação da contratação de energia considerando geração distribuída no novo modelo do setor elétrico brasileiro.** 2006, 183 f. Dissertação (Mestrado em Ciências em Engenharia Elétrica) -Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2006. Disponível em: <<http://www.pee.ufrj.br/index.php/pt/producao-academica/dissertacoes-de-mestrado/2006-1/2006032301-2006032301/file>>. Acesso em: 29 set. 2017.

RODRIGUES, Robson. **Santa Catarina formula seu Marco Legal do Biogás.** Disponível em: <<http://www.scrural.sc.gov.br/?p=19583>>. Acesso em: 9 out. 2017.

SAMPAIO, Pietro. **Regulamentação da injeção de biometano na rede.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 17 out. 2017. Palestra proferida no IV Fórum do Biogás, organizado pela Associação Brasileira de Biogás e Biometano, nos dias 17 e 18 de Outubro de 2017.

SILVA, Leandro Barros. **Visão das distribuidoras sobre o RenovaBio.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 17 out. 2017. Palestra proferida no IV Fórum do Biogás, organizado pela Associação Brasileira de Biogás e Biometano, nos dias 17 e 18 de Outubro de 2017.

TANCREDI, Márcio; ABBUD, Omar Alves. Por que o Brasil está trocando as hidrelétricas e seus reservatórios por energia mais cara e poluente? **Núcleo de estudos e pesquisa do Senado:** textos para discussão 128, maio 2013. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudo/s/textos-para-discussao/td-128-por-que-o-brasil-esta-trocando-as-hidreletricas-e-seus-reservatorios-por-energia-mais-cara-e-poluente>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

# **A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS EM DECORRÊNCIA DE DANO AMBIENTAL**

## **Gabriel Mateus Sesterheim da Silva**

Graduado em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: [sesterheim.gabriel@gmail.com](mailto:sesterheim.gabriel@gmail.com).

## **Bárbara Raquel de Azeredo da Silva**

Mestre em Direito pela  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos.  
Professora na Universidade Feevale.  
E-mail: [barbarar@feevale.br](mailto:barbarar@feevale.br).

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende um estudo das regras e princípios que compõem o Direito Ambiental brasileiro, capazes de fundamentar a concessão da inversão do ônus da prova pelo juízo, bem como das implicações processuais advindas de tal prática. O problema de pesquisa, portanto, objetiva examinar as regras processuais que permitem a aplicação da inversão do ônus da prova nas lides ambientais, bem como verificar se existem limites positivados no texto legal que fujam da esfera interpretativa do magistrado para conceder ou negar a aplicação do referido instituto.

O estudo desse tema justifica-se devido às controvérsias que o mesmo representa ao Direito Ambiental, não existindo diretrizes legais, nem mesmo jurisprudência pacificada, a respeito da aplicação da inversão do ônus da prova e suas consequências nos trâmites de uma Ação Civil Pública. Ficando na esfera interpretativa do juízo no caso concreto a sua aplicação ou não.

A matéria em análise se mostra de grande valia para a sociedade como um todo, uma vez que discute mecanismos processuais que visam à proteção e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e futuras, bem como a responsabilização de agentes causadores de dano ambiental.

A fim de responder os problemas verificados, o primeiro capítulo discorrerá sobre os princípios ambientais da Prevenção e da Precaução e sua importância na interpretação das normas no Direito Ambiental contemporâneo. Já o segundo capítulo analisa a Ação Civil Pública ambiental, a distribuição dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015, bem como a inversão do ônus da prova nas lides ambientais, demonstrando como está sendo abordado o tema no Estado do Rio Grande do Sul.

## 2 PROVA E ÔNUS DA PROVA NO DANO AMBIENTAL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, assegura a todos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, classificando-o como um bem de uso de todos e essencial à sadia qualidade de vida. Entretanto, essa evolução da preocupação ambiental na sociedade contemporânea, culminada em uma sociedade de risco, proporcionava dificuldades ao Poder Judiciário na resolução de conflitos e no contorno de situações ensejadoras de divergência em matéria ambiental, especialmente quanto à adoção de instrumentos eficazes na proteção dos recursos naturais, agora sabidamente finitos (CARVALHO, 2013), tendo como instrumento um código regulador da tutela de interesses claramente individuais, o Código de Processo Civil (MIRRA, 2004).

O Direito pátrio visando acompanhar essa constante evolução social buscou ampliar nas últimas décadas, de maneira significativa, seu leque de recursos para a proteção desse novo grupo emergido de direitos, os metaindividuais, dos quais o meio ambiente faz parte (ABELHA, 2004). E uma eficiente ferramenta criada para a proteção do meio ambiente em juízo tem sido a Ação Civil Pública Ambiental, regida pela Lei Federal n° 7.347/1985, a qual viu sua aplicação potencializada com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n° 8.078/1990), especialmente em seu artigo 6°, inciso VIII, o qual permitiu a inversão do ônus probatório nos casos de dano ambiental frente à complexidade de comprovação do mesmo (MIRRA, 2004).

Contudo, a simples positivação da preocupação Estatal com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, realizada através da Carta Magna e disciplinada em leis posteriores, não se mostrou base suficiente para a correta aplicabilidade da norma jurídica, muito devido às peculiaridades existentes nesse novo ramo do Direito, estreitamente ligado à ciência e aos avanços tecnológicos, cuja aplicabilidade é diretamente voltada para situações sociais concretas, as quais sofrem profundas modificações em curtos períodos de tempo. Dessa forma, mesmo que houvesse um grande crescimento da produção legislativa pátria tratando dos avanços da matéria ambiental, o mesmo não seria capaz de atender a toda a demanda originada das situações novas possíveis, as quais surgem com demasiada velocidade, acompanhando o avanço tecnológico e social (ANTUNES, 2014).

Por essa razão, a legislação por si só encontra dificuldades em conceituar de forma clara o cerne do dano ambiental e em como identificar o responsável pelo dano (MILARÉ, 2015), fazendo-se necessária, para tentar sanar as dificuldades acima apontadas, a existência de princípios norteadores do Direito Ambiental nativo. Tudo isto na intenção de proteger o meio ambiente contra situações nas quais as ações praticadas, embora causadoras de dano, não se enquadrem de forma direta aos dispositivos legais existentes ou que ainda não tenham sido objeto de legislação específica (ANTUNES, 2014).

A união dos princípios com as normas ambientais existentes permitiu uma maior sensação de proteção ao equilíbrio do meio ambiente, uma vez que torna possível a aplicação de dispositivos legais já existentes a criações sociais posteriores, desde que em essência semelhantes, devido à aplicação dos princípios do Direito Ambiental no caso concreto, buscando um equilíbrio harmônico entre o homem e a natureza (MILARÉ, 2015).

Embora não raro sejam utilizados como sinônimos por juristas e aplicadores do Direito, os Princípios da Prevenção e da Precaução não se confundem, possuindo

diferenças no mínimo semânticas como, acertadamente, definido por Milaré (2015, p. 263):

Com efeito, há cambiantes semânticos entre essas expressões, ao menos no que se refere à etimologia. Prevenção é substantivo do verbo prevenir (do latim *prae* = antes e *venire* = vir, chegar), e significa ato ou efeito de antecipar-se, chegar antes; induz uma conotação de generalidade, simples antecipação no tempo, é verdade, mas com o intuito conhecido. Precaução é substantivo do verbo precaver-se (do latim *prae* = antes e *cavere* = tomar cuidado), e sugere cuidados antecipados com o desconhecido, cautela para que uma atitude ou ação não venha a concretizar-se ou a resultar em efeitos indesejáveis.

Há quem defenda, como Fiorillo (2011), que outra diferenciação possível seja que o Princípio da Prevenção possui uma raiz constitucional ao passo que o Princípio da Precaução possui fundamento em normas infraconstitucionais.

O Princípio da Prevenção, assim como o Direito Ambiental em si, visa, principalmente, o momento anterior à ocorrência do dano, busca a compreensão de possíveis situações ensejadoras de dano ambiental, para sua valoração e coibição de sua ocorrência, caso necessário. Busca, em suma, impedir a ocorrência do dano ambiental (MILARÉ, 2016). Nas palavras de Antunes (2014, p. 48), o Princípio da Prevenção “aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis”.

A importância deste princípio para a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado é clara, uma vez que nem sempre se é possível trazer o ambiente de volta ao “*status quo ante*”, nem todo dano ambiental permite a reparação “*in natura*” do mesmo, da mesma forma que não se pode recuperar uma espécie animal/vegetal que fora extinta (FIORILLO, 2011, p. 117).

Contudo, importante ressaltar que, embora o Princípio da Prevenção busque a prevenção de danos ambientais, não significa que o mesmo deva ser aplicado de forma absoluta pelo Estado, uma vez que tal atitude praticamente inviabilizaria a atividade empresarial, pois é própria da exploração de algumas atividades a geração de algum tipo de dano ao ambiente. Devendo, por outro lado, ser utilizado para minimizar os possíveis danos e avaliar as vantagens do funcionamento daquele empreendimento (ANTUNES, 2014).

O Princípio da Precaução, por outro lado, pode ser visto como uma ponderação necessária frente à exploração de determinadas atividades que, embora seu resultado seja desconhecido ou cientificamente ainda não comprovado, devido ao conhecimento científico já existente, mostra-se razoável considerá-la uma atividade potencialmente causadora de algum dano ambiental (MILARÉ, 2015).

Tal Princípio é um acautelamento frente a atividades desenvolvidas cujo resultado ainda é incerto, mas que por uma questão de prudência ou, frente a situações similares e experiências anteriores, permite pressupor que os resultados dali advindos, até provas em contrário, sejam prejudiciais ao meio ambiente (ANTUNES, 2014).

Embora tais princípios não possuam a faculdade de, por si só, impedir de forma concreta a ocorrência do dano ambiental, proporcionam ao juízo a possibilidade de alguns mecanismos que facilitam a comprovação do possível dano ambiental e a tomada de decisão do magistrado, possibilitando, por exemplo, a inversão do ônus da prova e a distribuição dinâmica da prova, a fim de auxiliar o magistrado na apuração das provas e consequentemente na aplicação da norma (MARCHESAN, STEIGLEDER; CAPPELLI, 2008).

Já com relação ao dano ambiental, importante mencionar que a legislação brasileira não conceituou o dano ambiental, ficando este papel para os doutrinadores. Milaré (2015, p. 319) classifica o dano ambiental como:

Toda interferência antrópica infligida ao patrimônio ambiental (natural, cultural, artificial), capaz de desencadear, imediata ou potencialmente, perturbações desfavoráveis (*in pejus*) ao equilíbrio ecológico, à sadia qualidade de vida ou a quaisquer outros valores coletivos ou de pessoas.

Leite e Ayala (2012, p. 73-92) seguem linha semelhante, referindo que independente do “conceito que se deseja adotar, o meio ambiente engloba, sem dúvida, o homem e a natureza, com todos os seus elementos”, sendo o dano ambiental alguma alteração indesejável desse meio ambiente, realizada por um terceiro, englobando ainda o efeito que tal alteração causaria nas pessoas em contato com a degradação e em seus interesses.

O emprego da terminologia dano ambiental, contudo, não serve somente para se referir aos danos causados à natureza, mas também àqueles causados ao meio ambiente cultural e artificial, sendo o meio ambiente um bem jurídico de interesse múltiplo, integrado por elementos naturais, artificiais e culturais de um determinado povo (MIRRA, 2004). Mais do que isso, a despeito do fato do dano ambiental ser um dano que recaia sempre sobre o meio ambiente em prejuízo de toda uma coletividade, nada impede que esse mesmo dano acarrete prejuízos materiais ou morais, de forma mais direta, a um grupo determinado ou determinável de pessoas, causando a estes, além dos prejuízos coletivos em razão do dano ao meio ambiente, prejuízos particulares (MILARÉ, 2015).

Assim, tem-se que os efeitos do dano ambiental podem ter repercussões coletivas (difusas) ou individuais (particulares), devido às diferentes formas de contato com o dano (LEITE E AYALA, 2012).

A principal forma de reparação do meio ambiente degradado acaba sendo a recuperação da área, tornando-se a indenização pecuniária aplicável tão somente quando a recuperação não for possível, por algum motivo, sobre o todo ou sobre parte do todo que não seja possível a recuperação "*in natura*", ou no caso do dano ambiental moral (LEITE; AYALA, 2012, p. 206-207).

Carvalho (2013) acrescenta, ainda, que o próprio poder público pode vir a sofrer danos em seu patrimônio em decorrência de algum dano ambiental, contudo, embora os particulares possam sofrer danos nas esferas patrimoniais e extrapatrimoniais, o poder público pode, tão somente, vir a sofrer danos patrimoniais.

Em que pese às dificuldades encontradas, tanto pelo legislador como pelo doutrinador, em caracterizar o dano ambiental, conforme analisado, a comprovação da ocorrência do dano é pressuposto necessário para a caracterização do dever de reparação do mesmo. Não há o que se falar em dever de reparar um dano sem que ocorra a comprovação da ocorrência deste dano, isto é, não há reparação sem dano (LEITE E AYALA, 2012). A responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente é objetiva, bastando para a responsabilização do poluidor tão somente a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta lesiva do responsável pelo dano e o dano ambiental, independentemente da existência ou não de dolo ou culpa (FIORILLO, 2011).

Para autores como Sirvinskias (2013) o dano ambiental no Direito pátrio compreende não somente a responsabilidade objetiva do mesmo, como também adota a "teoria do risco integral", a qual compreende que o causador do dano não só é responsável pelo dano, independentemente de dolo ou culpa, como também é responsável a reparar integralmente o dano por ele causado.

Para Milaré, essa adoção da "teoria do risco integral" facilita a correta reparação do dano, repercutindo na proteção do meio ambiente equilibrado, uma vez que torna desnecessária a investigação da culpa do causador do dano, bem como torna irrelevante para a responsabilização se o dano teve origem em uma atitude ilícita ou não, afastando, assim, possíveis excludentes de ilicitude que por ventura fossem suscitadas (MILARÉ, 2015, p. 434-435).

Também impera no Direito Ambiental pátrio a responsabilidade solidária dos causadores do dano em que, havendo mais de um responsável pelo dano causado, existe uma solidariedade passiva na reparação do dano, facilitando a reparação do mesmo, muito devido a já comentada dificuldade em se caracterizar um dano ambiental (SIRVINSKAS, 2013). Essa difícil caracterização do dano no fato concreto e a posterior ligação de causalidade entre o dano gerado e a conduta lesiva do poluidor são realizadas através da produção de provas (CARVALHO, 2013).

Sabe-se que o artigo 225, §3º, da Constituição Federal prevê a chamada "*tríplice responsabilidade do poluidor*". Essa tríplice responsabilidade nada mais é do que a possibilidade de o causador do dano responder penal, administrativa e civilmente quando da realização de uma prática que acarrete um dano ao meio ambiente (FIORILLO, 2011, p. 129).

O artigo 372 do Código de Processo Civil vigente também prevê essa possibilidade, devendo, para tanto, que a prova do dano ambiental originalmente criada em outro processo (administrativo, penal, ou mesmo outra ação cível) seja transportada para o segundo processo de forma documental. Devendo, segundo Wambier e Talamini (2015, p. 567-568), ser observadas algumas peculiaridades:

(a) tenha sido validamente produzida, no processo de origem, (b) a parte contra a qual ela vai ser usada tenha podido participar, em regime de contraditório, do processo de origem e (c) seja submetida ao crivo do contraditório, no processo para o qual é trazida.

Elemento probatório geralmente presente na comprovação do dano ambiental quando da propositura de uma Ação Civil Pública, o inquérito civil (procedimento administrativo – extrajudicial) vinculado à atuação do Ministério Público funciona como um dos principais meios de prova da ocorrência de um dano ao meio ambiente (MIRRA, 2004). Tanto é assim que Milaré (2015) afirma que a natureza inquisitória do inquérito civil, o qual não se submete ao princípio da ampla defesa, não lhe impede de embasar a pretensão Ministerial, podendo servir de prova em uma Ação Civil Pública, devido às informações ali presentes estarem sujeitas a posterior contraditório e apreciação do magistrado.

Como se considera utópico alcançar a verdade real do fato através do processo, o juiz encontra na prova uma forma de aumentar a probabilidade de acerto quando dá sentença (MARINONI; ARENHART, 2011). Isso acontece de forma especial frente aos casos de dano ambiental, cuja prova é sempre complexa e, na maioria das vezes, dependente de perícias de diversos ramos da ciência para sua apuração e quantificação (MIRRA, 2004).

Devido a esta complexidade, a prova pericial é certamente o meio de prova mais utilizado para a comprovação do dano ambiental (MIRRA, 2001). O perito, nesse caso, busca embasar a convicção do juízo a partir dos estudos realizados no caso em concreto, tendo por base seus conhecimentos técnicos naquela área em específico (WAMBIER; TALAMINI, 2015).

Quatro são as fases em que se dividem o procedimento probatório no processo civil: a) o requerimento da prova pela parte; b) a admissão ou não da mesma pelo juiz;

c) a produção da prova; e d) a valoração pelo juiz da prova produzida (MARINONI E ARENHART, 2011).

O principal objetivo nessa fase processual é munir o magistrado de informações relevantes ao seu interesse no processo, na intenção de proporcionar um convencimento do mesmo sobre o caso concreto, uma vez que, em matéria ambiental, o juiz deverá decidir de acordo com seu livre convencimento motivado, motivo pelo qual a produção probatória tem fundamental importância (FIORILLO, 2011).

Conforme já mencionado, o Direito Ambiental brasileiro adota a teoria do risco integral (SIRVINSKAS, 2013), a responsabilidade civil objetiva (FIORILLO, 2011), bem como a responsabilidade civil solidária (SIRVINSKAS, 2013) para causadores de danos ao meio ambiente, dispondo em juízo de todos os meios de prova em Direito admitidas para a comprovação e quantificação do dano ambiental, visando à responsabilização dos autores da degradação ambiental.

Entretanto, todas essas ferramentas possíveis para a caracterização do dano ambiental e posterior punição do poluidor não se mostraram suficientes frente à complexidade da comprovação da ocorrência do dano em juízo, bem como sua posterior quantificação, dificultando a punição dos agentes causadores do dano (CARVALHO, 2008). Essa dificuldade em comprovar o dano tem tornado a ligação entre o dano ambiental e o agente imputável (nexo causal) como o principal empecilho para o êxito de uma Ação Civil Pública, tendo em vista “que qualquer vínculo une dois ou mais segmentos (causa e efeito), quando se pensa em responsabilidade civil ambiental pode-se dizer que tão difícil quanto estabelecer *abstratamente* esse liame [...] é comprová-lo dentro do processo” (ABELHA, 2004, p. 212).

Ou seja, não obstante a imensa dificuldade em identificar um dano ambiental e sua extensão, comprová-lo no processo, é preciso comprovar a participação do agente imputado, bem como definir a extensão da participação do mesmo para a ocorrência do dano (CARVALHO, 2008). E essa dificuldade em comprovar o nexo de causalidade, muitas vezes beneficia o agente sabidamente poluidor, o qual se posiciona no processo como um mero espectador da tentativa de comprovação do dano realizado pela parte autora, não raramente sem obter sucesso (ABELHA, 2004).

Devido a isso, o legislador procurou criar meios de instruir mais adequadamente o processo, forçando ambas as partes a agirem de forma mais colaborativa, no intuito de oferecer ao juiz um repertório de provas mais adequado a sanar as dúvidas oriundas da lide, a fim de fundamentar sua decisão (MIRRA, 2004), pois o causador do dano possui melhores condições de comprovar seu grau de responsabilidade frente a um episódio de dano ambiental, desnecessário, assim, obrigar que o autor da ação se esmere na tentativa de produzir provas em muitos casos impossíveis (CARVALHO, 2008).

O ônus de provar da parte vai de encontro ao interesse que essa mesma parte possui no processo. Provando a questão que lhe incumbe, ela obtém uma vantagem ou, ao menos, afasta uma possível desvantagem, em contrapartida, não provando, passa a arcar com o ônus da dúvida daquela prova (WAMBIER; TALAMINI).

O ônus da prova é de fundamental importância para o convencimento do juiz, especialmente nos casos em que não existem nos autos provas de determinado fato, considerando que a prova não pertence à parte e sim ao processo. Estando a respectiva prova nos autos, o juiz deve extrair dela as consequências jurídicas que a mesma acarreta, independentemente da parte que lhe juntou, contudo, não existindo essa prova, é de fundamental importância que o sistema apresente soluções para a resolução do conflito, impondo à parte o dever de comprovar determinado fato controverso (WAMBIER; TALAMINI, 2015).

Cabe lembrar que a tutela dos bens coletivos, dos quais o meio ambiente natural faz parte, conforme já exposto, possui supedâneo em especial na Lei da Ação Civil Pública (Lei n° 7.347/1985) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n° 8.078/1990), os quais possuem uma maior flexibilização do ônus probatório, devido principalmente a sua jurisdição coletiva (FIORILLO, 2011).

Bem verdade que o Código de Processo Civil vigente, em seu artigo 373, §1°, também contempla o que a doutrina chama de distribuição dinâmica do ônus da prova, abrangendo a possibilidade de inversão do ônus probatório a todos os processos que, na visão do magistrado, comportem tal possibilidade, e não somente nas ações de cunho coletivo, o que ampliou a possibilidade de discussão e aplicação da distribuição dinâmica aos processos ambientais (ASSIS, 2015).

Percebe-se que a comprovação do dano ambiental na Ação Civil Pública é realizada através dos meios de prova dispostos nos artigos 385 a 369 do Código de Processo Civil, o qual é utilizado de forma subsidiária, bem como da apuração ocorrida no inquérito civil oriundo de investigação do Ministério Público. Porém, quando as provas produzidas durante a instrução do processo são insuficientes para a formação do convencimento do juízo, o ônus da prova surge como forma de responsabilizar pela dúvida aquele que devia ter apresentado determinada prova, mas não o fez.

A inversão do ônus da prova vem intervir nesse ônus probatório aparentemente estático, trazendo uma possibilidade particular de apreciação da prova pelo juízo, conforme abordar-se-á no capítulo seguinte.

### **3 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO AMBIENTAL**

Essencial à tutela dos direitos difusos e coletivos, a Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal n° 7.347/1985) trouxe uma série de inovações às concepções tradicionais do Direito Processual Civil pátrio, apresentando uma forma de tratamento diferenciada para as ações de cunho coletivo, fomentando o acesso à Justiça para a defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos (MIRRA, 2004).

A Lei da Ação Civil Pública germina do amadurecimento social e da necessidade de proteção de uma nova forma emergida de direito, que não poderia de forma clara ser classificado como privado ou público, uma forma de direito “que pertencia a todos e a cada um ao mesmo tempo”, dando origem aos chamados direitos difusos e coletivos, essenciais à proteção do meio ambiente (SIRVINSKAS, 2013, p. 889).

De acordo com o entendimento de Abelha (2004), a Ação Civil Pública tem origem na Ação Popular (Lei Federal n° 4.717/1965), a qual, embora pioneira na defesa dos interesses metaindividuais no ordenamento jurídico pátrio, carecia de problemas crônicos, em especial quanto a sua legitimidade ativa, a qual competia ao cidadão comum, parte geralmente hipossuficiente (técnica e economicamente), bem como quanto ao objeto da referida ação, extremamente limitado e superado nos dias atuais (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, 2008).

Outro impeditivo era o fato da falta de mobilização dos indivíduos para, isoladamente, fazerem valer o direito de proteção do meio ambiente. Em outras palavras, era improvável que o cidadão comum ingressasse sozinho em complexas batalhas judiciais, dispondo de recursos e tempo próprios, para a defesa de interesses coletivos que não lhe trariam vantagens particulares de ordem econômica ao final da demanda (MIRRA, 2004).

Um dos principais avanços da Lei da Ação Civil Pública diz respeito à legitimidade ativa da mesma (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, 2008). São legitimados para propor a ação, de acordo com o artigo 5° da Lei da Ação Civil Pública, concorrentemente, I – o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e V – a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (redação alterada pela Lei n° 11.448/2007) (SIRVINSKAS, 2013, p. 892).

Essa legitimação é concorrente, podendo cada legitimado ingressar com a ação de forma isolada, não necessitando da anuência dos demais, devendo, para tanto,

buscar a proteção ambiental, possuindo todos os legitimados importante papel na defesa do meio ambiente (MILARÉ, 2015).

Outra lei com incalculável importância para a proteção do meio ambiente foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1990), o qual regulamentou a tutela em juízo dos direitos difusos e coletivos do consumidor, em seus artigos 81 a 104, sendo utilizado de forma direta pela Lei da Ação Civil Pública (FIORILLO, 2011), conforme disciplina seu artigo 21.<sup>1</sup>

Como visto anteriormente, no processo civil clássico o ônus da prova é uma forma de tornar previsível a decisão do juízo no caso de uma instrução incompleta, recaíndo a responsabilização pela não apresentação de uma prova à parte que não se desincumbiu do dever de apresentar a mesma, independentemente da vontade desta em apresentar a referida prova ou não.

Isso ocorre porque o processo civil clássico não se preocupa se a parte incumbida em apresentar uma referida prova possuía meios de produzi-la, devendo, no entanto, a parte arcar com o ônus extraído da não apresentação da mesma. Contudo, o processo civil moderno tem apresentado adequações ao ônus de provar imposto a cada parte, utilizando de mecanismos idealizados visando à facilitação da produção da prova e flexibilizando, em casos específicos, o ônus desta (ASSIS, 2015).

Com bases esculpidas no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, originou-se a possibilidade de inversão do ônus da prova no processo civil brasileiro, em caso de hipossuficiência da parte (o consumidor) e no caso de verossimilhança da alegação do mesmo (MARINONI; ARENHART, 2011).

Neste momento, importante demonstrar tão somente que essa inversão do ônus da prova nada mais é que uma modificação da regra geral da prova, onde em decorrência de meios processuais ocorre uma transferência da obrigação de provar da parte que originalmente teria esse encargo para a outra parte devido alguma peculiaridade do processo (THEODORO JÚNIOR, 2011).

Estas mudanças de paradigma originadas pelo processo civil social representaram mudanças significativas nos trâmites processuais contemporâneos, apresentando, inclusive, a possibilidade de atribuição pelo juízo do ônus da prova conforme as especificidades do caso concreto, “independentemente da posição processual ocupada pela parte, e visando à facilitação da prova” a ser produzida (ASSIS, 2015, p. 203).

<sup>1</sup> Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

A exceção prevista no §1º do artigo 373 do Código de Processo Civil vigente tem sido bem recebida pela maior parte da doutrina, a qual entende que o fato de adaptar o procedimento às peculiaridades do processo tende a resultar em uma decisão mais próxima da realidade do fato investigado, podendo contribuir para a criação de um processo civil mais cooperativo e igualitário (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2014).

Outro fator apontado pela doutrina encontra-se na concessão de maiores poderes de gestão atribuídos ao magistrado, na medida em que incumbe a ele avaliar qual das partes possui melhores condições de produzir as provas necessárias para a elucidação do caso concreto (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2014).

Contudo, essa liberdade acentuada outorgada ao magistrado para a distribuição do ônus probatório casuisticamente também tem recebido críticas doutrinárias. Assis (2015) aponta para o risco à segurança jurídica advinda deste instituto, uma vez que torna mais flexível a atuação do julgador, não condicionando este a determinados parâmetros legais, podendo transformá-lo no “führer” do processo.

O fato é que o legislador se preocupou em tentar frear o poder discricionário do juiz impondo condições necessárias para a concessão da distribuição dinâmica probatória, como a decisão fundamentada dos motivos que levaram o magistrado a conceder tal benefício. Não podendo, ainda, tal benefício acarretar um prejuízo excessivo à parte que for incumbida de produzir determinada prova mesmo sendo incapaz de produzi-la, presente no §2º do referido artigo (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Para Assis (2015), no entanto, o intuito princípio da distribuição dinâmica do ônus probatório não visa facilitar a produção de provas, e sim favorecer a uma das partes que, “segundo o critério fixo e prévio, não lograria êxito”, ocultando premissas ideológicas e incompatíveis com a segurança jurídica necessária ao processo.

Visando minimizar o prejuízo da parte a qual foi imposta um ônus que anteriormente não lhe pertencia, o próprio Código de Processo Civil apresenta alguns mecanismos para a regulamentação dessa inversão probatória. Isso porque qualquer modificação do ônus “*probandi*” pode acarretar prejuízo à parte. Por essa razão, a mesma deve estar ciente da inovação judicial e de seus encargos probatórios, por meio de intimação com prazo razoável para que apresente defesa, visando se desobrigar de tal encargo (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 912-913).

Mais do que isso, a parte deve ser capaz de produzir a prova a ela imposta, não fazendo sentido inverter o ônus probatório das partes visando somente alterar o prejuízo de uma delas causado por um fato sabidamente impossível de ser comprovado. Para Assis (2015), a distribuição dinâmica do ônus da prova deve, em suma, ser utilizado somente quando a parte desobrigada de comprovar tal fato possua todos os meios necessários para comprová-lo, a despeito da outra parte, devendo lhe ser

concedido prazo razoável para o contraditório, no caso de impossibilidade de produzi-las.

No mesmo sentido, entende-se quando a inversão do ônus probatório implicar na produção de prova negativa impossível, ou seja, aquela que a parte incumbida deve provar a não ocorrência de determinado fato de difícil comprovação. No entanto, nem toda prova negativa é diabólica, sendo possível, em muitos casos, a inversão do ônus da prova, mesmo quando implique comprovar fatos negativos, ficando a aplicação deste recurso a critério do juízo no caso a caso (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2014).

Mas qual seria o momento oportuno para que seja distribuído pelo juízo o ônus probatório pertinente a cada parte?

O Código de Processo Civil de 2015 trata de esclarecer, em seu artigo 357, inciso III, atribuindo que cabe ao juiz quando da decisão de saneamento do processo definir a distribuição do ônus da prova. Não que esse momento seja o único, uma vez que pode o juiz a qualquer momento, a requerimento das partes ou por iniciativa própria, manifestar quanto ao ônus probatório, contudo esse seria o último momento, uma vez que é direito das partes ingressarem na fase probatória ciente dos seus deveres:

Não há a menor dúvida que a distribuição dinâmica do ônus da prova há de se realizar, *in extemis*, no início da instrução, precisamente na decisão de saneamento e de organização do processo (art. 357, III).

Nada impede de o juiz, ao primeiro contato com a inicial, verificar a configuração dos requisitos legais e, desde logo, advertir quanto à inversão ônus, propiciando a mais ampla defesa ao réu em nome do princípio da cooperação (ASSIS, 2015, p. 209-210).

Prova da importância do posicionamento do juízo frente à distribuição do ônus probatório logo em um primeiro momento decorre do fato de que, durante o diálogo das partes em contraditório, a tal decisão interlocutória pode restar comprovada que um fato, que no entendimento do juiz podia ser facilmente provado por uma das partes, não é tão simples assim como este supôs, podendo causar prejuízos a esta se não corrigido (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2014).

Em que pese o Código de Processo Civil atual tenha apresentado de forma literal a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil clássico (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 902), este instituto processual já vinha sendo utilizado amplamente nas causas consumeristas (HOLTHAUSEN, 2006) e, em especial, nas causas ambientais (SIRVINSKAS, 2013), as quais possuem peculiaridades intrínsecas à matéria, merecendo uma abordagem um pouco mais aprofundada da aplicação deste instituto.

Diferente do processo civil individual, o qual somente após o Código de Processo Civil de 2015 passou a conter expressamente um mecanismo que permitisse uma variação à regra estática de distribuição do ônus da prova nas causas cíveis convencionais (THEODORO JÚNIOR, 2016), as lides ambientais já possuem essa possibilidade, ao menos em tese, desde a entrada em vigor do artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal n° 7.347/1985) combinado com o artigo 6°, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n° 8.078/1990) (MIRRA, 2004).

No entanto, se nas lides cíveis individuais o motivo autorizador da distribuição dinâmica do ônus probatório previsto pelo legislador está na maior facilidade de produzir a prova pela parte que, regra geral, era desobrigada da apresentação da mesma, nas lides ambientais os critérios autorizadores são uma soma dos Princípios ambientais da Prevenção e da Precaução com o artigo 6°, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, 2008). Isso porque os princípios ambientais da Prevenção e especialmente o da Precaução possuem o condão de interferir no ônus probatório da Ação Civil Pública ambiental, uma vez que a aplicação destes implica na necessidade do possível poluidor comprovar a não lesividade da atividade por ele praticada, ao invés da sociedade, representada pelo Ministério Público, comprovar que o ato por ele praticado gerou danos (WEDY, 2017).

Para parte da doutrina, ainda que não existisse o artigo 6°, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, somente com fundamento no Princípio da Precaução seria possível requerer ao juízo a inversão do ônus da prova, uma vez que é obrigação do suposto poluidor (réu) provar que a atividade por ele desempenhada não é danosa nem poluidora (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, 2008).

Contudo, a causa principal da aplicação do Princípio da Precaução como motivador da inversão do ônus probatório na Ação Civil Pública ambiental é semelhante a presente no artigo 373, §1°, do Código de Processo Civil de 2015, qual seja a maior facilidade do réu em ter acesso às provas em detrimento do autor (WEDY, 2017).

Tal entendimento já vinha sendo firmado pelo Superior Tribunal de Justiça com base no Princípio da Precaução, antes mesmo das alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o caso concreto muitas vezes permitia a constatação de que o réu possuía maior facilidade em apresentar as provas necessárias à solução do conflito, em prejuízo do autor que, embora querendo, não possuía condições de apresentá-las (MIRRA, 2017).

Essa decisão encontra aporte no fato do poluidor ter acesso a provas, estudos prévios e uma gama de documentos necessários para o funcionamento daquela atividade (potencialmente poluidora), que lhe permite comprovar o grau de lesividade da mesma, possuir maior conhecimento dos possíveis danos gerados pela atividade

e obter lucro na realização desta, tendo, assim, por óbvio, maiores condições de produzir as provas necessárias para elucidar o caso concreto (WEDY, 2017).

Outro grande motivo autorizador da inversão do ônus da prova no Direito Ambiental é o fato de que o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor prevê a inversão do ônus probatório nos casos de hipossuficiência (técnica ou econômica) da parte autora ou a verossimilhança das alegações apresentadas pelo autor (FIORILLO, 2011).

Nesse sentido, a verossimilhança na alegação descrita no artigo supra referido trata-se das alegações constantes na inicial capazes de evidenciar a provável ocorrência do dano ambiental cuja reparação se pretende, caracterizando uma substituição do critério da certeza pelo da probabilidade, a fim de reparar o dano causado. De forma que, para o autor da demanda, basta a demonstração de maneira concreta da provável ocorrência do dano ambiental para que caiba ao réu a comprovação da não ocorrência desse dano, ocorrendo uma inversão do ônus probatório (MIRRA, 2004).

Já a hipossuficiência prevista no Código de Defesa do Consumidor pode ser tanto a hipossuficiência econômica do autor da ação, incapaz de suportar os custos da produção da prova necessária, quanto a hipossuficiência informativa do mesmo, que se encontra impedido de comprovar a ocorrência do dano por incapacidade técnica. Sendo possível, segundo parte da doutrina, na qual se pode incluir Marchesan, Steigleder e Cappelli (2008), a aplicação da hipossuficiência, tanto econômica como informativa, ainda que o autor da ação seja o Ministério Público, que representa os indetermináveis titulares do interesse ao meio ambiente, reconhecendo-se a hipossuficiência não do "*parquet*" e sim da coletividade por ele representado.

De opinião contrária, Mirra (2004) atenta para o fato do "*parquet*" não ser legitimado para pleitear a hipossuficiência econômica por força do artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública que afasta o adiantamento de custas (inclusive periciais) por parte do Ministério Público, bem como isenta o mesmo do pagamento de sucumbência, frustrando um possível pedido de inversão do ônus da prova por hipossuficiência econômica.

Como crítica à referida disposição legal, encontram-se na doutrina argumentos de que, embora bem-intencionada (devido à condição orçamentária dos órgãos públicos), tal disposição encontra-se fora da realidade concreta, uma vez que, ao afastar o Ministério Público das custas do processo, não aponta solução para o custeio das mesmas (CHAGAS, 2009).

Por essa razão, a impossibilidade do Ministério Público (por força do artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública) em custear as despesas processuais, incluindo os valores periciais, origina uma nova discussão: a inversão do ônus da prova implica na inversão do adiantamento de despesas da prova? Nesse ponto a doutrina encontra-se dividida.

Marschesan, Steigleder e Cappelli (2008) sustentam que a inversão do ônus da prova implica na atribuição do custeio da produção da prova ao demandado, nos casos que este se encontrar em vantagem econômica em comparação ao autor da ação.

De outro entendimento, Milaré (2015) argumenta que o reconhecimento do ônus da prova é regra de julgamento e o custeio antecipado da prova tem relação com o ônus econômico da parte interessada na produção da prova. Assim, se a parte autora requereu a produção de determinada prova pericial na inicial, vindo mais tarde a reiterar tal pedido, não cabe à parte autora pleitear que a ré, agora incumbida do ônus de provar tal fato, arque com as despesas da prova que sequer requereu e que inclusive pode ser contrária ao seu interesse, devendo, contudo, arcar com o ônus da dúvida da não realização da prova.

No entanto, se a inversão do ônus da prova não atinge o dever de custear as provas, como pretende parte da doutrina, não obrigando o demandado a custear a perícia técnica para comprovação do dano ambiental, o Ministério Público, por impedimento do artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública, sendo dispensado do dever de arcar com as despesas processuais e, evidentemente, o perito não sendo obrigado a realizar os trabalhos técnicos de graça, a quem cabe arcar com os valores periciais?

Houve uma tentativa de retirar os valores para custeio das perícias do fundo previsto no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública, fortemente rechaçado pela doutrina e jurisprudência por, visivelmente, não ser esta a destinação do referido fundo. Não restando êxito, também, o custeio das despesas pelo Estado, cuja tabela para pagamentos de trabalhos processuais se encontra extremamente desatualizada e dificilmente é aceita pelo perito (MIRRA, 2004).

Assim, a saída encontrada pela maioria dos magistrados foi a de aplicar a inversão do ônus de custeio da prova toda vez que realizada a inversão do ônus da mesma, ainda que tal assunto não se encontre pacificado, a fim de impedir que o processo fique parado por longos períodos enquanto aguarda a resolução da controvérsia (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, 2008), forçando o réu a produção de prova muitas vezes contrária aos seus interesses (MILARÉ, 2015).

Em decisão inovadora sobre o tema, a 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de São Paulo decidiu:

Não se aplica a interpretação literal do art. 18 da Lei n. 7.347/1985, no caso de requerimento de prova pelo Ministério Público, autor da ação civil pública. Como não é lícito que a isenção de adiantamento de honorários onere o perito obrigando-o a trabalhar gratuitamente, nem é justo que o réu tenha o encargo de custear prova contra ele, o dispositivo legal referido deve ser interpretado em conjunto com a sistemática do Código de Processo Civil. Uma vez que a isenção do Ministério Pú-

blico acarretaria impasse insolúvel no processo, entende-se que o Parquet deve sujeitar-se a antecipar os honorários provisórios do perito (SÃO PAULO, 2012).

Contudo, a referida decisão não logrou êxito, sendo reformada pelo Supremo Tribunal Federal, sob argumentos de que:

O que se põe em foco nesta reclamação é se, ao determinar ao Ministério Público de São Paulo que adiantasse os honorários periciais, a 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo teria descumprido a Súmula Vinculante n. 10 deste Supremo Tribunal.

Esse entendimento parece afastar a incidência do art. 18 da Lei n. 7.347/1985, sem observar o procedimento estabelecido no art. 97 da Constituição da República, em contrariedade à Súmula Vinculante n. 10 deste Supremo Tribunal (BRASIL, 2013).

Também serve de argumento, nesse sentido, a Súmula n° 232 do STJ, a qual prevê que, quando parte no processo, compete à Fazenda Pública o adiantamento de honorários periciais.<sup>2</sup>

Por óbvio, muitos são os argumentos autorizadores, de qualquer lado que se encontre, para fundamentar a decisão de qual parte deva arcar com os honorários periciais atinentes ao processo. Bem verdade, essa discussão tem se arrastado muito pelo fato do Ministério Público não possuir previsão orçamentária para o custeio de gastos processuais, como perícias, por exemplo, ficando, no caso de condenação do "parquet", o processo na mão de verbas oriundas do Estado para a sua continuidade, podendo prolongar ainda mais a duração da demanda em prejuízo do meio ambiente e da sociedade como um todo (MIRRA, 2004).

Outra questão emergida com a possibilidade de inversão do ônus da prova diz respeito ao direito ao silêncio do investigado, sendo considerado por alguns doutrinadores que a inversão do ônus da prova feriria o direito constitucional de não produzir provas contra si mesmo, previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, uma vez que obrigaria o réu a apresentar provas contra seus interesses (CAMBI, 2015).

Embora dividida, a maior parte da doutrina entende que a inversão do ônus da prova nas lides coletivas exige uma postura ativa das partes, não implicando, no entanto, na produção de provas contra si mesmo, uma vez que cada parte continua pleiteando seus interesses no processo (LIMA, 2014). Até mesmo galgado no Princípio da Colaboração presente no artigo 378 do Código de Processo Civil vigente, o qual não encontra

<sup>2</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n° 232**. A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=361>>. Acesso em: 24 out. 2017.

óbice no direito ao silêncio da parte, que não fica obrigada a produzir provas contra si mesma, porém também deve possuir interesse na resolução da lide (CAMBI, 2015).

Dessa forma, o que se percebe ao fim é que a regra geral da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro (aplicável ao procedimento ambiental) continua sendo estática, com fulcro no artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015. Contudo, existe previsão legal para a inversão do ônus da prova no processo ambiental (em casos específicos), a qual encontra supedâneo em diversas normas esparsas no ordenamento jurídico pátrio, podendo ser encontradas no §1º do artigo 373 do próprio Código de Processo Civil de 2015, no inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, bem como na aplicação dos Princípios ambientais da Prevenção e especialmente no da Precaução, auxiliando na proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e servindo de facilitadora da responsabilização civil dos causadores de degradação ambiental.

Uma vez abordado o tema do presente trabalho, como complemento, analisar-se-á um caso sobre a matéria aqui discutida a fim de demonstrar como as decisões judiciais são tomadas, no caso concreto, com base nos institutos aqui expostos.

O caso em análise trata da Ação Civil Pública nº 1.14.0000909-3, da Vara Judicial da Comarca de Casca, de autoria do Ministério Público Estadual, figurando como réu o Município gaúcho de Casca. Cujo teor da decisão interlocutória que concedeu a inversão no ônus da prova em sede de primeiro grau segue:

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face do Município de Casca, este já qualificado na inicial. Sustentou, em síntese, que foi instaurado o inquérito civil nº 00746.00016/2011 para apuração de irregularidades nas edificações efetuadas em áreas de preservação permanentes, caracterizadas pela presença de cursos d'água em sua área urbana. Relatou que o Município réu, quando instado para elaborar mapa demonstrativo para indicar os proprietários de imóveis situados em áreas de preservação permanentes urbanas, informou que tal documento não existe, bem como que as áreas existentes em seu território nunca foram delimitadas. Aduziu que em diligência efetuada pela serventia da Promotoria de Justiça foi constatada não só a presença de edificações, como também a criação de animais em situação irregular, lançamento de efluentes domésticos não tratados diretamente nos cursos hídricos e processo de erosão e assoreamento em alguns pontos dos cursos d'água. [...] o Ministério Público, em ação civil pública, está isento da condenação em despesas processuais, no que se incluem os honorários periciais. Destaco que a ação civil pública objetiva a tutela do meio ambiente, atingindo interesses da coletividade, com natureza difusa. Destarte, como decorrência lógica do princípio da precaução, impõe-se a inversão do ônus probatório, vale dizer, cabe aos réus comprovar a não ocorrência de dano ambiental, em virtude de se buscar tutelar

interesse de natureza coletiva. Outrossim, estende-se ao processo ambiental as garantias do microsistema do processo coletivo, disciplina regida pelo Código de Defesa do Consumidor. [...] Diante disso, acolho o parecer ministerial retro e determino a inversão do ônus da prova, nos termos da fundamentação acima, devendo ser atribuído ao demandado o ônus de arcar com os honorários periciais. Intimem-se. Preclusa a presente decisão, desde já, nomeio o perito Adriane Andeolio Lima, que deverá ser intimado para dizer se aceita o encargo, e aceitando indicar data para realização do ato e declinar pretensão honorária, que deverá ser suportada pelo demandado (RIO GRANDE DO SUL, 2017a).

Em sua decisão, a magistrada aponta que “como decorrência lógica do princípio da precaução, impõe-se a inversão do ônus probatório, vale dizer, cabe aos réus comprovar a não ocorrência de dano ambiental, em virtude de se buscar tutelar interesse de natureza coletiva” (RIO GRANDE DO SUL, 2017a). Tal argumento, como já mencionado, encontra supedâneo na doutrina pátria, a qual aponta a possibilidade de inversão do ônus da prova nas lides ambientais somente com base no Princípio da Precaução, competindo ao poluidor comprovar que a atividade por ele praticada não é danosa ao meio ambiente (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, 2008).

Dando continuidade à argumentação, a magistrada acrescenta que, “Diante disso, acolho o parecer ministerial retro e determino a inversão do ônus da prova, nos termos da fundamentação acima, devendo ser atribuído ao demandado o ônus de arcar com os honorários periciais” (RIO GRANDE DO SUL, 2017a). Quanto a esse ponto, onde o réu da Ação Civil Pública, após a inversão do ônus probatório pelo juízo, é impelido judicialmente a arcar com os custos da produção da prova, ainda que não tenha a pretensão da produção da mesma, conforme já observado, é uma das questões de maior dissonância entre a prática dos Tribunais e a doutrina a respeito da questão probatória ambiental. Sendo defendido pela maior parte da doutrina que a inversão do ônus da prova não implica necessariamente na inversão do ônus de custeio da prova, sendo um ônus excessivo ao réu, que embora não deva arcar com o ônus de custeio da prova, siga obrigado a arcar com a dúvida da não produção da prova (MILARÉ, 2015). Contudo, tal fundamentação encontra suporte na doutrina (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, 2008).

A mencionada decisão interlocutória deu ensejo ao Agravo de Instrumento nº 70074185760, interposto pelo Município de Casca, sustentando “que o ônus da prova incumbe ao autor, [...] sendo descabido imputar ao requerido a produção de prova contra si” (RIO GRANDE DO SUL, 2017b), o qual restou no seguinte acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. MEIO AMBIENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. HONORÁRIOS PERICIAIS. ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. DESCABIMENTO.

A responsabilidade objetiva em dano ambiental não enseja a inversão do ônus da prova, tratando-se de obrigação imposta ao autor da ação, nos termos do que dispõe o art. 373, I, do CPC/2015. Precedentes do TJRS.

A inversão do ônus da prova implica em obrigar o réu a produzir prova contra si mesmo, o que não é admitido no nosso ordenamento jurídico, inexistindo relação de hipossuficiência entre o agravado e o Ministério Público a justificar a aplicação extensiva do art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Por consequência, quanto ao adiantamento dos honorários periciais, tal ônus não pode ser incumbido ao Município demandado, porquanto este não é obrigado a produzir prova contra si (RIO GRANDE DO SUL, 2017b).

O voto da relatora, o qual foi seguido pelos demais desembargadores, afastou a decisão de primeiro grau, a qual concedia a inversão do ônus da prova, sob argumentos de que “a responsabilidade objetiva em dano ambiental não implica a inversão do ônus da prova, tratando-se de obrigação imposta ao autor da ação, nos termos do que dispõe o art. 373, I, do CPC/2015”, razão pela qual “nas ações civis que visam à apuração de ocorrência de dano ambiental, eventual inversão do ônus da prova implicaria em obrigar o réu a produzir prova contra si mesmo” (RIO GRANDE DO SUL, 2017b).

Desta maneira, observa-se que o assunto ora abordado no presente trabalho carece, ainda, de uniformização. Divergências no entendimento da matéria pelos magistrados apresentam-se como regra, abalando a segurança jurídica e dificultando a atuação dos operadores do Direito.

De toda forma, a inversão do ônus da prova tem se mostrado um meio viável para a proteção do meio ambiente e a responsabilização dos agentes poluidores, merecendo maiores estudos a respeito do tema.

## **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho procurou demonstrar que a aplicação dos princípios ambientais da Prevenção e da Precaução, juntamente com as normas presentes na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor compõem os pilares sustentadores do Direito Ambiental em juízo, apresentando mecanismos para tentar sanar as dificuldades presentes na comprovação e quantificação do dano ambiental devido às suas peculiaridades, conforme demonstrado. Tendo encontrado na inversão do ônus da prova o seu maior expoente de materialização dessa mudança de paradigma.

No entanto, é possível observar que tanto o Código de Processo Civil de 2015, como a Lei da Ação Civil Pública ou mesmo o Código de Defesa do Consumidor não apontam diretrizes conclusivas para os casos em que seja necessária a inversão do ônus da prova nas ações ambientais, ficando, tal análise, na esfera interpretativa do

juiz julgador, permitindo a este manusear os dispositivos legais de acordo com a corrente doutrinária e jurisprudencial que o mesmo se posiciona, conforme se pode observar da análise dos julgados, causando insegurança jurídica.

Razoável, no entanto, concluir, que a aplicação da inversão do ônus probatório nas lides ambientais auxilia de forma considerável a elucidação do caso concreto, uma vez que incentiva a participação das partes no processo, servindo como um importante instrumento para a preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- ANTUNES, Paulo de Bressa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro: Parte Geral: Institutos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, Tomo II.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1517403**. Julgador: Rel. Min. Herman Benjamin. Data do Julgamento 25 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=inversao+do+onus+da+prova+direito+ambiental&b=ACOR&p=true&l=10&i=5>>. Acesso em: 10 nov. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 232**. A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=361>>. Acesso em: 24 out. 2017.
- CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas: distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista dos Tribunais**, v. 246, p. 85-111, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015f5e96797196be-985c&docguid=l03581070723e11e5acdd01000000000&hitguid=l03581070723e11e5ac-dd010000000000&spos=1&epos=1&td=186&context=108&crumb-action=append&crumb-label=D documento&isDoc FG=true&is FromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 27 out. 2017.
- CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2. ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- CHAGAS, Ana Paula. Perícia Ambiental: lei sobre ações ambientais está longe da realidade. **Consultor Jurídico**, 10 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/lei-trata-acoes-publicas-ambientais-longo-realidade>>. Acesso em: 14 out. 2017.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial.** Teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto do novo CPC: distinção entre institutos afins. **Revista dos Tribunais**, v. 91, p. 309-335, fev. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015f5f175a1b3ffc52ff&docguid=I9b9602b08e3411e-394ef010000000000&hitguid=I9b9602b08e3411e394ef010000000000&spos=1&epos=1&t-d=2651&context=370&crumb-action=append&crumb-label= Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 27 out. 2017.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental.** 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento.** 10. ed. rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 10. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo coletivo ambiental e o novo CPC. **Consultor Jurídico**, 12 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-12/ambiente-juridico-onus-prova-processo-coletivo-ambiental-cpc>>. Acesso em: 14 out. 2017.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente.** 2. ed. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Comarca de Casca. Ação Civil Pública nº **1.14.0000909-3**. Julgado-ra: Simone Ribeiro Chalela. Data do Julgamento: 6 mar. 2017a. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?id\\_comarca=casca&num\\_processo=11400009093&code=2462](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?id_comarca=casca&num_processo=11400009093&code=2462)>. Acesso em: 24 out. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70074185760**. Rel. Des.<sup>a</sup> Denise Oliveira Cezar. Data do Julgamento: 26 set. 2017b. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70074185760&num\\_processo=70074185760&codEmenta=7464718&templntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70074185760&num_processo=70074185760&codEmenta=7464718&templntTeor=true)>. Acesso em: 24 out. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de instrumento nº 0291819-54.2011.8.26.0000**. Rel. Des.<sup>a</sup> Cristina Cotrofe. Data do Julgamento: 15 ago. 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI0013HA90000>>. Acesso em: 29 set. 2017.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Processo Comum.** 57. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1.

WEDY, Gabriel. O princípio da precaução e a inversão do ônus da prova. **Consultor Jurídico**, 19 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-19/ambiente-juridico-principio-precaucao-inversao-onus-prova>>. Acesso em: 29 set. 2017.

# **A NECESSÁRIA MUDANÇA DA FINALIDADE TRIBUTÁRIA FACE À PROBLEMÁTICA AMBIENTAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA AMÉRICA LATINA**

## **Carolina Schroeder Alexandrino**

Mestranda em Direito pela  
Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul.

E-mail: csalexandrino@gmail.com.

## **Pedro Ernesto Neubarth Jung**

Mestre em Direito  
pela Universidade de Vale  
do Rio dos Sinos.

E-mail: pedroneubarth@gmail.com.

## **André Rafael Weyermüller**

Pós-doutor em Direito  
pela Pontifícia Universidade  
Católica do Rio de Janeiro.

Professor na Universidade Feevale.

E-mail: andrerw@feevale.br.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca demonstrar a importância da mudança da forma como observamos a tributação com finalidade não fiscal, diante do fato de poder servir como um meio eficaz de proteção ao Meio Ambiente.

Neste escopo, pretende-se analisar introdutoriamente os problemas presentes na sociedade complexa, em especial no que diz respeito à temática ambiental. Já num segundo momento, estudar-se-á o Direito Tributário como meio de proteção ao Meio Ambiente. A partir desse tópico, passar-se-á a verificar como o instituto da extrafiscalidade se comportaria como instrumento de arrecadação de valores com finalidades sociais específicas, isto é, que ultrapassem a mera arrecadação de tributos.

As observações aqui realizadas buscam, assim, responder a seguinte problemática: como a mudança da identificação da finalidade tributária poderia auxiliar a sociedade altamente complexa em que vivemos a desenvolver-se de forma ambientalmente adaptável?

Para respondermos a esse problema, pretende-se realizar pesquisas na doutrina nacional e internacional, além da utilização dos métodos normativos e descritivos, com intuito de, ao final, demonstrar-se como a tributação pode assumir um papel importante quando utilizada para efetivar os direitos e garantias fundamentais, em especial os voltados ao Meio Ambiente, que para a sociedade contemporânea é extremamente importante.

## 2 OS PROBLEMAS AMBIENTAIS NA SOCIEDADE COMPLEXA

Os problemas ambientais são algo cada vez mais habituais na sociedade contemporânea, isso, por si só, torna-se evidente em face do paradoxo existente entre o meio ambiente e a sociedade complexa que, através da sua cobiça pelo desenvolvimento, acaba por gerar irritações ao meio ambiente, que por sua vez responde à sociedade (WEYERMÜLLER, 2010).

Tal assertiva nos direciona, assim, ao fato de estarmos vivendo em uma sociedade altamente complexa, isto é, dominada pela sua própria complexidade e que, a fim de ser compreendida, necessita ser observada através de uma perspectiva teórico sistêmica autopoietica (ROCHA, 2005).

Niklas Luhmann (2016, p. 293) nos ensina, nesta senda, a respeito da sociedade em sua Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos, que:

Se se compreende a sociedade como sistema que abarca todas as operações sociais (independentemente de como sejam concebidas), a teoria, já clássica em

nossos dias, dos sistemas abertos, considera a sociedade um sistema aberto, adaptativo, com autorregulações internas [...].

Percebe-se que, para Luhmann (2016, p. 293), a sociedade é um grande sistema, composto por sistemas internos abertos e independentes, à exceção do Direito, que se autorregulamenta internamente, uma vez que “o direito se apresenta como um mecanismo regulador a serviço da adaptação da sociedade a seu ambiente; mas isso de uma posição secundária, uma vez que a própria sociedade [...] já garante a adaptação a seu ambiente”.

Luhmann (2004), ao exemplificar esse fato de os sistemas funcionarem de maneira cognitivamente abertos e operacionalmente fechados, afirma, ainda, que os sistemas sociais agem como se fossem buracos negros, já que não deixam qualquer informação sobre si sair, mas abarcam algumas daquelas que o circundam, fato esse apenas reconhecido através da dupla observação de sua agitação interna.

Diante dessa exemplificação, pode-se aproximar tais constatações das concepções dos Estados latino-americanos que, tal qual um buraco negro, buscam enfrentar suas problemáticas, a saber, as relacionadas à pobreza, desigualdade social, violência e também ambientais, de maneira autônoma, sem permitir que essas saiam, mas captando alguns fatos da sociedade complexa e globalizada que os circundam. Nessa toada, José Miguel Insulza (2007, p. 07-08), secretário geral da Organização dos Estados Americanos, assevera, no tocante às problemáticas enfrentadas pelos Estados, em especial as ambientais, que:

A América Latina e o Caribe enfrentam taxas muito altas de deterioração ambiental, em rápido crescimento. Um elemento chave dessa degradação é o crescimento da população, cumulada as taxas elevadas de desigualdade. [...] Essa degradação ambiental descontrolada pode acabar por afetar às instituições democráticas<sup>1</sup>.

Observa-se, assim, que os problemas ambientais, de certo modo, encontram-se diretamente relacionados à majoração das dificuldades sociais, bem como da capacidade dos Estados latino-americanos de produzirem legislações e processos condizentes a essas problemáticas, que se fazem cada vez mais transfronteiriços, bem como capazes de responder aos anseios da sociedade.

<sup>1</sup> [...] América Latina y el Caribe enfrentan tasas muy altas de deterioro ambiental, en rápido crecimiento. Elemento clave de esta degradación es el crecimiento de la población, unida a las más altas tasas de desigualdad. [...] Esta descontrolada degradación ambiental puede terminar por afectar la fortaleza de las instituciones democráticas [...] (Tradução nossa).

Nessa toada, Enrique Leff (2007, p. 12 e 13) nos adverte que se deve recordar os problemas ambientais que se fizeram presentes ao longo da história dos Estados latino-americanos, a fim de não repetirmos os erros outrora cometidos:

A história ecológica da América Latina tem entre seus precursores [...] a agricultura das civilizações meso-americanas, [...] as estratégias de apropriação múltipla da natureza na região andina e [...] os modelos de exploração e uso dos recursos na Venezuela. A estes se somam [...] as complexas práticas de uso dos recursos das diferentes civilizações e culturas da região, de acordo com a oferta ecológica de seus territórios, assim como estudos que relacionam formas sociais de exploração, como a escravidão no Brasil, com a destruição do ambiente.

Assim, a fim de se poder avançar, faz-se necessário escaparmos do *looping* temporal em que vivemos, já que ainda somos uma região deveras jovem, repleta de problemas, mas dotada, também, de muita força de vontade e capacidade de mudança; mudanças estas que nos levarão a novos caminhos histórico-sociais (LEFF, 2007).

Assim, tendo por base as problemáticas sócias ambientais enfrentadas pelos Estados latino-americanos, observa-se ser necessária uma mudança na forma como compreende-se estas, assim como as soluções que podem vir a serem aplicadas às mesmas. Entretanto, com tais mudanças, faz-se igualmente necessária uma mudança na forma como se compreende o sistema do Direito, mudança essa que, para Gunther Teubner (2016), passaria pela observação desse como sendo composto por fragmentos de constitucionalidade, posto que os modernos modelos de legislação não possuem mais força para responder aos anseios da sociedade complexa globalizada.

Cada fragmento de constituição, e aqui em especial o voltado à temática ambiental, teria o fim precípua de combater uma problemática social em específico, para tanto, legitimar-se-ia pela coletividade comum dos próprios sistemas jurídicos constitucionais, em outras palavras, a existência de ideias constitucionais comuns, atrelada à pressão exercida pela sociedade no meio mundial autônomo, faria com que surgissem agitações que levariam a uma regulamentação constitucional global desses problemas que, por sua vez, enrijecer-se-iam nos setores específicos da sociedade mundial (TEUBNER, 2016).<sup>2</sup>

E assim, tendo por base a aludida perspectiva sócio-jurídico-ecológica, é que se passará a analisar, no próximo tópico, como poderia ocorrer a proteção do meio ambiente pelo Direito Tributário.

<sup>2</sup> Para maiores informações da temática Fragmentos Constitucionais, recomenda-se a leitura da obra de Gunther Teubner "Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização", de coordenação do Prof. Dr. Marcelo Neves.

### **3 O DIREITO TRIBUTÁRIO VOLTADO À TUTELA AMBIENTAL**

Consoante observado, tem-se que a sociedade global se encontra a caminho de um novo modelo. Não obstante a esse evento, constata-se que seja cada vez mais necessária uma real proteção jurídica do Meio Ambiente, com intuito de o vê-lo estar presente a todas as gerações.

O Direito Tributário, assim como o Direito Penal e o Direito Civil, também pode buscar resguardar o Meio Ambiente, através da cobrança de tributos específicos voltados à tutela ambiental (GUSMÃO, 2006). Diante dessa assertiva, é imperioso destacar que o Direito Tributário é o segmento do sistema do Direito que busca tratar das relações fisco e sujeitos de incidência tributária (MACHADO, 2010).

Além disso, tem-se ainda que seja esse o mecanismo pelo qual o Estado busca gerar irritações no sistema Econômico, com intuito de estimular ou desestimular determinadas atividades ou condutas, de forma direta ou indireta (CARDOSO, 2012). Ao Direito Tributário, portanto, incumbe orientar a atividade econômica, para que ela possa trazer benefícios à sociedade. Ocorre que isso somente se dá quando a tributação deixa de estar voltada, exclusivamente, para obtenção de recursos ao Estado, passando a servir, também, como um “[...] instrumento de repartição de riquezas e desenvolvimento econômico” (BOTELHO, 1994, p. 35).

O Direito Tributário pode assim utilizar-se dos impostos, taxas e da contribuição de melhoria, como instrumentos de tutela ambiental, tal fato se resta evidente quando se observa que a tributação deixa de ser algo meramente arrecadatário e passa a servir como um instrumento de controle ou remoção das externalidades negativas, que se desvela como o custo que uma atividade econômica pode gerar se não levar em consideração o desenvolvimento ambientalmente adaptável; ou fomento das externalidades positivas, que são o oposto das negativas e representam benefícios aos sujeitos da relação e aos terceiros envolvidos (MATTHES, 2012).

Souza Filho (2012, p. 334) assevera, ainda, que:

[...] a intervenção do Estado, justificada pela presença de externalidades decorrentes dos impactos diretos e indiretos da atividade produtiva no meio ambiente, pode dar-se, nesse contexto, por meio da concessão de subsídios para estimular as externalidades positivas ou por meio da cobrança de multas ou de tributos para desestimular as externalidades negativas.

Por tal motivo, e tendo em vista se tratarem os recursos naturais de bens finitos, é que se faz cada vez mais necessária a realização de tais interferências no sistema Econômico, no tocante às externalidades negativas dos processos produtivos (DAL-

DEGAN, 2007). Como forma de exemplificar isso, constata-se que já há forte pressão mundial para que o setor industrial passe a utilizar novas políticas de trabalho, alterando até mesmo suas estratégias competitivas; tudo isso visando a proteção ambiental. Com o consumidor não é muito diferente, pois não basta que apenas as empresas busquem a efetivação do desenvolvimento ecológico, é necessário que o consumidor esteja consciente no momento de suas escolhas, pois “[...] cabe aos consumidores demonstrar sua consciência ecológica nas decisões de compra, com o mercado respondendo a essa demanda com uma oferta crescente de produtos e serviços ecológicos” (DALDEGAN, 2007, p. 78).

Não obstante a tais necessidades, é imperioso se destacar, também, que a simples ideia da cobrança de novos impostos ou contribuições sociais da sociedade resta deveras desgastada, seja ela para qual finalidade for (BUFFON, 2009).

Fazolli (2004, p. 56), nessa toada, complementa escrevendo que:

Embora pareça a solução mais coerente aos olhos de boa parte da doutrina, a criação de novos tributos (*Green tax*- ‘imposto verde’), que tenham por hipóteses de incidência um ato potencialmente lesivo ao meio ambiente, só faria por agravar, ainda mais, os encargos existentes sobre o contribuinte brasileiro – que, diga-se, é um dos mais onerosos em todo mundo –, sem que isso importe na esperada quebra de paradigma, reformulando a sistemática tributária nacional, há muito desiludida com promessas falaciosas de reforma.

Portanto, dentre as possibilidades do Direito Tributário em contribuir para com a preservação ambiental, é possível constatar-se que a mais adequada seja aquela que intervenha no domínio econômico estimulando ou desestimulando determinados comportamentos, sem, no entanto, afetar diretamente a sociedade, na busca por resultados diversos da simples arrecadação aos cofres públicos. Nessa esteira, tem-se que tal ferramenta seja a extrafiscalidade, ponto esse de nosso próximo tópico.

## **4 A EXTRAFISCALIDADE COMO SOLUÇÃO?**

O objetivo dos Estados latino-americanos é sem sombra de dúvidas a busca pelo bem comum, contudo, para que isso seja possível de se concretizar, faz-se necessária a arrecadação de tributos. Tem-se, assim, que os recursos necessários para que os Estados atinjam seus fins sejam provenientes da tributação fiscal, todavia, a tributação pode apresentar outro contorno além desse, isto é, não somente uma finalidade puramente arrecadatória, mas também uma de arrecadação tributária com enfoque socioeconômico, modalidade essa que se denomina extrafiscalidade.

Sabe-se que promover formas tributárias que influenciam a economia, desestimulando condutas danosas e prejudiciais ao meio ambiente ou fomentando ações que estimulem condutas ambientalmente corretas é a verdadeira expressão da tributação voltada para fins sociais. No Brasil, por exemplo, a intervenção Estatal no domínio econômico está expressa no Art. 174, da Constituição, limitada, sobretudo, pelos princípios gerais estampados no Art. 170, dentre eles, a defesa do meio ambiente. Assim, a implementação de tributos extrafiscais que contribuam para que se tenha um meio ambiente ecologicamente equilibrado viabiliza a concretização do modelo de Estado previsto pela Constituição Federal Brasileira.

Sob a perspectiva de uma Constituição que estabelece uma “[...] pauta mínima e conteúdos que expressem os valores básicos a orientar uma sociedade justa, digna e solidária” (MORAIS, 2002, p. 68), a efetivação de uma tributação sustentável provoca reflexões, não apenas pelas crises sofridas pelo Estado contemporâneo, mas principalmente pelo fato de que o atual cenário tributário brasileiro mais fomenta desigualdades do que justiça social. Ademais, a importância da presente análise também se fundamenta pelo fato de que a tributação voltada para fins ambientais, assim como a proteção do meio ambiente propriamente dita, é temática mundialmente debatida, sendo sua aplicabilidade questionada por doutrinas estrangeiras.

No México, por exemplo, a tributação extrafiscal encontra barreiras jurídicas e econômicas, levantando debate sobre a compatibilização desta para com os princípios constitucionais mexicanos e sua influência na política de livre comércio. Nesse sentido, leciona Figueroa Neri (2005, p. 1009-1010)<sup>3</sup>:

Os problemas apresentados pelos impostos ambientais podem ser classificados em legais e econômicos, em correspondência com sua natureza mista. As primeiras, de acordo com o que a literatura relata, derivam da necessária compatibilidade dos princípios constitucionais tributários e do princípio que polui, paga, o que, por sua vez, tem impacto sobre a efetividade de sua finalidade extrafiscal. Quanto aos problemas econômicos, há aqueles que têm a ver com a eficácia de sua finalidade econômica e sua reflexão sobre a proteção ambiental, e aqueles ligados ao livre comércio, atualmente aumentando entre os Estados.

A doutrina Chilena, por sua vez, afirma que a América Latina, com exceção do Brasil e da Colômbia, tem se mantido indiferente às políticas públicas e tributação voltada

<sup>3</sup> [...] Los problemas que presentan los tributos ambientales pueden clasificarse en jurídicos y económicos, en correspondencia con su naturaleza mixta. Los primeros, conforme con lo que reporta la literatura, son derivados de la necesaria compatibilización de los principios constitucionales tributarios y el principio el que contamina, paga, lo que a su vez repercute en la eficacia de su finalidad extrafiscal. En cuanto a los problemas económicos, están los que tienen que ver con la eficacia de su finalidad económica y su reflejo en la protección ambiental, y los vinculados al libre comercio, actualmente en aumento entre los Estados. [...] (Tradução nossa).

para proteção ambiental. No Chile, a criação de tributos extrafiscais voltados para fins ambientais esbarra no problema da legitimidade constitucional de instrumentos econômicos ambientais. Nesse sentido, Timm do Valle e Ugalde (2014, p. 102)<sup>4</sup> afirmam:

Como indicado acima, no Chile, o reconhecimento constitucional da proteção do meio ambiente tem sua origem no artigo 19, n.º 8 da Constituição Política da República, que não se limita apenas a estabelecer um direito constitucional de viver em um ambiente. Ambiente livre de poluição, mas também, como um dever do Estado para garantir a proteção ambiental e proteger a preservação da natureza. No entanto, dentro das diferentes formas de proteção ambiental que o Chile assumiu, o estabelecimento de impostos como mecanismo de proteção do referido bem jurídico não é refletido diretamente. Além disso, a constitucionalidade desses instrumentos econômicos ambientais tem sido questionada, discussões que focalizaram sua finalidade e o problema dos interesses difusos.

Verifica-se, portanto, que os debates no tocante à presente pesquisa são de cunho global, bem como ocorre com a proteção do meio ambiente, considerando a amplitude dos impactos ambientais e o vínculo geracional que este possui, a fim de que as gerações futuras possam usufruir de um legado ambiental nas mesmas condições que as gerações que as antecederam (WEYERMÜLLER, 2010).

Desta forma, quando se questiona a possibilidade de que a tributação seja um instrumento hábil para que se alcance um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e aqui de forma global, algumas equivocadas conclusões precisam ser mitigadas, como a concepção de custo socioambiental e a criação de novos tributos destinados à proteção ambiental. Tais argumentos são refutados, pois a criação de um “custo da degradação ambiental” pode ser vista como medida permissiva ao poluidor, criando o pensamento de que é possível manter determinada atividade lesiva, pois nela já estão inclusos recursos financeiros para reparação ambiental. Também está desgastada a ideia de que é necessária a instituição de novos impostos ou contribuições sociais, com fins ambientais, no uso da competência residual prevista na Constituição do Brasil (BUFFON, 2009). Assim, afastando as errôneas formas de utilizar a tributação como mecanismo de proteção ambiental, tem-se que a forma correta é através da extrafiscalidade, vez que esta é arreigada em valores do Estado Democrático de

<sup>4</sup> [...] Como se indicó anteriormente, en Chile el reconocimiento constitucional de la protección del medio ambiente tiene su fuente en el artículo 19 n.º 8 de la Constitución Política de la República, el cual no se limita solamente a establecer un derecho constitucional de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sino que, además, como un deber del Estado de velar por dicha protección ambiental y tutelar la preservación de la naturaleza. Sin embargo, dentro de las distintas formas de protección ambiental que ha asumido Chile, no se refleja en forma directa el establecimiento de tributos como mecanismo de tutela a dicho bien jurídico. Es más, se ha puesto en duda la constitucionalidad de estos instrumentos económicos ambientales, discusiones que se han centrado en la finalidad de los mismos y la problemática de los intereses difusos. [...] (Tradução nossa).

Direito e não apenas afeita em receitas e despesas, desvelando-se como um dos objetivos valorativos da tributação.

A extrafiscalidade, portanto, pode ser definida como uma prestação de caráter pecuniário, impositivo, ou seja, o dever jurídico da prestação tributária não decorrente da subjetividade das partes; não sancionatório; determinado por lei; e com sua cobrança devidamente vinculada ao comando legal, não se permitindo assim a atuação arbitrária ou discricionária da atividade administrativa (AMARO, 2010). Além disso, essa pode ser aplicada mesmo nos casos em que a atividade econômica não seja exercida, desde que sejam buscados, por ela, fins diversos daqueles puramente arrecadatários (MACHADO, 2010), fugindo assim da ideia pura e simples de arrecadação Estatal.

A tributação extrafiscal deve, portanto, ser tida como um mecanismo voltado a viés sociais e, porque não, solidários, isto é, finalidades sociais clássicas, a saber: a proteção da saúde, redistribuição de rendas, desenvolvimento/criação de empregos, a proteção do produto nacional, dentre outros (OLIVEIRA VARGAS, 1998, p. 63); e finalidades contemporâneas: proteção ambiental, dos direitos humanos, etc. Nessa toada, afirma Buffon (2009, p. 228), ainda, que os Estados devem utilizar a tributação como instrumentos de intervenção social, influenciando num viés econômico, com a finalidade de concretizar diretrizes constitucionais.

Desta forma, verifica-se que tanto sua finalidade social quanto a de outros tributos, por vezes, perde a sua razão, tendo em vista a alta carga tributária já existente em muitos Estados que, no plano das ideias, utilizavam-se dessas com objetivo social de proteger o cidadão, mas na prática não conseguiam atingir o fim a que se destinavam, passando assim a ter um viés inevitavelmente arrecadatário, (OLIVEIRA VARGAS, 1998).

Não obstante a esses fatos, os mecanismos existentes focados em um sistema tributário com cunho social persistem e vêm ganhando cada vez mais força, principalmente quanto à tutela de direitos fundamentais de terceira geração/dimensão, uma vez que este se apresenta como um sistema oriundo do ente Estatal, a fim de incentivar/beneficiar atividades que possam reduzir suas degradações (MATTHES, 2012).

Diante dessas constatações, é possível observar que a tributação possua uma dupla finalidade e uma dupla razão de existir, isto é: a) auferir recursos para que o Estado subsista; e b) garantir a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, os verdadeiros fins do Estado. Sendo assim, uma tributação extrafiscal parece-nos sim ser uma medida com fins condizentes ao desenvolvimento ambientalmente adaptável dos Estados latino-americanos, através da implementação de tributos com finalidades não fiscais, ou da implementação de políticas tributárias que concedam

benefícios fiscais, estímulos ou desestímulo a determinados comportamentos, desde que possuam o fim de contribuir com o crescimento e o desenvolvimento social, incluindo-se, nesse viés, a proteção ao meio ambiente.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os direitos transindividuais estão amplamente respaldados, nas mais diversas constituições, uma vez que são basilares para estrutura de um Estado Democrático de Direito. O Direito Ambiental não é diferente, uma vez que é considerado um direito transindividual, ou seja, pertencente a todos e competente, igualmente, a todos.

Nesta senda, constatou-se na pesquisa o fato da proteção ao meio ambiente não poder ser restringida apenas à matéria ambiental, pois sua existência transcende as fronteiras imaginárias criadas pelo homem, tornando-se, assim, transnacional. Por este motivo, averiguou-se o fato de outro ramo da Ciência Jurídica, a saber, o Direito Tributário, poder atuar como mecanismo voltado à proteção ambiental, refletindo, assim, sua transfronteiricidade, no que diz respeito ao ambiente dos Estados latino-americanos e, pró-futuro, em relação às gerações que sequer foram concebidas.

O Direito Tributário expressa, assim, o exercício do direito impositivo, através do Poder Público, retirando, compulsoriamente, do contribuinte, parcela de seu patrimônio, com o objetivo de que o Estado possa alcançar seus fins, neste caso a proteção ambiental. No entanto, a referida finalidade estatal, a partir da instituição do Estado Democrático de Direito Fiscal, deixa de ser o único fundamento da tributação, pois esta acaba se desvelando não apenas como um mecanismo arrecadatório para suprir os cofres públicos, mas também como instrumento de contribuição para a construção e efetivação de Direitos Fundamentais.

Diante da constatação da importância do meio ambiente, concluiu-se, por fim, que não compete ao Direito Tributário se manter inerte frente às necessidades impostas diante das problemáticas ambientais, em especial, as inerentes aos Estados latino-americanos, pois esta disciplina possui mecanismos que contribuem para a solução destes problemas, sendo uma delas a extrafiscalidade, havendo, assim, a dispensa de instituição de novos tributos. Percebe-se, também, que a partir da arrecadação com fins protetivos, haverá uma maior lucratividade do Estado e da sociedade em comparação à arrecadação atual que é às custas da degradação do meio ambiente, pois, através desta, se possibilitará que todos os cidadãos tenham, efetivamente, garantido o seu direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegurando-se, ainda, a preservação de todos os tipos de vida, em especial as presentes nos Estados latino-americanos.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **O Direito Tributário Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BORGES, Jorge Amaro de Souza. **Sustentabilidade & Acessibilidade: Educação Ambiental, inclusão e direitos da pessoa com deficiência - práticas, aproximações teóricas, caminhos e perspectivas!** Brasília: Editora OAB, 2014. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/publicacoes/pesquisa?termoPesquisa=Sustentabilidade#0000000566>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

BOTELHO, Werther. **Da tributação e sua destinação**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

CARDOSO, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues. **Por uma tutela efetiva ao meio ambiente: a aplicação da *law&economics* para combater a tragédia dos bens comuns**. 2012. f. 206. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4610>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

DALDEGAN, Dynair Alves de Souza. Economia, meio ambiente e os desafios do desenvolvimento sustentável. IN: **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá, 2007, v. 9, n. 1. Disponível em: <<http://revistaemam.kinghost.net/revista/index.php/rjunic/article/view/337>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

FAZOLLI, Silvio Alexandre. Princípios ambientais tributários e extrafiscalidade. In: **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, 2004, n. 34.

FIGUEROA NERI, Aimée. Tributos ambientales en México. Una revisión de su evolución y problemas. In: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, [S.l.], 2005. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3852>>. Acesso em: 11 jul. 2018

GUSMÃO, Omara Oliveira de. Proteção ambiental e tributação: o tributo como coadjuvante na concretização do valor constitucional "meio ambiente". In: **Revista Tributaria e de Finanças Publicas**, São Paulo, n. 66, 2006.

INSULZA, José Miguel. América Latina, los mayores problemas. **Vitral: LA LIBERTAD DE LA LUZ**, Cuba, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://www.vitral.org/vitral79/reflex1.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

LEFF, Enrique. Construindo a História Ambiental da América Latina. **Esboços - Revista do Programa de Pós-Graduação em História da UFSC**, Florianópolis, n. 13, 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/esbocos/article/view/383>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; JUNIOR, Dalmir Lopes (Org.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MATTHES, Rafael Antonietti. Extrafiscalidade como instrumento de proteção ambiental no Brasil.

**Veredas do Direito:** Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, v. 8, n. 16, 2012. Disponível em: <<http://domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/205>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2002.

NABAIS, José Casalta. Considerações sobre a sustentabilidade do estado fiscal. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, v. 9, n. 49, 2011.

OLIVEIRA VARGAS, Jorge de. O Direito Tributário a serviço do Meio Ambiente. In: **Revista Tributaria e de Finanças Públicas**, São Paulo, n. 25, 1998.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

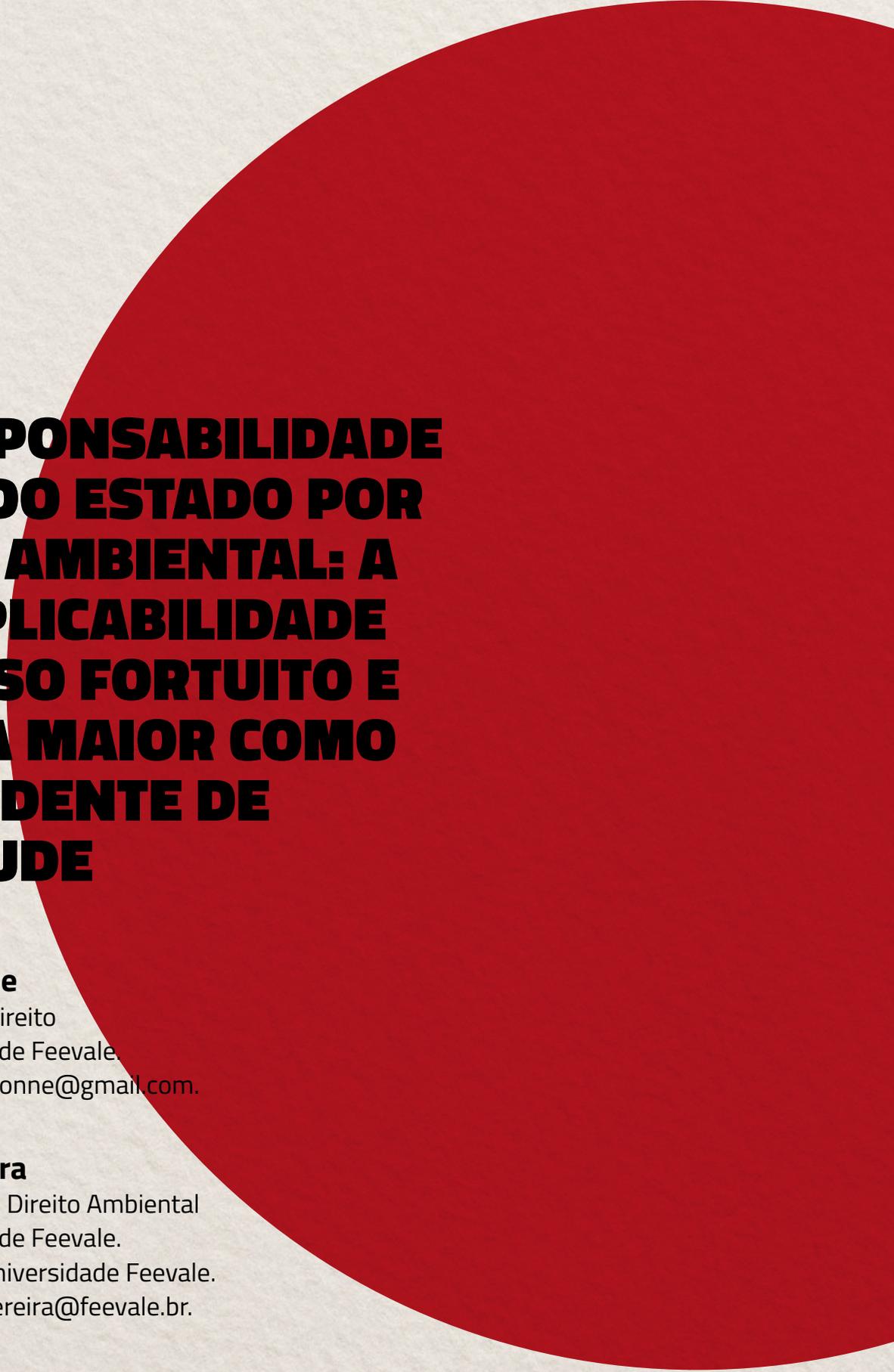
SOUZA FILHO, Vano Sérgio Reis de. Tributação ambiental: a possibilidade da cobrança de tributos visando à defesa do meio ambiente. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, n. 103, 2012.

TEUBNER, Günther. **Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização**. Coord. Marcelo Neves *et al.* São Paulo: Saraiva, 2016.

UGALDE, Antonio Faúndez; TIMM DO VALLE, Mauricio Dalri. Hacia una nueva normativa tributaria de protección del medio ambiente: la experiencia comparada em el derecho tributário brasileño. **Revista de Estudios Tributarios**, n. 10, 2014. Disponível em: <<http://www.revistaestudiostributarios.uchile.cl/index.php/RET/article/view/40771/42327>>. Acesso em 08 jul. 2018.

WEYERMÜLLER, André Rafael. **Água e adaptação ambiental: o pagamento pelo seu uso como instrumento econômico e jurídico de proteção**. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

WEYERMÜLLER, André Rafael. **Direito ambiental e aquecimento global**. São Paulo: Atlas, 2010.



# **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL: A (IN)APLICABILIDADE DE CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR COMO EXCLUDENTE DE ILICITUDE**

## **Luana Pionne**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: [luana.pionne@gmail.com](mailto:luana.pionne@gmail.com).

## **Rafael Pereira**

Especialista em Direito Ambiental  
pela Universidade Feevale.  
Professor na Universidade Feevale.  
E-mail: [rafaelpereira@feevale.br](mailto:rafaelpereira@feevale.br).

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A responsabilidade civil vem passando por interpretações diversas, em virtude da evolução do tema pela doutrina e pela jurisprudência, que são atualizadas em atenção às necessidades atuais da sociedade, uma vez que recai sobre o operador do Direito a obrigação de preparar e consolidar o sistema jurídico a lidar com os desafios que o mundo dos fatos apresenta.

O presente estudo está introduzido no tema da responsabilidade civil, mais especificamente na responsabilidade civil do Estado diante de desastres ambientais e precipitações pluviométricas. Tem como objetivo analisar a responsabilidade do ente público pelo fato de serviço, bem como o seu papel preventivo, no intuito de esclarecer e informar à sociedade a aplicabilidade ou não das excludentes de caso fortuito e força maior como causas de afastamento de responsabilização.

Justifica-se a escolha dessa temática em virtude dos grandes impactos que os eventos climáticos causam à sociedade. Um estudo aprofundado do tema torna-se necessário, na medida em que, com o avanço e crescimento da sociedade, os danos só tendem a aumentar, tanto economicamente, quanto em termos de vidas humanas. Além disso, objetiva-se mostrar à sociedade brasileira os direitos e deveres que devem ser prestados pelo Estado a sociedade, a fim de preservar a atual e futuras gerações de danos ambientais.

Como objetivo geral, a pesquisa busca estudar os requisitos que caracterizam a responsabilidade civil diante de acontecimentos ambientais e, ainda, a possibilidade de alegação de excludente de responsabilização por parte do Estado.

Para fins de atingir os objetivos definidos, a metodologia utilizada no presente trabalho é baseada no método dedutivo, a qual foi realizada através de pesquisa bibliográfica, doutrinária, jurisprudencial e documental dentro da legislação brasileira.

O trabalho está dividido em dois capítulos. No primeiro deles estudar-se-á o instituto da responsabilidade civil de forma geral, seus pressupostos gerais e as possíveis causas de exclusão da responsabilidade, bem como a responsabilidade ambiental do Estado. Já no segundo capítulo, será analisada a responsabilidade específica do Estado pelo fato de serviço, a sua preventividade objetiva e o seu dever constitucional de indenizar.

Ainda, nesse mesmo capítulo, será estudada a preventividade objetiva do Estado, baseada nos princípios da precaução e da prevenção, com previsão Constitucional e leis específicas, as quais estabelecem as normas a serem seguidas e cumpridas pelo Estado. Por fim, apurar-se-á a (in)aplicabilidade de caso fortuito e força maior como excludente de responsabilidade estatal frente aos níveis de precipitações pluviométricas.

tricas, uma vez que é cada vez mais comum vermos destruição da natureza ocasionando danos patrimoniais e morte de muitas pessoas decorrentes de fenômenos que ocorrem de forma repentina.

## **2 RESPONSABILIDADE CIVIL: REQUISITOS DO DEVER DE INDENIZAR**

### **2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: PRESSUPOSTOS GERAIS**

A reponsabilidade exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação e de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito (GONÇALVES, 2012).

A responsabilidade civil tem seu fundamento legal no artigo 927 do Código Civil Brasileiro que diz que “aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, e segue em seu parágrafo único, “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002).

Para se concretizar a responsabilidade civil e o dever de indenizar sempre será indispensável a ocorrência dos seguintes elementos: “Quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima” (GONÇALVES, 2012). Para alguns doutrinadores, a responsabilidade civil se concretiza quando caracterizados três elementos: “Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, ocorrência de um dano moral ou patrimonial e nexo de causalidade entre dano e a ação” (DINIZ, 2012, p. 54-55). Assim, a reponsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano ou prejuízo que o cidadão causa a outrem, seja ele material ou imaterial, objetiva ou subjetiva. Para configurar esse dever de indenizar, devem estar presentes os elementos essenciais e, sem tais requisitos, não há que se falar em reponsabilidade civil.

O primeiro dispositivo legal que tratou especificamente da responsabilidade civil do Estado foi o artigo 15 do Código Civil de 1916, que dizia: “As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo”. Porém, esse dispositivo trazia uma controvérsia por se referir à necessidade de comprovação de culpa do agente. Após, a Constituição de 1946, em seu artigo 194, veio oferecer expressa-

mente a teoria objetiva do Estado, tendo o ente público o dever de reparar os danos causados por seus agentes, porém dando-lhe o direito de ação de regresso quando houvesse culpa por conta do agente (CAVALIERI, 2010, p. 245).

A Constituição Federal do Brasil de 1988 manteve em seu artigo 37, § 6º, a teoria do Estado como objetiva, ficando o Estado responsável pelos atos praticados pelas pessoas jurídicas de Direito Público, como também as de Direito Privado prestadores de serviços públicos, corroborando o direito de ação de regresso contra o agente causador nos casos de dolo e culpa (CAVALIERI, 2010).

Conforme Maria Helena Diniz (2012, p. 675), a responsabilidade civil do Estado se fundamenta em três espécies: a da culpa administrativa que responsabilizará o Estado somente se houver prova do ilícito praticado pelo agente, preposto ou funcionário; a do acidente administrativo ou da falta impessoal do serviço público, não cabendo indagar a culpa do agente, mas sim se houve falha no serviço da Administração Pública; e por último, a teoria do risco integral, que obriga o Estado a indenizar todos os danos causados por comportamentos comissivos dos funcionários a direitos de particulares.

## 2.2 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Gagliano (2012, p. 149-150) leciona que todas as circunstâncias que atacarem um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por ocasionar qualquer pretensão indenizatória. “Mesmo reconhecendo que a ‘culpa’ é um elemento acidental para a caracterização da responsabilidade civil, vale registrar que, quando adotada uma perspectiva subjetiva, tal dado anímico é fulminado também, com a ocorrência da causa excludente”.

Segundo a obra de Eduardo Viana Pinto (2003, p. 22):

Para que se consume a obrigação de indenizar é indispensável: - que se prove o nexo causal, a relação de causa e efeito (causa: conduta do ofensor. Efeito: dano causado) - que se avalie a conduta do ofensor, se agiu com culpa / dolo, ou se atuou sob a égide de alguma excludente de responsabilidade; desnecessária essa estimativa, na hipótese de responsabilidade objetiva ou de culpa presumida do agente lesionador.

Para Fábio Ulhoa Coelho (2010), a exclusão do elemento de responsabilização verifica-se em três hipóteses: caso fortuito ou de força maior, culpa de terceiro e a culpa exclusiva da vítima, cabendo à própria vítima a prova da relação de causalidade entre o dano que sofreu e ato ou atividade do causador.

Na obra de Gagliano (2012), verifica-se a observância de seis excludentes, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal, caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro.

Dentre todas as excludentes de responsabilidade civil, caso fortuito e força maior são vistas como as mais importantes. Caso fortuito e força maior são denominados como sinônimos perfeitos, conceituados de forma única e tipificados no artigo 393 do Código Civil (BRASIL, 2002), sendo esse artigo uma cópia fiel do artigo 1.058 do Código Civil de 1916.

Art. 393: O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou de força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.  
Parágrafo único: O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir.

Muito já se discutiu a diferença entre o caso fortuito e a força maior, mas até hoje não se chegou a um entendimento uniforme. Fala-se em caso fortuito ou de força maior quando se trata de acontecimento que escapa toda a diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. Cavalieri (2010, p. 68) muito bem diferencia as duas causas:

O Código Civil, no parágrafo único do citado artigo 393, praticamente os considera sinônimos, na medida em que caracteriza o caso fortuito ou de força maior como sendo o fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir. Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza, como as tempestades, enchentes, etc., estaremos em face da força maior, como o próprio nome o diz. A imprevisibilidade, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade é o da força maior. Entende-se por imprevisibilidade específica, relativa a um fato concreto, e não a genérica ou abstrata de que poderão ocorrer assaltos, acidentes, atropelamentos, etc., porque se assim não for tudo passará a ser previsível. A inevitabilidade, por sua vez, deve ser considerada dentro da certa relatividade, tendo-se o acontecimento como inevitável em função do que seria razoável exigir-se. [...] É preciso, destarte, apreciar caso por caso as condições em que o evento ocorreu, verificando se nessas condições o fato era imprevisível ou inevitável em função do que seria razoável exigir-se.

Ainda, quanto à prova do caso fortuito, cabe a quem o alega, “a prova ante a multiplicidade de peculiaridades nos casos, incumbe a quem alega o caso fortuito, seja porque extintivo do direito à indenização, seja porque o proprietário de coisa perigo-

sa que a põe em movimento assume os riscos decorrentes de acioná-la” (STOCO, p. 251).

## 2.3 RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

A evolução do tema responsabilidade ambiental, pode-se dizer que tem grande influência do intitulado Direito dos Desastres, que confere especial atenção ao Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente equilibrado previsto pelo artigo 255 da Constituição Federal. Pode-se definir essa nova seara jurídica através de uma relação interdisciplinar com as demais áreas do Direito, envolvendo propriedade, ordenamento do solo, contratos, direito do ambiente e direito administrativo, com vistas ao gerenciamento de riscos e garantias do cidadão contra as novas formas de violação diante da sociedade de risco contemporânea (CARVALHO, 2013, p. 142).

É papel do instituto da responsabilidade civil, portanto, efetivar não apenas direitos sobre fatos pretéritos, mas também garantir a proteção quanto aos danos futuros, dentre os quais se enquadram aqueles cuja previsibilidade é totalmente viável, passando o elemento risco a ser o principal aspecto observado no ponto, ao passo em que o comportamento negativo do agente configura desrespeito à ordem jurídica, sendo passível de responsabilização quando causar prejuízo a outrem (BORGES; GOMES; ENGELMANN, 2014).

Tratando-se de responsabilidade civil ambiental do Estado, os princípios da prevenção e da precaução são elementos jurídicos capazes de trazer ao intérprete da lei alguns critérios de avaliação quanto à imputabilidade do agente que – ante determinada obrigação de fazer – foi omissivo, tendo a sua inércia ocasionado o prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial a ser reparado. De acordo com a vasta doutrina sobre o tema, prevenir significa ter conhecimento efetivo dos riscos e de suas eventuais repercussões, ou seja, a aplicação de prevenção tem espaço quando o perigo é certo e há elementos seguros de que determinado resultado possui efetivo potencial de dano. De outro lado, a precaução tem espaço quando a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta, havendo meras indicações de potencial de dano de certa conduta ou omissão (MILARE, 2007).

Segundo Maria Helena Diniz (2012, p. 632-633), “o direito não pode ficar inerte ante a triste realidade da devastação ecológica, pois o homem está, com suas conquistas científicas ou tecnológicas, destruindo os bens da natureza, que existem para o seu bem-estar, alegria e saúde”. Alega, ainda, que todo esse desenvolvimento tecnológico e crescimento da produção vêm acompanhados de um aumento de catástrofes sociais, uma vez que “o dano ecológico tem causado graves e sérias lesões

às pessoas, às coisas ou ao meio ambiente, urgindo sua reparação, por envolver não abuso no exercício de um direito, mas também perigosos riscos". E, por essa razão, compete ao legislador ou ao órgão judicante restabelecer o equilíbrio, pois não deverá apreciá-lo se passageiro ou acidental, mas sim levar em conta as condições da vida moderna.

A responsabilidade civil por dano ao meio ambiente foi efetivamente consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que em seu artigo 14, parágrafo primeiro, diz que o Estado pode ser responsabilizado por danos ambientais até mesmo solidariamente em danos causados por terceiros, uma vez que cabe ao Estado defender e preservar o meio ambiente, podendo exercer o seu direito de regresso em relação ao agente causador direto do prejuízo. Todas as atividades que possam levar dano do ambiente estão subordinadas à Administração, sob as formas de fiscalização, vigilância ou controle, razão pela qual o Estado deve ser responsável solidário como poluidor em caso de dano à natureza, até mesmo por omissão do ente Público, ou seja, "o Poder Público está obrigado a tutelar o ambiente quanto a quaisquer atividades que possam acarretar prejuízo às pessoas, à propriedade ou aos recursos da natureza, mesmo que atendidas as regras oficiais" (JUCOVSKY, 2000, p. 55-56).

### **3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

No atual texto Constitucional de 1988, bem como no plano legal do Código Civil de 2002, consolidou-se a responsabilidade objetiva do Estado pelo risco administrativo, que embora dispense a prova da culpa do ente público, permite ao Estado afastar sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal – fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro (CARVALHO, 2013).

Segundo Gandini e Salomão (2003, p. 199-230), o princípio maior que rege os atos administrativos do Estado é o princípio da legalidade, exigindo-se que o Estado somente poderá fazer ou deixar de fazer algo desde que prescrito por lei. "Ocorre, porém, que em sua grande maioria os atos administrativos são atos vinculados, [...] visto que a margem de liberdade de decisão que a norma autoriza ao agente possui sempre um limite, posto pela própria norma". Na responsabilidade do Estado por conduta omissiva, por exemplo, o agente tem o dever de agir, estabelecido em lei, mas, desobedecendo à lei, não age e causa dano ao terceiro. Logo, trata-se de uma conduta ilícita, isto é, contrária à lei e ferindo o princípio da legalidade.

No entanto, essa responsabilização poderá ser proveniente de duas situações distintas. São elas:

a) de conduta positiva do Estado, isto é, comissiva, no sentido que o agente público é o causador imediato do dano; b) de conduta omissiva, em que o Estado não atua diretamente na produção do evento danoso, mas tinha o dever de evitá-lo, como é o caso da falta de serviço nas modalidades em que o serviço não funcionou ou funcionou tardiamente, ou ainda, pela atividade que se cria a situação propiciatória do dano que expõe alguém a risco (GANDINI; SALOMÃO, 2003, p. 199-230).

E é por que isso que, muito embora a responsabilidade Estatal seja objetiva, alguns doutrinadores entendem que a Constituição de 1988, em seu artigo 37, § 6º, reporta-se somente ao comportamento comissivo do Estado, de modo que somente uma atuação positiva pode gerar, causar ou produzir efeito. Logo, para que haja responsabilidade objetiva, a conduta precisará ser comissiva (DINIZ, 2012). Di Pietro (2011) ensina que na hipótese de conduta omissiva, a responsabilidade do Estado poderá ser subjetiva, pois os prejuízos não seriam causados pelo Estado, mas por acontecimento alheio a ele, ou seja, o Estado devendo agir, se omitiu. O lesado não precisa fazer prova de que existiu a culpa ou dolo, cabendo ao Estado demonstrar que agiu com diligência, que fez uso dos meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir. Fazendo essa prova, não incidirá responsabilidade. Essa dosagem de possibilidade e exigência só pode ser analisada caso a caso.

### **3.1 PREVENTIVIDADE OBJETIVA E ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

No momento em que o Estado outorga ou possibilita ao seu servidor a realização de determinada atividade, assume o risco de sua execução, ou seja, se condiciona ao seu dever de indenizar caso o agente venha a causar danos a terceiros. Para isso, é suficiente o fato de sua atuação (fato de serviço), de sua intromissão ou de sua presença (RIZZARDO, 2009).

No ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que o Estado, como qualquer outro sujeito de direito, pode causar danos a outrem por meio de sua atividade administrativa, gerando assim o dever de reparar os danos causados. Especificamente ao dano ambiental, Milaré (2007) sustenta que é dever do Estado a reparação, uma vez que é seu dever indenizar e impedir a ocorrência de tais danos. É um dever constitucional fiscalizar e coibir ação de terceiros que possam vir a provocar dano ambiental. Para o direito ambiental, a reparação e repressão representam atividades menos valiosas do que a prevenção, pois cuidam do dano já causado, enquanto que a prevenção e precaução tratam do momento anterior: o do mero risco. É essa a visão do di-

reito ambiental. Não pode a humanidade e o próprio Direito contentar-se em reparar e controlar o dano ambiental, mas sim prevenir, uma vez que na maioria das vezes ele é irreparável. É o que ensina o doutrinador Carvalho (2013, p. 19), em sua obra:

A ocorrência de eventos popularmente denominados “desastres naturais” intriga populações há séculos. Apesar disso, também é histórico o fato de que providências costumam ser tomadas somente após a concretização do desastre e a contabilização dos danos. Os exemplos são muitos e pelo mundo todo. Apesar de variarem de acordo com elementos como a vulnerabilidade, resiliência, cultura e percepção dos riscos, todos têm em comum a destruição, a perda e, muitas vezes, a irreversibilidade. Há desastres presentes e futuros, dentro e fora do âmbito ambiental.

Assim, deverá prevalecer a proteção ao meio ambiente, mesmo se houver incerteza científica sobre a ocorrência de um dano, imputando-se ao Estado uma ação preventiva sem se omitir de sua obrigação. A prevenção deve ser a solução para impedir os danos ambientais, ainda que incertos. É notório que o acolhimento dos princípios da precaução e prevenção vai além da preventividade tradicional, “preocupando-se com o direito das gerações futuras, afetado por danos nem sempre perfeitamente identificáveis, mas prováveis, que exigem medidas e precaução” (STEIGLEDER, 2011, p. 168).

Nesse sentido, surgiu a Lei Federal das Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico – LDNSB 11.445/2007 (BRASIL, 2007), a qual estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico a serem seguidas por todos os entes da Federação. Ela foi aprovada com fulcro no artigo 21, inciso XX da Constituição Federal, segundo o qual “compete à União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”, bem como no artigo 200, inciso IV da mesma Carta, que dispõe que “ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei, participar da formulação e da execução das ações de saneamento básico” (MORANO, 2009, p. 49-58).

A criação desta lei traz uma importante relevância na regulamentação do saneamento básico do país, uma vez que reúne regulamentos de significativa relevância para a implantação e funcionamento de medidas que desenvolvam e regulem as ações de saneamento no país, mesmo que, na maioria das vezes, dependa dos interesses públicos nas diferentes regiões (SILVA; BASTOS).

Essas normas constitucionais de conteúdos programáticos indicam objetivos sociais a serem alcançados pelo Estado, em busca de melhoria das condições econômicas, sociais e políticas da sociedade, visando a materialização e cumprimento dos objetivos fundamentais previstos na Constituição Federal. Para o doutrinador José

Afonso da Silva (2001), todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica e se diferenciam apenas quanto ao grau de seus efeitos jurídicos: normas constitucionais de eficácia plena, as quais são as que, por serem dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependem de atuação do legislador ordinário para que alcancem sua plena operatividade, já que, “desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador, direta ou indiretamente, quis regular”; normas constitucionais de eficácia contida, as quais também incidem imediatamente e produzem todos os efeitos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites; e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que são as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador não estabeleceu, sobre a matéria, uma normativa para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

### **3.2 O CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR NO CASO DAS PRECIPITAÇÕES PLUVIOMÉTRICAS**

É cada vez mais comum se ver a destruição da natureza ocasionando danos patrimoniais e a morte de muitas pessoas decorrentes de situações naturais, inoportunas, causadas pelo transbordamento de água, cheias e alagamentos. Isso ocorre, geralmente, em áreas mais populosas, onde a drenagem é menos eficiente e as precipitações pluviométricas já são periódicas. Nesse contexto, indaga-se a (in)aplicabilidade das excludentes (caso fortuito ou força maior) quando se fala em responsabilidade do Estado, uma vez que os casos ocorrem sempre do mesmo modo e nos mesmos períodos.

O caso fortuito e a força maior, nesse sentido, devem ser interpretados à luz dos institutos relacionados à tutela específica do Meio Ambiente, mediante aplicação do risco como elemento interpretativo da atividade danosa – seja ela na forma comissiva ou omissiva (GRANZIERA, 2011). Deve-se observar que a exclusão de responsabilidade sempre estará atrelada ao nexos causal e à sua relação direta como causa do dano, logicamente observando-se as circunstâncias do caso concreto.

Para tanto, segundo Carvalho (2015), devem-se utilizar os elementos: (a) capacidade de demonstração da previsibilidade do risco; (b) o conhecimento ou expectativa legítima de que o Estado tivesse ciência do risco; (c) existência de um plausível e razoável dever de proteção por parte do agente público; e (d) grau de participação da vítima ou terceiros.

Partindo para caminhos interdisciplinares, logicamente sem passar ao largo do real objeto jurídico da monografia, pode-se facilmente obter conclusões razoáveis acerca da previsibilidade do risco e da ciência de sua probabilidade pelo Estado. Deve-se ter em mente que dados meteorológicos não são novos no Brasil, sendo acessíveis a todo o público. Para bem elucidar tal ponto, cita-se o Estado de São Paulo, que possui mais de 100 anos de dados pluviométricos devidamente salvos, inclusive com registros diários de índices de chuvas e nível dos principais rios do Estado desde a década de 50 (DAEE). A Agência Nacional de Águas (ANA), por sua vez, possui vasto material publicado, através do qual oportuniza a facilitação de obtenção de dados hidrometeorológicos, necessários ao desenvolvimento de projetos e à aplicação de instrumentos essenciais à gestão integrada dos recursos hídricos. O Instituto Nacional de Meteorologia (BDMEP), no mesmo sentido, oferece, em seu portal na internet, dados diários a partir de 1961, em forma digital, de pelo menos 80% dos dados que foram registrados desde então, ou seja, disponibiliza ao público em geral informações sobre eventos climáticos de forma precisa já há bastante tempo.

Como se observa, de acordo com estudos meteorológicos acessíveis a qualquer cidadão, é possível aos mais diversos setores econômicos a obtenção de dados históricos relacionados à precipitação, insolação ou outros critérios meteorológicos. Nessa linha de raciocínio, portanto, descabe falar em imprevisibilidade do evento "chuva" no nosso País, ao passo em que levantamentos meteorológicos públicos indicam precipitações sazonais que devem servir como elemento interpretativo da possibilidade de ação preventiva do Estado quanto à prevenção dos fatos danosos.

Sobre o dever de proteção do Estado acerca do evento danoso sob exame, deve-se prestar atenção aos relatórios obtidos a partir do site do Instituto Nacional de Meteorologia (INMET) para poder ter a exata noção da falta de atitudes preventivas dos entes públicos no que toca à gestão dos sistemas de drenagem pluvial expressamente previstos pela Lei nº 11.445/2007. Os dados públicos disponíveis noticiam, em diversas ocasiões, a ocorrência de precipitações realmente significativas, em intensidades que se repetem desde que se verificam disponíveis as informações que serão elencadas de forma exemplificativa a seguir.

As informações técnicas devem pautar a atuação Estatal, sobretudo pelo dever de preventividade objetiva sob o qual deve agir. A partir dos dados pesquisados no Estado do Rio Grande do Sul, e sobretudo no que diz respeito às discussões judiciais observadas na Região Metropolitana de Porto Alegre, descaberia falar em caso fortuito, força maior ou fatos da natureza como excludentes de responsabilização do ente público nos casos de enchentes ocorridas atualmente, uma vez que a atual interpretação dos requisitos da responsabilidade civil deve ser analisada à luz da ine-

xistência de imprevisibilidade e inevitabilidade para fatos dessa ordem. O ato ilícito do ente público, ao tratar-se de responsabilidade civil decorrente de precipitações acumuladas de chuva nos casos estudados, recebe a sua tipificação ao passo em que há desconformidade de ação no que diz respeito à correta e eficaz gestão dos sistemas de gerenciamento de recursos hídricos (serviço público indisponível), expressamente previstos pelo Plano Nacional de Saneamento Básico (PNSB), cuja elaboração é prevista pela Lei n. 11.445/2007.

Carvalho (2015, p. 261-292) é conclusivo nesse aspecto, referindo como claras omissões ilícitas:

Omissões tais como a não inscrição de município sujeito a desastres, a falta de entrega dos planos de contingência ou sua execução defeituosa, a não confecção de mapas de risco, assim como o necessário alinhamento de imposições restritivas a construções no plano diretor com as informações constantes nos mapas de risco.

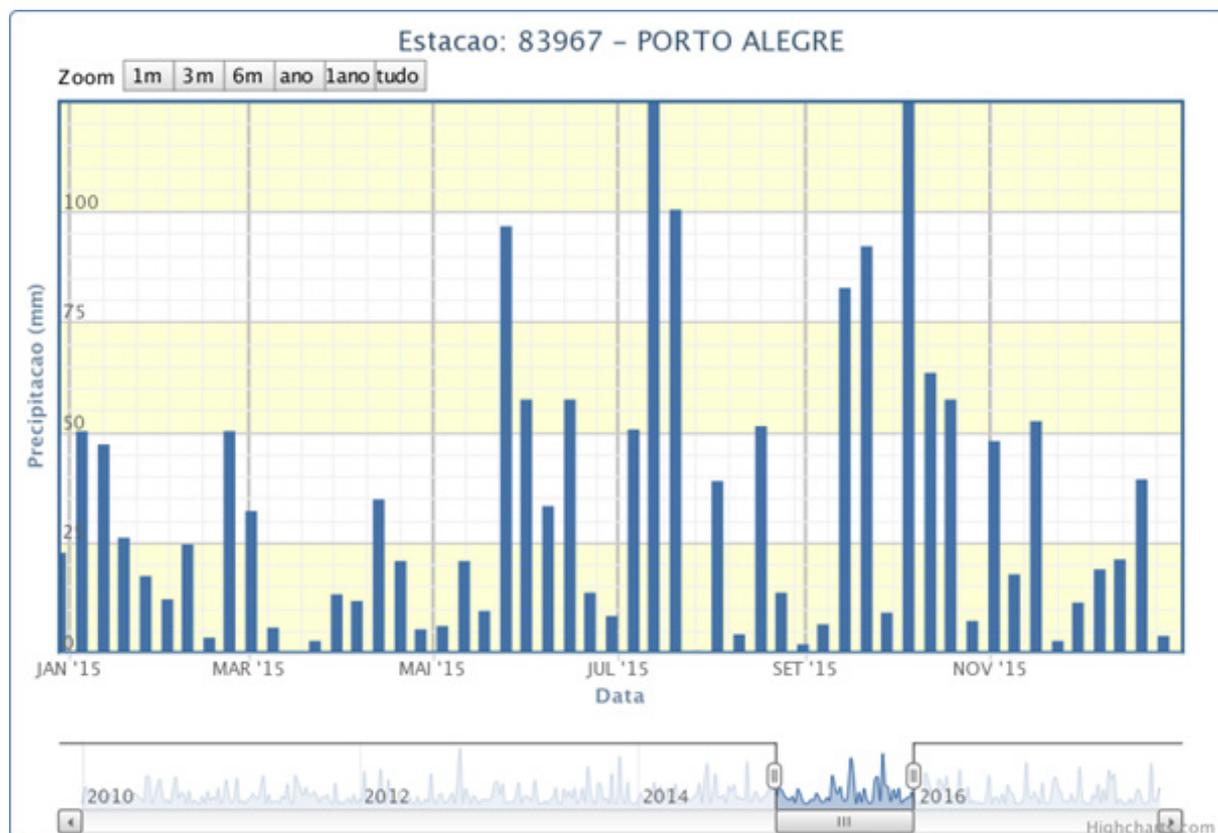
Para a averiguação da responsabilidade civil e da possibilidade de aplicação de alguma circunstância excludente, deve-se interpretar ainda o grau de participação da vítima ou de terceiros quanto aos eventos danosos, o que, no caso de desastres naturais, terá estreita relação não apenas com a forma pela qual se deu a ocupação das áreas para moradia, mas também como ocorreu a gestão de áreas – públicas ou não – através de planejamento urbanístico a ser desenvolvido pelos respectivos órgãos gestores.<sup>1</sup>

No intuito de contextualizar as bases doutrinárias estudadas, buscou-se, junto ao INMET, informações específicas das precipitações pluviométricas ocorridas na região sobre a qual versam as discussões judiciais que serão analisadas em item específico -, a fim de comparar a incidência do evento “chuva”, de modo aleatório, com níveis de precipitações ocorridos em diversos períodos. Frisa-se que a análise quantitativa aqui proposta não possui o objetivo de exaurir ou validar estatisticamente as informações, mas sim correlacionar os entendimentos jurisprudenciais sobre as excludentes de ilicitude aos casos estudados.

<sup>1</sup> “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. Comarca de Votorantim. Reparação de danos materiais e morais em decorrência de enchente havida em meados de janeiro de 2011. Impossibilidade. Imóvel construído em área *non aedificandi*. Inexistência de responsabilidade do Poder Público por falha no serviço. Precedente. Sentença mantida. Recurso não provido.” In: São Paulo, Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0000457205**. Relator: Ronaldo Andrade. Data de Julgamento: 16/06/2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0006261-15.2012&foroNumeroUnificado=0663&dePesquisaNuUnificado=0006261-15.2012.8.26.0663&dePesquisa=&uuidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar>>. Acesso em. 08 nov. 2017.

Nesse sentido, a Estação Meteorológica de Porto Alegre, no ano de 2015, apresenta os seguintes índices de Precipitação Pluviométrica:

**Gráfico 1 - Índices de Precipitações Pluviométricas no ano de 2015**

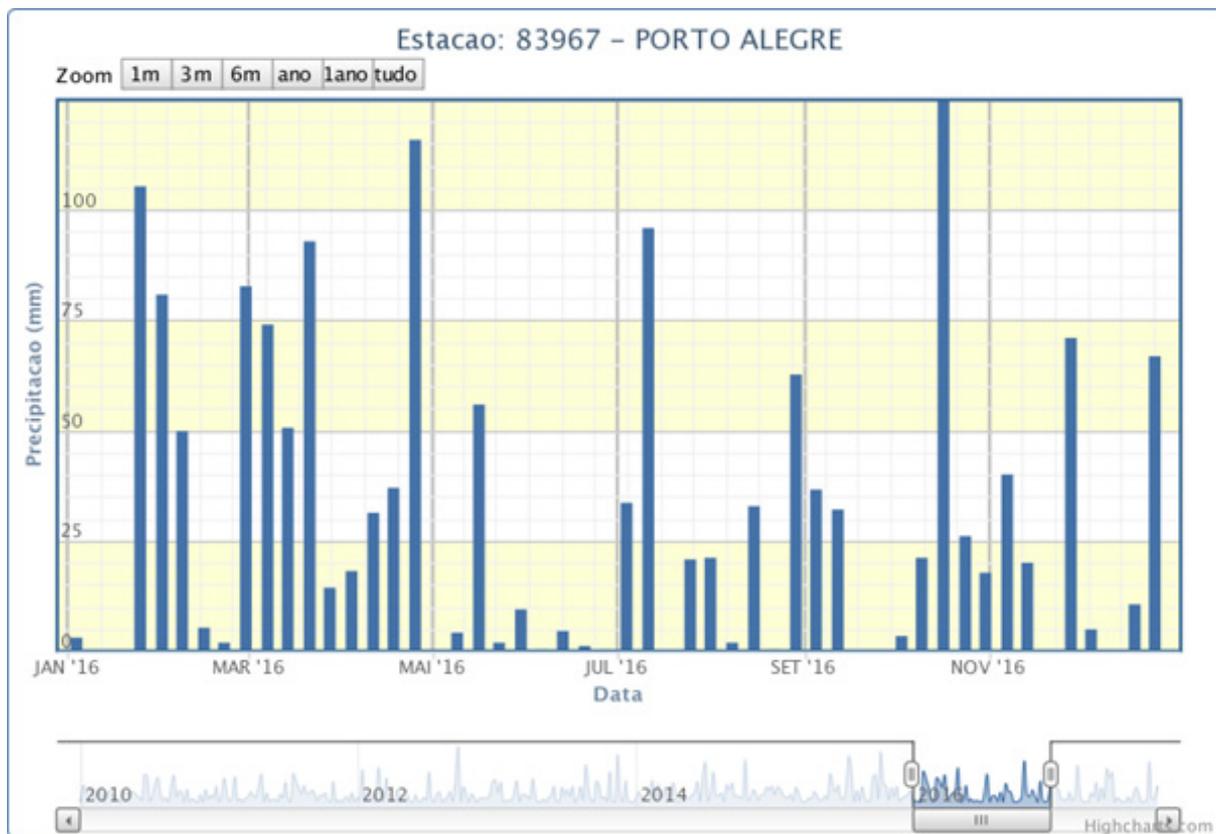


**Fonte: Instituto Nacional de Meteorologia (INMET)**

Observa-se que nos meses de julho e outubro houve precipitações que extrapolaram os limites de 150mm em duas oportunidades, ou seja, o evento - em apenas um ano - repetiu-se em duas oportunidades. Para que se interpretem os dados no sentido de averiguar a sua tipificação como caso fortuito ou força maior, analisam-se, na sequência, ainda mais informações.

No ano de 2016, a mesma Estação Meteorológica apresenta os seguintes Índices de Precipitação Pluviométrica:

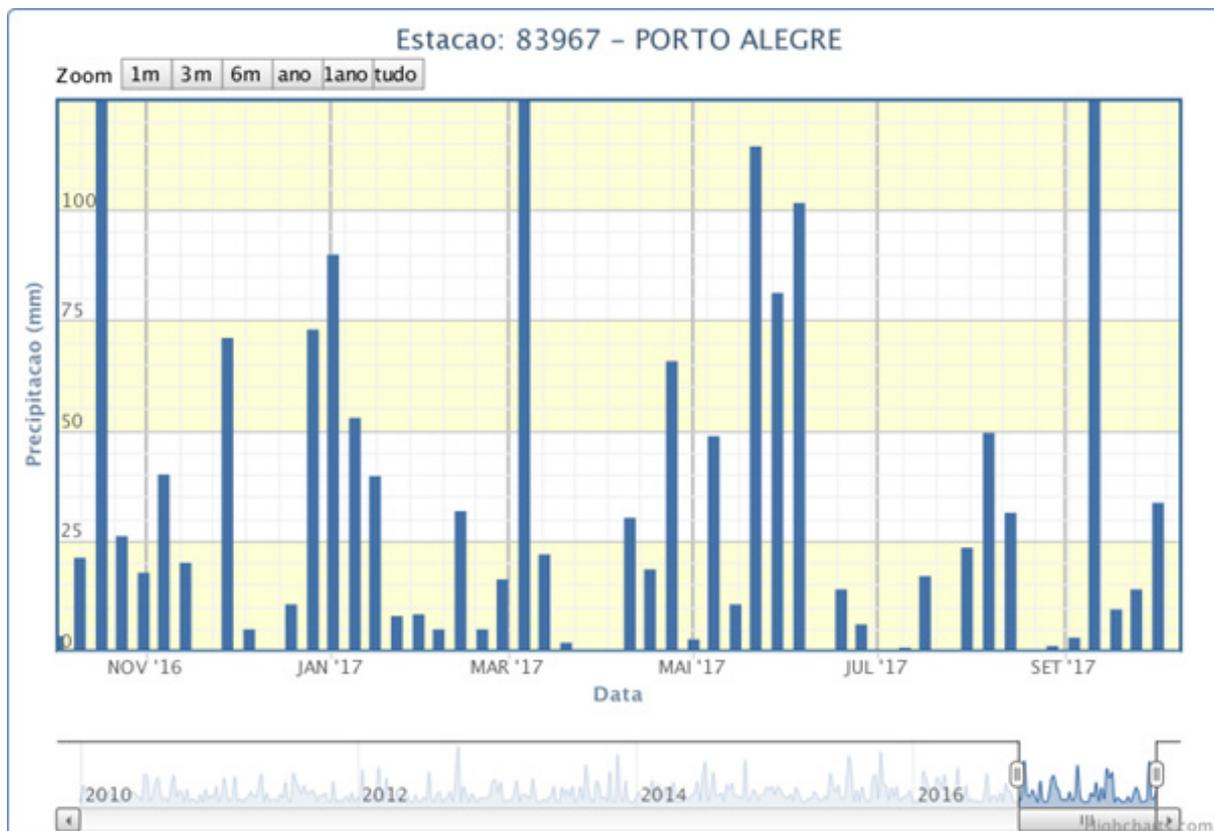
Gráfico 2 - Índices de Precipitações Pluviométricas no ano de 2016



Fonte: Instituto Nacional de Meteorologia (INMET)

Acima, portanto, é possível verificar que em 2016 o evento “chuva acumulada de mais de 100mm” ocorreu em três oportunidades, ou seja, fato que se mostra bem comum ao longo do ano. Para bem fazer uma abordagem atual - últimos 3 anos - abaixo seguem os dados obtidos em 2017, na mesma linha interpretativa.

Gráfico 3 - Índices de Precipitações Pluviométricas no ano de 2017



Fonte: Instituto Nacional de Meteorologia (INMET)

Os dados acima corroboram a normalidade das precipitações em níveis acima de 100mm de acúmulo, não só ratificando que é de natureza ordinária a ocorrência de chuvas em tais níveis como inclusive demonstrando que se trata de evento cada vez mais comum.

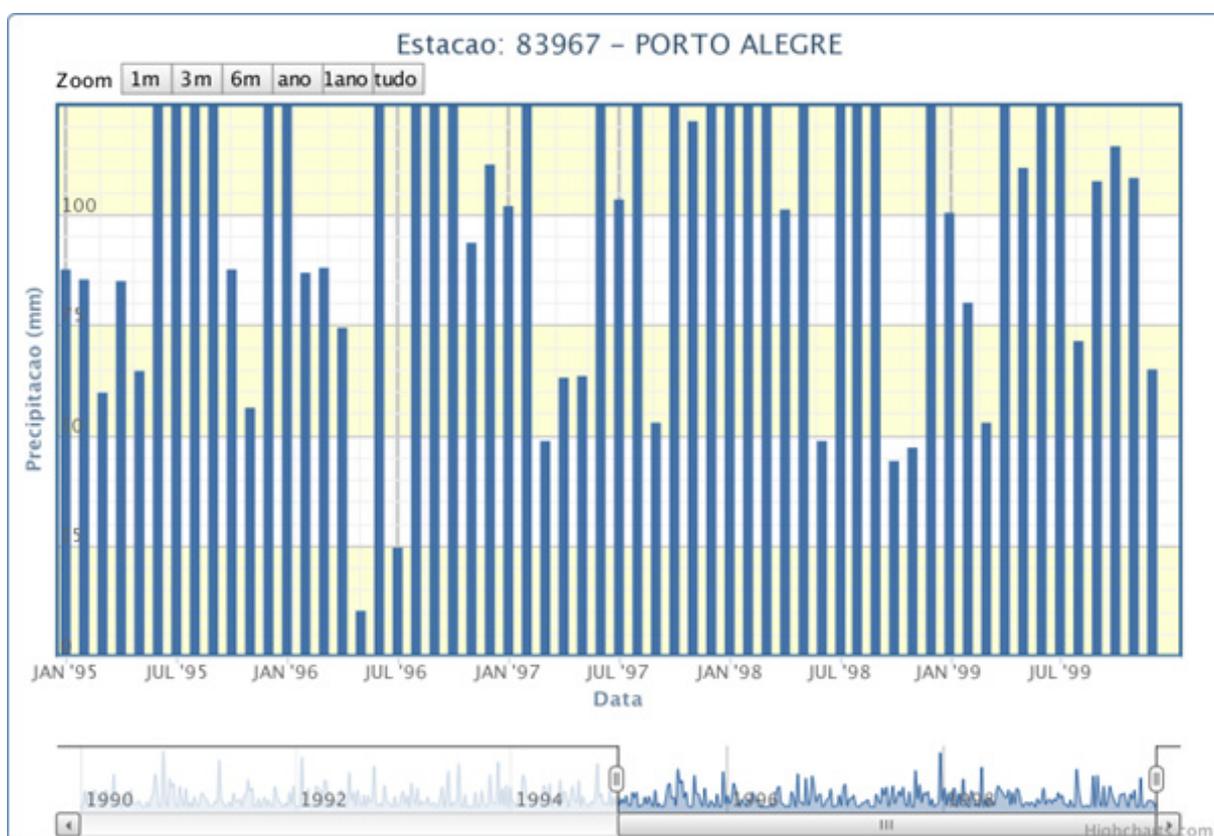
Analisando os índices pluviométricos obtidos, seria inaplicável o argumento do Estado de que precipitações pluviométricas acima de 100mm - ou mesmo aquelas que extrapolam 200mm de acumulado - constituem de caso fortuito ou força maior. Para que fosse admitida a alegação dessas excludentes, os efeitos do fato ocorrido não poderiam ser possíveis de evitar, ou impedir, o que - conforme será exposto, não se observa (CAVALIERI, 2010). Carvalho (2013, p. 127) ensina que, nos dias atuais, com o avanço tecnológico, é quase impossível a ocorrência da imprevisibilidade absoluta:

Se por um lado se pode dizer que os riscos imprevisíveis são, por definição, ingovernáveis, por outro, há que se ter em mente que a imprevisibilidade como fator determinante de existência de força maior é relativa no tempo e no espaço, pois o avanço tecnológico torna quase remota a hipótese da imprevisibili-

dade absoluta. Hoje, raros eventos são absolutamente imprevisíveis. A partir dessa leitura, há uma limitação da exclusão de responsabilidade por força maior que, para sua caracterização, requer que o fato seja imprevisível ou, se previsível, inevitável.

Na tentativa de corroborar as indicações fáticas acima, analisou-se dados pretéritos, ou seja, indicativos de uma suposta natureza ordinária dos índices pluviométricos analisados. Sob tal ótica, assim apurou a Estação Pluviométrica de Porto Alegre, entre os anos de 1995 e 2000:

**Gráfico 4 - Índices de Precipitações Pluviométricas no ano de 1995-2000**

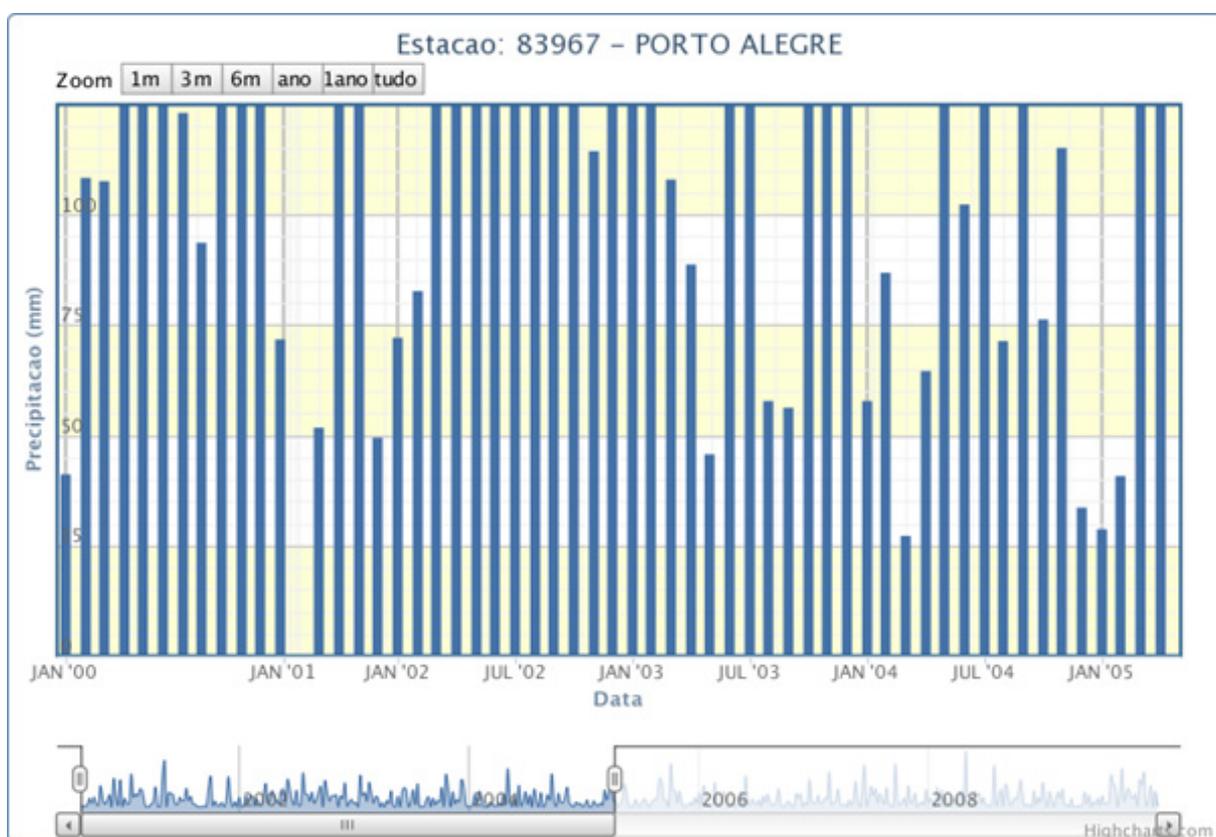


**Fonte: Instituto Nacional de Meteorologia (INMET)**

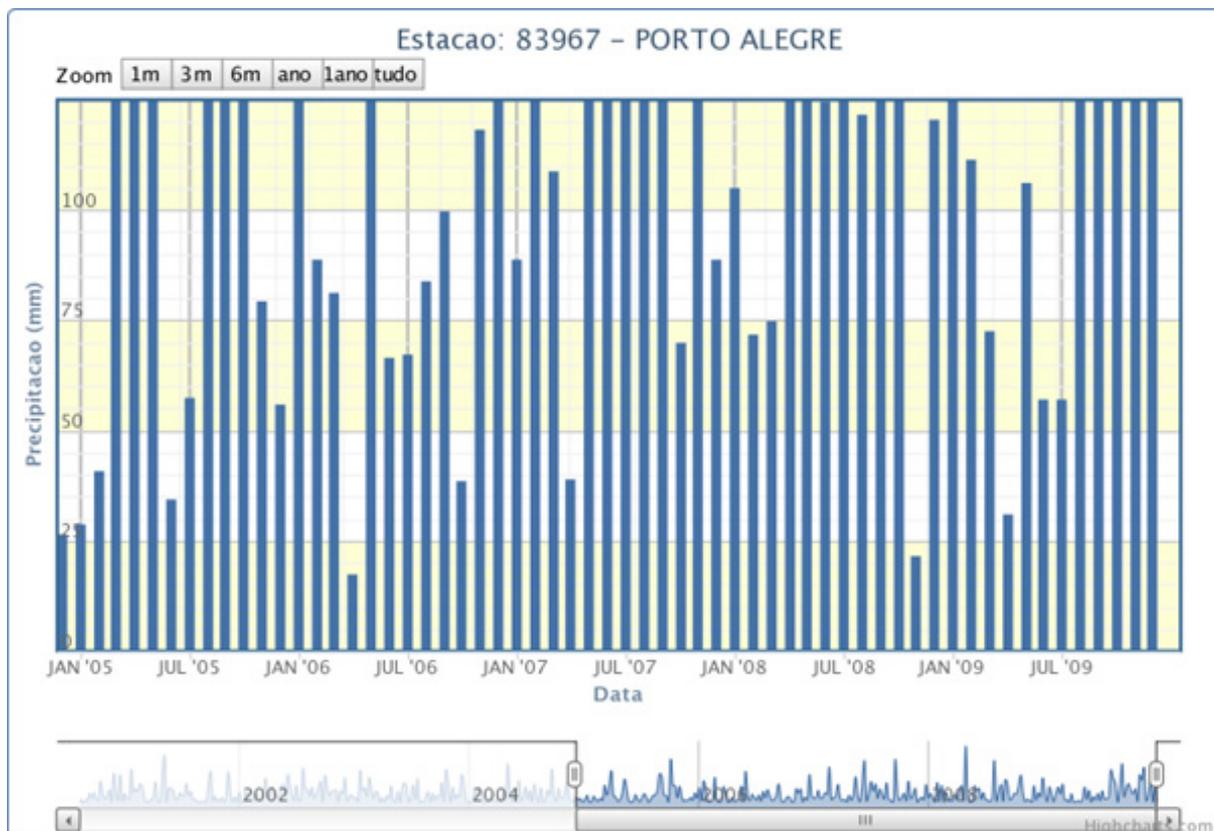
Entre janeiro de 1995 e dezembro de 1999, portanto, em 31 oportunidades, houve precipitações pluviométricas com acúmulos superiores a 100mm. Deve-se ressaltar que em duas dessas oportunidades, nos meses de julho de 1998 e outubro de 1997, houve acúmulos superiores a 200mm, ou seja, realmente chuvas significativas com uma frequência.

Para finalizar a contextualização pretendida, as tabelas abaixo apresentam os índices pluviométricos entre os anos de 2000 e 2009.

**Gráfico 5 - Índices de Precipitações Pluviométricas no ano de 2000-2005**



**Fonte: Instituto Nacional de Meteorologia (INMET)**

**Gráfico 6 - Índices de Precipitações Pluviométricas no ano de 2005-2009**

**Fonte: Instituto Nacional de Meteorologia (INMET)**

O que se observa pela breve análise dos dados acima é a ocorrência dos mesmos fenômenos, de forma repetida, ao longo das duas últimas décadas. Pode-se afirmar que chuvas com acúmulo superior a 100mm são muito comuns, ao passo que precipitações com acumulados até superiores a 200mm ocorreram em pelo menos duas oportunidades ao longo da década 2000-2009.

Nesses casos demonstrados acima, portanto, eventuais responsabilidades decorrentes do cenário de chuvas na Região Metropolitana de Porto Alegre deveriam ser interpretadas de acordo com os dados públicos existentes. Apenas assim poder-se-ia averiguar se estaria diante de uma conduta omissiva do Estado, já que, em tese, devendo agir, não o fez ou o teria feito deficientemente, não atendendo aos padrões lícitos e caracterizando uma conduta incúria, imprudente ou negligente. Assim verificado, significaria um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, deveria ser evitado (MILARE, 2007), deixando de agir preventivamente.

Assim, ao agir em descompasso com o seu dever, o Estado “descumpra os preceitos constitucionais e infraconstitucionais de zelar por um meio ambiente equilibrado na perspectiva da solidariedade intergeracional” (HUPFFER *et al.*, 2012), surgindo,

então, o seu dever constitucional de indenizar, previsto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. A proteção ambiental deficiente que vai contra o que é estabelecido na Constituição viola um dever e um direito da população, indo em oposição a uma gestão eficaz de riscos (PESSOA; SILVA; SOUZA, 2017). Mello (2014, p. 1033) muito bem exemplifica a responsabilidade civil nos casos específicos das enchentes, nos quais é clara a responsabilidade estatal:

É razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo da água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias.

A ocorrência destes fenômenos tende a aumentar de forma significativa diante do avanço da sociedade e seu crescimento, fazendo com que os danos sejam cada vez mais intensos, tanto economicamente, quanto em termos de vidas humanas (CARVALHO, 2013). Os perigos e riscos estão presentes em todo momento e em toda a volta, sendo que as catástrofes naturais derivam da negligência com o meio. É nesse momento que se percebe a falha do Estado em agir, uma vez que tem amparo da legislação para fazer esse papel de proteção e manutenção do mínimo existencial, já que “legislação, sem sua aplicação, torna-se apenas mais um texto dentre tantos. O Estado, que negligencia os desastres, omitindo-se em fases, como a da prevenção, assume os riscos e, conseqüentemente, pode-se sujeitar ao questionamento de sua responsabilidade”. E é justamente esse direito às prestações positivas, previsto na Constituição nos mais variados artigos, que assegura à população o direito de cobrar a efetividade de ações que visem a preservação da vida e de seus bens (PESSOA; SILVA; SOUZA, 2017), uma vez que, na medida em que se avança, do ponto de vista científico, a identificação das causas e conseqüências dos desastres, já não é mais permitido embasar todos os episódios climáticos extremos como meros “acazos naturais” (FENSTERSEIFER, 2017).

Essa falta de ações preventivas por parte do Estado configura uma ausência de política pública mais efetiva, para fins de corrigir problemas históricos de longa data e prevenir problemas futuros, que estão diretamente ligados ao denominado “mínimo existencial”, já que decorrentes da drenagem pluvial e saneamento básico, o qual inclusive tem Lei específica nº 11.445/2007, já mencionada acima. Carvalho (2013) ensina que as medidas preventivas impostas devem ser proporcionais à gravidade dos riscos, de modo que atinja o nível de proteção pretendido e, para isso, a mitigação dos riscos não deve levar em consideração apenas os riscos imediatos, mas sim analisar os efeitos a médio e logo prazo.

Deveres de proteção do Estado contemporâneo estão alicerçados no compromisso constitucional assumido pelo ente estatal, por meio do pacto constitucional, no sentido de tutelar e garantir nada menos do que uma vida digna aos seus cidadãos, o que passa pela tarefa de promover a realização dos direitos fundamentais, retirando possíveis óbices colocados à sua efetivação (FENSTERSEIFER, 2017).

Logo, não pode o Estado alegar a aplicabilidade de caso fortuito e força maior quando deixar de agir adequadamente diante de uma obrigação que é sua em um dano previsível e evitável e que, conseqüentemente, vá atingir gerações futuras. Entende-se que para haver exclusão de uma relação de causalidade, a força maior requer a concorrência de eventos estranhos à atividade administrativa e ao funcionamento dos serviços públicos. Assim é o ensinamento de Carvalho (2008) quando fala em danos ambientais futuros que podem ser percebidos por meio da probabilidade, ou seja, é o que pode ser percebido como mais ou menos provável ou improvável. E havendo o descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias, a omissão do Estado em realizar adequadamente medidas, como a limpeza regular de bueiros e a conservação da rede pluvial, configura uma falha de serviço e não uma excludente de responsabilidade (CARVALHO, 2008, p. 130).

## **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Toda vez que uma conduta humana viola um dever jurídico, gera o dever de indenizar, uma vez que todos nós, como sociedade, devemos manter e tutelar a pertinência de um bem. Para se concretizar a responsabilidade civil e o dever de indenizar será indispensável a ocorrência dos elementos: dano, conduta e nexa causal.

Viu-se também que dentro da responsabilidade civil e do caráter indenizatório, existem as excludentes da responsabilidade civil, as quais conseqüentemente afastam o dever de indenizar, de modo que enfraquecem ou excluem o nexa causalidade da relação. Existem situações que provocam prejuízos ao direito de outrem, mas não constituem dever de indenizar, por estarem relacionados à ordem jurídica e serem sancionados e protegidos pela lei.

Também foi trazido ao presente trabalho a responsabilidade civil por dano ambiental, que vem evoluindo grandemente dentro do ramo do direito, tendo em vista ser um bem comum a todos e que deve ser preservado. Possui previsão constitucional no § 1º do artigo 255 e foi efetivamente consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei nº 6.938/1981, no artigo 14, §1º. Nesse campo da responsabilidade, cabe ao agente causador demonstrar que não é o responsável

pelos efeitos alegados. Logo, cabe ao agente a tentativa de desconstituir o nexo de causalidade decorrente de sua ação.

Ainda, quando se estudou a responsabilidade civil do Estado, viu-se a sua evolução envolvendo diversas teorias até chegar na teoria aplicada atualmente, que é a teoria objetiva, fundada no risco administrativo. O atual texto da Constituição Federal Brasileira prevê essa responsabilidade no artigo 37, § 6º. O Estado pode demonstrar que agiu com diligência e que fez uso dos meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir e, mediante essa comprovação ou alegação de excludente, pode o Estado afastar a sua responsabilização.

Contudo, o Estado é regido pelo princípio da legalidade e, nesse contexto, deve fazer sempre e somente o que a lei mandar. No momento em que o Estado outorga ou possibilita ao seu servidor a realização de determinada atividade, assume o risco de sua execução, ou seja, se condiciona ao dever de indenizar caso o agente venha a causar danos a terceiros. Para isso, é suficiente o fato de sua atuação (fato de serviço), da sua falta de atuação ou sua atuação falha. Quando o Estado deixa de agir adequadamente diante de uma previsão legal, ele está tendo uma conduta ilícita e omissa, isto é, contrária à lei e ferindo o princípio da legalidade.

Entretanto, sendo a Constituição Brasileira um conjunto de normas e princípios reguladores do Estado e da sociedade, a sua finalidade é sempre a sua eficaz aplicação no mundo dos fatos. A Lei Maior, principalmente em razão de sua superioridade no ordenamento, existe para ser cumprida, efetivada e concretizada, já que os seus valores se encontram em conformidade com as necessidades do povo.

Quando se estuda a preventividade objetiva do Estado diante de um dano ambiental, constata-se também que ela se dá na aplicação do princípio da prevenção e da precaução. Ou seja, mesmo se houver incerteza científica sobre a ocorrência de um dano, imputa-se ao Estado uma ação preventiva. A prevenção deve ser a solução para impedir os danos ambientais, ainda que incertos. O acolhimento desses princípios vai além da preventividade tradicional, preocupando-se também com o bem-estar das gerações futuras.

Todavia, é cada vez mais comum se ver a destruição da natureza em locais nos quais as precipitações pluviométricas são sabidas e corriqueiras, ocasionando danos patrimoniais e morte de muitas pessoas. Esses dados se confirmaram com os gráficos ilustrados. Portanto, quando se fala em reponsabilidade decorrente de precipitações pluviométricas, deve-se interpretar de acordo com os dados públicos existentes. Apenas assim pode-se averiguar se, de fato, está-se diante de uma conduta omissiva do Estado já que, em tese, devendo agir, não o fez ou fez deficientemente,

não atendendo os padrões lícitos e caracterizando uma conduta incúria, imprudente ou negligente. Assim verificado, significa um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, deveria ser evitado, deixando de agir preventivamente.

Desta forma, embora a responsabilidade estatal por danos ambientais deva ser avaliada no caso concreto (ação, omissão e causas excludentes), foi possível verificar a falha do Estado em ações preventivas, uma vez que possui dever constitucional e leis específicas que o impõem caráter preventivo. Logo, não pode o Estado, por exemplo, alegar excludentes e afastar a sua responsabilidade, quando na verdade deixou de aplicar e fiscalizar uma obrigação que era sua. Por isto, entende-se como inaplicáveis as excludentes de caso fortuito e força maior em casos onde as precipitações pluviométricas são sabidas e ocorrem frequentemente, devendo o Estado agir e observar as probabilidades de ocorrência futura de danos ambientais ou das consequências futuras de um dano ambiental atual, a fim de preservar a atual e futuras gerações de danos que, muitas vezes, são irreparáveis, visando a construção de um futuro desejado com menos desastres e danos ambientais.

## REFERÊNCIAS

BORJES, Isabel Cristina Porto; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade Civil e Nanotecnologias**. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Agência Nacional de Águas. **Inventário das estações pluviométricas**. Disponível em: <<http://www3.ana.gov.br/>>. Acesso em: 09. nov. 2017.

BRASIL. Instituto Nacional de Meteorologia. **BDMEP - Banco de Dados Meteorológicos para Ensino e Pesquisa**. Disponível em: <<http://www.inmet.gov.br/portal/index.php?r=bdmep/bdmep>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DE METEOROLOGIA (INMET). **Estações convencionais – Gráficos**. Disponível em: <[http://www.inmet.gov.br/portal/index.php?r=home/page&page=rede\\_estacoes\\_conv\\_graf](http://www.inmet.gov.br/portal/index.php?r=home/page&page=rede_estacoes_conv_graf)>. Acesso em: 08 nov. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 24 nov. 2016.

BRASIL. **Lei 11.445 de 05 de janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-)

2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Ministério das Cidades. **Plano nacional de saneamento básico - PLANSAB**. 2013. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/saneamento-cidades/plansab>>. Acesso em: 15 set. 2015.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013.

CARVALHO, Délton Winter de. Responsabilidade civil do estado por desastres naturais: critérios para a configuração da omissão estatal face ao não cumprimento de deveres de proteção. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 1, p. 261-292, mar. 2015. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/90165>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: Obrigações: Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, 656.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FENSTERSEIFER, Tiago. **A responsabilidade do estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais associados às mudanças climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente**. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_25807422\\_a\\_responsabilidade\\_do\\_estado\\_pelos\\_danos\\_causados\\_as\\_pessoas\\_atingidas\\_pelos\\_desastres\\_ambientais\\_associados\\_as\\_mudancas\\_climaticas\\_uma\\_analise\\_a\\_luz\\_dos\\_deveres\\_de\\_protecao\\_ambiental\\_do\\_estado.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_25807422_a_responsabilidade_do_estado_pelos_danos_causados_as_pessoas_atingidas_pelos_desastres_ambientais_associados_as_mudancas_climaticas_uma_analise_a_luz_dos_deveres_de_protecao_ambiental_do_estado.aspx)> Acesso em: 09 nov. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A Responsabilidade Civil do Estado por conduta omissiva. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, abr./jun. 2003, p. 199-230. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45692/45070>>. Acesso em: 05 set. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. 2. ed., rev. atual. São Paulo, SP: Atlas, 2011.

HUPFFER, Haide Maria *et al.* Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. **Revista direito GV**, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100005)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. **Responsabilidade Civil do Estado por danos ambientais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Revista e atualizada até à Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORANO, Cintia Braudi Lopes. O Serviço Público de Sanemaneto básico e a Lei nº 11.445/07: Corte de água e a dignidade da pessoa humana. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da FMU**, n. 31, 2009, p. 49-58. Disponível em: <file:///C:/Users/PITER/Downloads/44-129-1-PB.pdf> Acesso em: 28 out. 2017.

PESSOA, Conrado Falcon. SILVA E SOUZA, Carlos Eduardo. Os danos catastróficos e a responsabilidade civil do Estado. **Revista Jurídica Direito & Paz**, São Paulo, n. 36, 2017, p. 255-270. Disponível em: <http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/459/327>. Acesso em: 02 nov. 2017.

PINTO, Eduardo Viana. **Responsabilidade Civil: De acordo com Novo Código Civil**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SÃO PAULO. Departamento de Águas e Energia Elétrica. **DAEE mantém mais de 100 anos de dados pluviométricos**. Disponível em: <[http://www.daee.sp.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=649:daee-mantem-mais-de-100-anos-de-dados-pluviometricos&catid=48:noticias&Itemid=53](http://www.daee.sp.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=649:daee-mantem-mais-de-100-anos-de-dados-pluviometricos&catid=48:noticias&Itemid=53)>. Acesso em: 09 nov. 2017.

SILVA, Flávia Maria da; BASTOS, Patricia Felix. **A atuação das políticas públicas na gestão e implementação do saneamento básico**. Grupo de estudo e pesquisa sobre território e águas. Disponível em: <<http://www.geociencias.ufpb.br/posgrad/sernne/artigo23.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editora Ltda, 2001.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental: As dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

# **DO PERIGO OFENSIVO: O CONTRIBUTO À LEGITIMIDADE DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO**

## **Vitória Schnidger**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: [vitoriaschi@yahoo.com.br](mailto:vitoriaschi@yahoo.com.br).

## **Diogo Machado de Carvalho**

Mestre em Ciências Criminais  
pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.  
Professor na Universidade Feevale e na Uniritter.  
E-mail: [diogocarvalho@feevale.br](mailto:diogocarvalho@feevale.br).

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os riscos fazem-se cada vez mais presentes na sociedade moderna e acabam atingindo novos bens jurídicos. As relações sociais existentes entre as pessoas são mais intensas e interdependentes. Desse modo, acabam afetando uma quantidade indeterminável de indivíduos e entidades, tendo em vista que um ato pode repercutir muito além do usual. Logo, com o crescimento dos riscos, aumenta também a sensação de insegurança dos indivíduos. O fato de a coletividade conscientizar-se desses novos riscos é o motivo para que a sensação de insegurança aumente, sendo esse um dos elementos marcantes da modernização da sociedade.

Embora essa evolução tenha trazido consigo inúmeros problemas de difícil solução, entre eles a já mencionada sensação de insegurança a nível global, não se podem negar os incontáveis benefícios que surgiram com o desenvolvimento tecnológico para bem-estar dos indivíduos. Entre eles, o fato de o mundo ter-se tornado globalizado afasta o obstáculo gerado pela localização geográfica, no que tange à integração dos cidadãos.

Porém, diante disso, a fim de atender aos novos desafios propostos por essa sociedade moderna, é necessário que o Estado busque novas formas para conter esses riscos então sentidos mundialmente. O Direito Penal deve acompanhar a evolução social e se adaptar ao âmbito dos novos riscos sociais, a fim de cessar a agressão desses modernos bens jurídicos, de forma que, caso se mantenha inerte, será considerado ineficaz.

O Direito Penal atual, que é fruto de uma evolução histórica, deve buscar a proteção dos bens jurídicos contra os riscos da "modernidade reflexiva", sendo clara a função preventiva que esse possui. Logo, para atingir tal intento, uma das alternativas doutrinárias e político-criminais dá-se com a antecipação da tutela penal, principalmente com a criação dos crimes de perigo abstrato, com a finalidade de fornecer precaução a condutas lesivas.

Ainda, faz-se pertinente referir que os delitos de perigo abstrato são aqueles em que não é exigida a efetiva ocorrência de um dano para o bem jurídico protegido, basta apenas que a conduta típica produza uma situação de perigo a esse. Assim, o perigo consta de maneira presumida na lei penal, sendo punida a conduta apenas por estar tipificada em lei, sem referência ao seu resultado naturalístico. Diante disso é que os delitos de perigo abstrato podem ser considerados como crimes de mera conduta.

No entanto, o Direito Penal moderno tem como referência os princípios fundamentais, oriundos de um Estado Democrático de Direito, os quais se encontram, em

sua grande maioria, na Constituição Federal de 1988. Esses princípios representam limitações ao poder punitivo do Estado, tanto formais como materiais. Diante disso, tem-se que os princípios são garantias, uma vez que são oponíveis pelos cidadãos ao exercício do poder punitivo do Estado, devendo ser atentados na criação de novas tipificações.

Assim é, em razão dos princípios constitucionais, que surge a discussão da doutrina sobre a constitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, uma vez que podem gerar afronta àqueles, especialmente ao princípio da ofensividade. Diante disso, a presente pesquisa busca analisar, em face de todo o conjunto principiológico do Direito Penal, a legitimidade constitucional da tutela de bens jurídicos por meio de tipos de perigo abstrato.

Logo, para atingir esse desiderato central, inicia-se com o estudo da sociedade de risco e suas devidas intersecções com o Direito Penal. Essa análise dá-se devido ao fato de que o desenvolvimento da sociedade influencia na antecipação da tutela, exigindo-se a preservação de bens coletivos e difusos, não somente individuais. O Direito Penal protege, então, bens jurídicos necessários para o desenvolvimento da sociedade, preocupando-se o legislador em preservar todos os novos institutos que surgem à medida do tempo.

Posteriormente, em um segundo momento, estuda-se a relação que os princípios, principalmente os da ofensividade e da proporcionalidade, podem auxiliar na tutela dos bens jurídicos e o quanto esses interferem na legislação referente à tipificação dos crimes de perigo abstrato.

Por fim, para atingir o desiderato ao qual todo o presente estudo converge, busca-se demonstrar a possibilidade de incriminação de condutas que podem, em tese, gerar ofensas aos princípios constitucionais, tendo em vista a necessidade de tipos penais de precaução para fornecer as garantias sociais necessárias à proteção dos indivíduos.

## **2 A TUTELA DO RISCO NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO**

### **2.1 O EXPANSIONISMO PUNITIVO NA SOCIEDADE DO RISCO**

O surgimento de novos tipos penais, os institutos dogmáticos desenvolvidos e a metodologia de sua aplicação estão diretamente relacionados com a sociedade na qual eles são aplicados. Logo, a criação ou o desenvolvimento das normas penais tem origem nos conflitos que envolvem a sociedade e sua estrutura, no contexto histórico em que se encontram (BOTTINI, 2010).

Após a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, o Direito Penal passou a ser concedido com uma finalidade de proteção de bens jurídicos. Assim, o bem passa a ser o interesse tutelado, enquanto o meio para o proteger é a norma. Ademais, essa concepção na qual o Direito Penal tem a função de tutelar os bens jurídicos é predominante na doutrina até os dias de hoje (ESTEFAM, 2012).

A nova lógica do Direito Penal frente à sensação de insegurança é a minimização do risco, ou seja, passou a apresentar uma função simbólica. O Direito Penal passou a ter a função de prevenção, a fim de fornecer proteção a bens jurídicos determinados (NEMETI, 2015).

Como um processo de inovação autônoma, a modernização deve levar em consideração a obsolescência da sociedade industrial. Por outro lado, da mencionada obsolescência, surge a emergência da sociedade de risco. Esse processo é uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna. Assim, é nela que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais, cada vez mais, escapam das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial (BECK, 1997).

Segundo Silva Sanchez, após a ocorrência da difusão das obras de Ulrich Beck, a sociedade pós-industrial em que se vive passou a ser caracterizada como “sociedade do risco” ou “sociedade de risco”. Assim, a sociedade de risco é um modelo no qual os perigos estão relacionados a danos que não são delimitáveis, globais e, na maioria das vezes, irreparáveis, que atingem a todos e são produzidos pelos próprios cidadãos (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

A sociedade de risco é uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, onde esses estão relacionados com a política, com a economia e com a ecologia, são criados pela própria e ludibriam, cada vez mais, os órgãos de controle e proteção. O nascimento da sociedade de risco dá-se no momento em que as instituições da comunidade industrial ou de classes não conseguem mais conter a produção dos riscos, tornando-os incalculáveis e imprevisíveis. Ulrich Beck (1998, p. 120) denomina “sociedades del riesgo a aquellas sociedades que, al principio de manera encubierta y luego cada vez más evidente, están enfrentadas a los desafíos de la posibilidad de autodestrucción real de todas las formas de vida de este planeta”.

Antigamente, os riscos que existiam na sociedade eram considerados pessoais, eles podiam ser percebidos pelos sentidos. Por conseguinte, na sociedade contemporânea, chamada de sociedade de risco, esses estão ligados à superprodução industrial e são definidos como globais e essa é, até então, a diferença existente entre as épocas, no que tange ao risco (BECK, 1998). Nesse sentido, Ulrich Beck leciona:

Así pues, los riesgos y peligros de hoy se diferencian esencialmente de los de la Edad Media (que a menudo se les parecen exteriormente) por la globalidad de su amenaza (seres humanos, animales, plantas) y por sus causas modernas. Son riesgos de la modernización. Son un producto global de la maquinaria del progreso industrial y son agudizados sistemáticamente con su desarrollo ulterior (BECK, 1998, p. 28).

O risco e o perigo sempre estiveram presentes na sociedade. No entanto, o que era feito pelo homem em sociedade não era constantemente avaliado acerca do risco, uma vez que as atividades produzidas por esse não eram arriscadas. O risco tomou novas dimensões e passou a afetar o ambiente, de forma que a produção, o crescimento populacional, as fontes de energia, as novas tecnologias, acabaram influenciando no ingresso do conceito de perigo na sociedade. Assim, a sociedade de risco teve início quando o modelo econômico passou a voltar-se à produção e ao consumo, buscando por constantes inovações, das mais diversas, sejam elas relacionadas com a tecnologia, sejam com a produção industrial em larga escala (CAMPOS, 2011).

O direito acompanha as mudanças avassaladoras e as crescentes expectativas dos cidadãos, uma vez que está sempre em perpétuo movimento, bem como vinculado às relações humanas. Ainda, serve como ferramenta reguladora de ações sociais, possuindo a prerrogativa de proteção do todo, do bem comum e da promoção coletiva, na sociedade pós-moderna, com a finalidade de proteger o homem, bem como de mostrar o seu papel integrador na universalidade social (CAMPOS, 2011).

Os fenômenos sociais, jurídicos e políticos introduzidos pela sociedade de risco trazem ao Direito Penal uma série de novos efeitos, os quais acabam configurando a chamada expansão do Direito Penal. A primeira expressão dessa expansão é a mudança que ocorre na sua estrutura e no conteúdo material dos tipos penais. Considerando a introdução de proteção de novos bens jurídicos no Direito Penal, segundo Silva Sánchez (2002, p. 112), ocorre uma transição do modelo de “delito de lesão de bens individuais” para aquele modelo de “delito de perigo (presumido) para bens supraindividuais”.

Diante da procedência humana do risco, abriu-se espaço para a criação de normas de coerção para aqueles comportamentos que são capazes de gerar periculosidades maiores que aqueles permitidos na sociedade. Dessa forma, a intensidade do risco oferecido faz com que as medidas sejam mais restritivas e que as sanções sejam mais severas para aquele que descumprir os limites que foram impostos à sociedade. Assim, o Direito Penal incorre sobre essas condutas que são consideradas arriscadas e que são produzidas pelos homens, que acabam por ameaçar bens e interesses que são fundamentais para a comunidade (BOTINNI, 2010).

## 2.2 A GESTÃO PENAL DO PERIGO EM TEMPO DE CRISE DO BEM JURÍDICO

Considerando que a sociedade moderna é caracterizada como sociedade de risco, o Direito Penal precisa ser convertido em instrumento de governo, através de políticas estatais, o que justifica a intervenção do sistema punitivo antes mesmo da ocorrência de lesão ao bem jurídico protegido (BIANCHINI, 2002).

Cabe referir que, como se pode observar, existem diversas situações que causam perigos, em todos os lugares, e o gerenciamento dessas depende do tipo de ameaça que ela produz, bem como do tipo de perigo gerado. Os perigos devem, segundo uma análise metajurídica, ser identificados através dos eventuais danos, que são calculados a partir de critérios de probabilidade estatística, sendo que isso ajuda a identificar qual o grau de perigo que determinada conduta possa gerar (LOPEZ, 2010).

A referência às proibições e aos mandatos penais é dada pelos bens ou valores que devem ser protegidos. Dessa forma, para todos os tipos penais há sempre um bem jurídico. Logo, tem-se que inexistem normas penais sem uma referência a um determinado bem jurídico (STRATENWERTH, 2016).

A ideia que o Direito Penal serve para a proteção de bens jurídicos está relacionada, normalmente, como uma proposição negativa, devido ao fato de que meras imoralidades não violariam, em tese, qualquer bem, de forma que não poderiam ser punidas. Ainda, seguindo essa ideia, a moral não deveria ser considerada um bem e, por essa razão, caso ocorra a sua violação, não há efetiva lesão ao cidadão (JAKOBS, 2016).

Ao bem jurídico, no decorrer dos anos, pode-se perceber que foram e são até hoje atribuídos muitos conteúdos. Ocorre que dois pressupostos merecem respaldo entre todos os outros, são eles: a relação que possuem com os direitos fundamentais, que são previstos normativamente e são carentes da tutela estatal; e a necessidade de punir aquele indivíduo que atenta contra esses valores ilegalmente (MACHADO, 2016).

De acordo com Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003), não é apresentado pela Constituição Federal um rol exaustivo de bens jurídicos que são passíveis de intervenção penal. No entanto, esses podem ser deduzidos de forma teleológica à interpretação constitucional, mesmo que não estejam elencados. Logo, nos casos em que os bens jurídicos são necessários para o resguardo de valores que a Constituição considera como fundamentais, esses se tornam bens jurídicos penais.

No Direito Penal contemporâneo, a utilização dos crimes tidos como de perigo abstrato serve para proporcionar uma tutela mais adequada aos bens jurídicos, uma

vez que para a tipificação dessas não é exigido um resultado de dano ou perigo concreto. Dessa forma, são afastadas as dificuldades para preencher os requisitos do tipo penal, bem como no que diz respeito à prova, para o fim de a proteção ocorrer de forma mais eficaz (BOZOLA, 2014).

O Direito é o responsável em extrair da realidade situações que são consideradas perigosas e as trazer ao mundo jurídico, caso essas forem relevantes. Logo, considerando que o Direito se baseia na realização, as situações de perigo não são apenas idealizadas, mas sim selecionadas mediante critérios que são abalizados na experiência. De fato, abstraindo-se as pontuações metajurídicas, será considerado perigoso ao mundo jurídico aquilo que a lei determina. Dessa forma, resta caracterizado o perigo em Direito Penal, sem que seja recusado o seu aspecto ontológico (SILVA, 2003).

Conforme o ensinamento de Miguel Reale Júnior (2004), a figura penal do perigo não exige a existência de uma lesão efetiva, basta a colocação em perigo de um bem jurídico, que pode vir a ser lesado em razão da ação delituosa que é praticada contra esse. Dessa forma, deve integrar a descrição legal do crime a situação perigosa.

Por sua vez, Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003) indica que tanto os crimes de dano quanto os de perigo estão relacionados com o bem ou com o interesse jurídico protegido. O que difere os dois é a relevância da agressão ao bem jurídico que resulta da ação delitiva praticada, uma vez que essa agressão pode causar lesão ou ser propulsora de uma exposição de perigo.

Por sua vez, Cezar Roberto Bitencourt (2008) preceitua crime de perigo como aquele que “se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo”. Ainda, o doutrinador menciona que o elemento subjetivo nos crimes de perigo é o dolo de perigo, quando a vontade do agente está relacionada apenas com a criação de um perigo, sem ter a vontade de gerar dano, nem mesmo de forma eventual. Para ele, o perigo pode ser concreto (o perigo precisa ser comprovado, ou seja, deve restar demonstrada a situação efetiva de risco que sofreu o bem jurídico protegido) ou abstrato (quando o perigo é presumido *juris et de jure*, ou seja, não precisa ser provado, uma vez que a lei se contenta com a prática de uma ação presumidamente perigosa).

Os crimes de perigo concreto são caracterizados, em suma, pela exigência de constatar-se o perigo no caso concreto e, além disso, possuem, como regra, o perigo indicado no tipo penal. Ainda, em que pese não esteja indicado expressamente no tipo, ou que seja impreciso ou aberto, não poderá ser considerado como crime de perigo abstrato. Isso ocorre, uma vez que, caso o perigo não se faça presente no tipo, a fim de se adequar à constituição e atender às exigências da legitimidade constitucional, deverá ser considerada como de perigo concreto (SILVA, 2003).

No que tange aos crimes de perigo abstrato, evidencia-se o ensinamento de Pierpaolo Cruz Bottini (2010), o qual refere que o legislador se utiliza desses para atribuir o crime a determinadas condutas, de forma independente ao resultado destas. Diferente do que ocorre nos delitos de lesão ou de perigo concreto, nos delitos de perigo abstrato, basta que haja a ação descrita no tipo penal, sem ser necessário que se faça referência aos efeitos exteriores do ato.

Cabe referir que o legislador se utiliza dos crimes tidos como de perigo abstrato para atribuir sanção a determinadas condutas, que independem da produção de um resultado externo. Basta para a configuração desses crimes que a ação se assemelhe ao comportamento que é descrito no tipo penal. Essa técnica é utilizada com a finalidade de enfrentar os novos contextos do risco. Dessa forma, os crimes de perigo abstrato são fundamentais para o Direito Penal do risco (BOTTINI, 2006).

Diante de todo o exposto, diferente do que ocorre nos crimes de dano ou de lesão, para serem configurados os crimes de perigo abstrato deve-se ter apenas a existência de uma situação de ameaça ou de risco de lesão ao bem jurídico protegido (CASARIL, 2015).

Assim sendo, tem-se que os crimes de perigo são criados em consonância com os princípios constitucionais e para atender a necessidades da sociedade, que restou transformada em sociedade de risco e tem como objetivo a proteção dos bens jurídicos. Os crimes de perigo, tanto os de perigo concreto quanto os de perigo abstrato, mostram-se eficientes para fornecer a sensação de segurança que tanto é exigida na sociedade moderna.

### **3 OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO FRENTE À OFENSIVIDADE**

#### **3.1 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE: A PROPORÇÃO ENTRE O DESVALOR DA CONDUTA E O PERIGO SIGNIFICANTE**

Assim como os demais ramos do direito, o Direito Penal deve obedecer aos princípios básicos para sua concepção, os quais são responsáveis em determinar e situar dentro do ordenamento jurídico. Esses princípios norteadores surgiram em meio ao Iluminismo, na reforma que fora proposta por Beccaria, sendo denominado de “humanização do Direito Penal”, com a finalidade de inaugurar o Direito Penal moderno. Então, passou o Direito Penal a assumir, além da tutela dos bens jurídicos, a função de defender a sociedade (JAMAR, 2008, p. 139-141).

Os princípios que refletem no Direito Penal surgem dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. De forma que, a fim de não violar a Constituição,

não são tipificadas condutas que não possuem como fim tutelar os bens jurídicos considerados relevantes por essa. Ainda, a proteção dá-se aos bens jurídicos que estão implícitos na Constituição, se não expressos (SILVA, 2003).

Segundo Juarez Cirino dos Santos (2007), o atual Direito Penal é regido pelos princípios constitucionais que são necessários para fornecer as garantias aos cidadãos, frente ao poder punitivo que exerce o Estado. No que se refere às normas jurídicas, a distinção que ocorre entre as regras e os princípios serve de base para a teoria dos direitos fundamentais, tornando-se a forma de resolver os problemas relacionados com a dogmática do Direito Penal constitucional.

Por sua vez, Paulo de Souza Queiroz (2001) aponta que os princípios penais são, na verdade, limitações para o aspecto formal e material ao *jus puniendi* do Estado. Isso ocorre em razão de as garantias instituídas passarem a ser oponíveis pelos cidadãos contra o arbítrio estatal. Assim, os princípios que decorrem dos valores constitucionais são garantias de proteção contra o poder absoluto do Estado na utilização do Direito Penal.

Assim, ao agir dessa maneira, o Estado pretende proteger o bem jurídico de forma dupla, ou seja, através do Direito Penal e ante o Direito Penal, a fim de coibir a utilização exacerbada desse, que tende a provocar justamente a situação que está pretendendo combater (ROXIN, 1993).

O papel do princípio da lesividade é essencial no que tange à definição do moderno Estado de Direito, bem como na criação do Direito Penal mínimo, considerando que facilita a fundamentação laica e jurídica. Dessa forma, possui como função a proteção dos mais frágeis, através da tutela dos direitos e dos interesses que são considerados fundamentais para os cidadãos (BORBA, 2007).

O princípio da ofensividade é um dos reflexos do Direito Penal liberal, o qual possui como função a garantia e está ligado com o princípio da legalidade. Consoante o referido princípio, só é considerado crime a conduta que, além de estar prevista em lei como tal, ofereça ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma (SANTOS, 2016).

Consoante Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003), o princípio da ofensividade, também denominado de princípio da lesividade, tem relação com a incriminação do delito, o qual deve visar proteger os bens jurídicos de lesões ou exposições a perigo. Dessa forma, a lei deve tipificar uma ação que coloca em situação vulnerável um bem que é merecedor de tutela penal.

Ainda, o fato de que uma conduta não pode ser considerada ilícita se não for ofensiva, ou seja, lesiva ou simplesmente perigosa, a um bem jurídico que está sendo tutelado pela norma, tem relação com o princípio da lesividade do delito. O que ocorre é uma exigência de limitação do Direito Penal, em dois níveis. O primeiro ní-

vel, legislativo, o mencionado princípio, dotado de natureza constitucional, deve ser responsável em impedir que o legislador tipifique condutas que já hajam sido construídos de forma abstrata, como indiferentes e preexistentes à lei, ou seja, já foram considerados inofensivos para a sociedade. De outra banda, o segundo nível, denominado de jurisdicional aplicativo, está relacionado com o fato de que o juiz possui o dever de excluir a subsistência de um crime, embora se enquadre no tipo penal, quando esse é inofensivo ao bem jurídico (PALAZZO, 1989).

Por sua vez, Luiz Flávio Gomes descreve o princípio da ofensividade como aquele que determina que não se possa haver um crime sem que tenha ofensa a um bem jurídico. Assim, é em razão do mencionado princípio que surge o modelo de Direito Penal no qual predomina a característica objetiva, a qual é fundada em dois pilares, pelo menos, de proteção aos bens jurídicos, bem como a correspondente e necessária ofensividade (GOMES, 2007).

Por sua vez, Fábio Roberto D'Ávila entende que a frequente alteração de alguns princípios e regras do Direito Penal dá-se com a finalidade de atender aos objetivos preventivistas. Quando há conflito de um princípio, que é o núcleo fundamental de determinado ilícito penal, com um interesse de prevenção geral, esse não precisa ser mantido. Embora, para alguns autores, os crimes de perigo abstrato sejam incompatíveis com os princípios fundamentais norteadores do Direito Penal, essa incompatibilidade desaparece quando se está presente a finalidade de atender aos interesses de prevenção geral (D'ÁVILA, 2009).

Diante dessa primeira análise da ofensividade, os crimes de perigo abstrato estariam confrontando tal princípio constitucional, uma vez que não exigem dano efetivo ou sequer um perigo real para os bens jurídicos tutelados, tornando-os incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Ocorre que isso pode ser superado de duas formas. A primeira possui relação com o reconhecimento de dano efetivo a bens jurídicos difusos nos tipos de delito de perigo abstrato. No entanto, isso faz com que surjam novos problemas, pois quaisquer condutas proibidas podem lesionar um bem jurídico difuso. De outra banda, a lesividade cumpre com sua função limitadora do Estado, caso esteja em consonância com o conceito de bem jurídico relacionado a um interesse individual ou coletivo que tenha relação com a dignidade humana (BOTTINI, 2010).

Por outro lado, o problema pode ser solucionado, para Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p. 207), caso seja revisto o conceito de lesividade, a fim de que essa não compreenda apenas as condutas que colocam o bem jurídico à efetiva exposição de lesão ou perigo. Logo, o princípio deve abranger também a “desestabilização de expectativas diante de atividades arriscadas, com mero potencial de perigo”.

No entanto, deve-se ainda ser levado em conta o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que esse visa adequar a lei a casos concretos e particulares. Então, caso o legislador vá além do necessário na tipificação de uma conduta como criminosa, cabe ao intérprete da lei adequá-la aos padrões de legitimidade. Assim, ao deparar-se com uma incriminação que ofenda a Constituição Federal, o julgador será responsável por deixá-la em conformidade com essa, já que se deve atentar à proporcionalidade no que se refere aos atos estatais restritivos (SILVA, 2003).

O princípio da proporcionalidade não se encontra previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, entendendo-se que está constitucionalmente implícito. Ainda, tal princípio possui relação direta com a concepção de limitador do poder que possui o Estado, visando à garantia dos direitos fundamentais. Logo, diante do caso concreto, deve ser analisada a pertinência de limitação dos direitos, considerando a proteção de outros (MACHADO, 2011). Ainda:

Trata o princípio da proporcionalidade de valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, e isso por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema (MACHADO, 2011, p. 432).

A proporcionalidade visa à proibição do excesso na aplicação da norma, cuja função é de invalidar a incidência de uma medida restritiva de direito aplicada de forma inadequada. As condutas que não possuam o caráter da ofensividade não fazem jus à dignidade penal, devendo ser analisadas com base na adequação, na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito. A adequação é referente às condutas que sequer geram ameaça a um bem jurídico de terceiro e, por esse motivo, não podem ser penalizadas pelo Direito Penal. Na sequência, o critério da necessidade diz respeito, em que pese tenha sido realizada uma conduta que possua relevância social, a aplicação do Direito Penal não se faz necessária, caso não haja efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Por fim, o critério da proporcionalidade em sentido estrito tem como função analisar o grau de ofensividade ao bem jurídico tutelado, uma vez que, caso gere ínfima ou nula ofensividade a esse, a aplicação da sanção prevista pela norma penal revele-se desproporcional ao caso concreto (FELDENS, 2008).

A importância da proporcionalidade é fundamental quando se fala em delitos de perigo abstrato, os quais protegem de forma antecipada os bens jurídicos, a fim de fornecer uma tutela eficiente a esses, tendo em vista que a pena deverá ser aplicada nesse tipo de delito de forma proporcional à ação praticada. Ou seja, quanto mais

próximo a conduta chegar da lesão, maior será a pena. Desse modo, diante do viés legislativo, delitos desse tipo devem possuir penas mais brandas do que as que são aplicadas aos casos em que há perigo concreto ou lesão ao bem tutelado (BOTTINI, 2010).

Desse modo, tem-se que o princípio da ofensividade é o que exerce controle dos limites de tipicidade penal formal e deve ser observado quando o tipo penal possuir como finalidade a proteção de bens jurídicos. Logo, diante desse princípio é que o Estado pode definir, de forma variada, qual bem deverá ser protegido, bem como qual é o limite de atingibilidade de ofensa a esse bem. Ainda, deve-se atentar ao fato que alguns desses bens, por suas características, devem ser tutelados de forma antecipada, para que essa tutela seja eficaz. No entanto, deve ser levado em consideração o princípio da proporcionalidade, que tem como fim proceder a uma análise de tipificações que possuam dissociação de aspectos formais, a fim de buscar um Direito Penal justo e democrático, capaz de atender às demandas da sociedade.

### **3.2 A PRESUNÇÃO DO PERIGO EM BUSCA DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL**

Consoante Luís Greco (2001), na atualidade, é comum que os crimes de perigo abstrato sejam considerados *in totum* inconstitucionais, uma vez que violam o princípio da lesividade ou ofensividade. Isso ocorre tendo em vista que, conforme acima exposto, tal princípio determina que não se possa existir crimes sem que haja lesão ou exposição de lesão ao bem jurídico tutelado no caso concreto. Logo, os crimes de perigo abstrato, que são considerados como de simples presunção de que o bem foi exposto à lesão ou a um perigo de lesão, acabam por violar o princípio da lesividade ou ofensividade. Isso se dá em razão de que o princípio da ofensividade possui hierarquia constitucional, o que torna os crimes de perigo abstrato contrários à Constituição Federal. Assim, só poderiam ser aplicados se passassem por uma reintegração a fim de se tornarem condizentes com o mencionado princípio.

No entanto, tendo em vista que o Direito Penal está a serviço do bem-estar da sociedade, a sua intervenção é justificada quando está relacionada com a defesa de valores que são considerados essenciais em face de agressões tidas como intoleráveis. Tem-se que, nos delitos de perigo abstrato, a lesão de bens jurídicos pode passar-se imperceptível. Todavia, esses não podem ser considerados inconstitucionais com base em um princípio constitucional, uma vez que isso significa que o Direito Penal está deixando de estipular leis de prevenção geral (ALVES; BOZOLA, 2015).

Ademais, é a fim de proteger os bens jurídicos que a ofensividade passa a ter um

papel deveras importante em relação à orientação legislativa para delimitação do ilícito, tendo em vista a hermenêutica que é orientada constitucionalmente. Assim, o legislador não se pode abster das necessidades da sociedade, uma vez que elas precisam de incorporação na tutela penal, atendendo ao que determina o princípio da ofensividade. Tratando-se de delitos de perigo abstrato, em razão de esses serem mais complexos no que tange ao fato e às exigências normativas, deve ser levada ainda mais em consideração a hermenêutica de conformação constitucional em sua aplicação (D'AVILA, 2006).

Embora exista, tradicionalmente, o entendimento de que o Direito Penal se constitui na forma de *ultima ratio legis*, com o rompimento do paradigma de que esse se destina à proteção de bens individuais e sociais, não se pode, diante da realidade da sociedade, impedir o surgimento de novas teorias. Essas teorias possuem como finalidade a possibilidade da "tutela penal aos interesses que transcendam ao individualismo penal tradicional" (JAMAR, 2008, p. 143).

Por sua vez, Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003) ensina que os delitos do tipo perigo abstrato não geram afronta ao princípio da ofensividade, desde que estejam tutelando bens jurídicos determinados, os quais requeiram essa forma de tutela antecipada. Todavia, a infração penal não pode configurar apenas uma violação do dever de obediência, mas sim, faz-se necessário que haja uma rigorosa técnica de tipificação, além de que deve ser realizada a descrição precisa e taxativa do modelo incriminador.

Nessa linha, os crimes de perigo abstrato são cabíveis toda vez que não seja possível a proteção dos bens jurídicos por outro meio, o que acontece nos crimes de tráfico de drogas ou de guarda de moeda falsa, por exemplo. Cabe referir, ainda, que a validade deste tipo de delito está relacionada com a obediência ao princípio da proporcionalidade, além de todos os outros princípios constitucionais. A legitimidade dos delitos de perigo abstrato possui relação com a sua funcionalidade. Dessa forma, devem cumprir com a finalidade de assegurar os bens jurídicos considerados relevantes para o exercício da autodeterminação humana, representada pela dignidade que está prevista na Constituição Federal. Os tipos de perigo abstrato devem descrever condutas que afetam, ao mínimo, bens jurídicos individuais ou coletivos, tendo em vista os valores necessários para o livre desenvolvimento dos indivíduos. O Direito Penal manifesta-se quando há notória incapacidade de os riscos gerados por condutas indesejadas serem contidos por outros meios de controle social (SOUSA, 2014).

Assim, tem-se que, quando estão salvaguardando bens jurídicos que necessitam de tutela antecipada, os crimes de perigo abstrato não afrontam o princípio da ofensividade. Para que isso ocorra, a infração penal não deve configurar apenas uma

violação do dever de obediência, de forma que necessita de uma rigorosa técnica de tipificação, além que a descrição do modelo incriminador deve ser precisa e taxativa (SILVA, 2003, p. 101).

Logo, a tipificação dos crimes de perigo abstrato justifica-se com base em uma estratégia político-criminal para proteger bens jurídicos determinados, a fim de criar obstáculos a possíveis danos a esses. No entanto, devem ser observados os princípios constitucionais, a fim de garantir a correta aplicação desse tipo de delito. No que tange ao princípio da ofensividade, quando ocorre a incriminação de condutas com a finalidade de prevenção, a presunção do perigo torna-se constitucional, tendo em vista que não podem ser considerados detentores de caráter absolutos os direitos em garantias individuais, se comparados com os bens jurídicos que possuem relevante interesse público.

## **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A sociedade de risco é responsável por transformar o sistema jurídico penal. Isso decorre em razão da coletividade ter-se tornado uma verdadeira fonte material do Direito Penal, uma vez que, conforme exposto ao longo do presente trabalho, a realidade trazida junto dessa é aquela marcada pelos riscos globais massificados, os quais não são aceitos pelos indivíduos em geral. Assim, acabam modificando as instituições e relativizando os conceitos.

Diante disso, o Direito Penal tornou-se responsável por combater os riscos trazidos com a evolução. Para tanto, a ciência penal foi obrigada a alterar a sua clássica estrutura de incriminação, a fim de atender às necessidades do novo modelo de sociedade. O que ocorre é uma mudança no dimensionamento do Direito Penal, para oferecer suporte às demandas sociais e suas exigências de proteção, possuindo, como finalidade, a defesa diante dessas situações perigosas que anteriormente não existiam.

Ademais, essa mudança de estrutura, por vezes, pode colidir com os princípios básicos do Direito Penal. No entanto, a fim de se adaptar a essa nova realidade, o Direito Penal passa pelo processo de “administrativização”, sendo que o conceito de bem jurídico se evolui para a supraindividualização, bem como os crimes de perigo abstrato passam a uma nova dimensão.

Em razão desse cenário que são inseridos e legitimados os crimes de perigo abstrato, de forma que servem de instrumento necessário para proteção dos interesses da sociedade contemporânea. Esse tipo de delito se mostra adequado, para evitar que condutas que possuam alto potencial lesivo causem danos irreparáveis.

Isso ocorre devido ao fato de que, nos crimes de perigo abstrato, não é exigida a prova do efetivo perigo ou da efetiva ocorrência de lesão aos bens jurídicos protegidos pela norma. Dessa forma, para a incriminação da conduta, não há necessidade de gerar-se real perigo, mas apenas a sua probabilidade. Nesse tipo de incriminação penal, pune-se a presunção do perigo, independentemente de sua ocorrência.

A fim de que os delitos de perigo abstrato se mostrem legítimos para conter os riscos sociais, deve atentar-se ao fato de que necessitam preencher totalmente as exigências dogmáticas para serem considerados legítimos de intervenção penal, bem como deve haver a ocorrência de um elemento material para o injusto objetivo. Logo, a tipificação de tal modelo de delito deve ser adequada à teoria do bem jurídico, bem como aos princípios norteadores do Direito Penal.

Logo, tem-se em vista que a tipificação dos delitos de perigo abstrato dá-se com a finalidade de proteger bens jurídicos que, do contrário, não seriam eficazmente protegidos. Ou seja, após ter sido praticada a conduta delitiva, não há mais a possibilidade de reversão do dano causado a esse. Desta feita, o bem jurídico é o que legitima a incriminação dos delitos de perigo abstrato, ficando o Direito Penal limitado a incriminar condutas que ofendam bens jurídicos.

Os crimes de perigo abstrato podem ser adaptados a fim de atender às exigências dos princípios estipulados na Constituição Federal, desde que, ainda, possuam como objetivo principal a proteção de bens jurídicos difusos e coletivos. Logo, não devem recair sobre um só indivíduo, mas sim em um número indeterminado de cidadãos, a fim de coibir condutas que outros crimes não sejam capazes de solucionar. Ademais, faz-se necessária a presença de gravidade na conduta capaz de gerar sérias ameaças aos interesses que são protegidos pela norma penal.

Além disso, merece respaldo o fato de que os delitos de perigo abstrato também devem ser analisados com base na orientação teleológica do Direito Penal. Assim, mesmo que a tipificação desse tipo de delito apenas descreva uma conduta, o intérprete da lei deve verificar se o comportamento não é inofensivo para o bem jurídico protegido. Devendo, então, ser verificada a periculosidade da conduta praticada pelo agente, bem como a sua capacidade, ainda que abstrata, de gerar perigo ao bem jurídico tutelado pela norma.

Embora o Direito Penal não possa abrir mão de seus mais tradicionais princípios, também, não pode deixar de atender às atuais demandas da sociedade contemporânea, sob pena de ser considerado ineficaz na proteção de bens jurídicos relevantes. É em razão disso que os crimes de perigo abstrato, por meio de tentativas metodológicas, tentam adequar-se à dogmática penal. A utilização dos crimes de perigo abstrato

torna-se adequada, desde que inseridos com a finalidade de atender às demandas sociais e dentro do modelo de Estado.

Por fim, tem-se que os crimes de perigo abstrato passam a ser aceitáveis, tendo em vista que o Direito Penal possui como base a proteção de bens jurídicos, devendo ser considerados todos os princípios constitucionais e as demandas sociais. Sendo assim, esses bens jurídicos, que são merecedores de maior atenção por parte do legislador, recebem tal tratamento com o fim de reprimir a conduta lesiva desde sua origem, não permitindo sua progressão.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Michele Dixon Moreira. BOZOLA, Túlio Arantes. Crimes de perigo abstrato e os princípios basilares do Direito Penal Constitucional. **Revista Idea**, v. 6, n. 2, jul./dez., 2015. Disponível em: <<http://esamcuberlandia.com.br/revistaidea/index.php/idea/article/view/113>>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony, LASH, Scott (Org.) **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Traduzido por Marga Lopes e revisado por Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidade. Traduzido por Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 7, (série as ciências criminais no século XXI).
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BORBA, Andréa Zimmermann de. Os princípios da lesividade e da necessidade no garantismo jurídico. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 3, p. 202-211, 2007. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, Direito Penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 61, p. 44-121, jul., 2006.
- BOZOLA, Túlio Arantes. **Os crimes de perigo abstrato no Direito Penal contemporâneo: critérios para sua legitimação no âmbito da sociedade de risco**. 2014. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13224>>. Acesso em: 13 abr. 2017.
- CAMPOS, Marco Antônio Lopes. A busca pelo direito na sociedade de risco: uma estrada com destino ao bem comum e ao estado ético. **Revista de Direito Privado**, v. 47, p. 85-105, jul./set., 2011.
- CASARIL, Letizia. Um exame dos crimes de perigo abstrato à luz da constituição de 1988. **Revista**

**do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 77, p. 89-106, 2015. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1472580657.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1472580657.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2017.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico: elementos para a legitimação do Direito Penal secundário. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Org.). **Direito Penal secundário estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ESTEFAM, André. **Direito Penal 1**, parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e Direito Penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos Tribunais de Direito Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

JAMAR, Izabela Lopes. Socialização e criminalização dos riscos: conflitos entre a teoria da racionalidade moderna e a teoria penal liberal clássica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 70, p. 133-156, jan./fev., 2008.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. A Teoria dos bens jurídico-penais e o Direito Penal Moderno: uma releitura a partir dos Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 12, n. 2, dez., 2016.

NEMETI, Rogério. **Crimes de perigo abstrato**: um estudo à luz dos princípios da ofensividade e da precaução. 2015. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e Direito Penal**: um estudo comparado. Traduzido por Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Parte geral, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I.

SANTOS, Daniel Leonhardt dos. Ofensividade e bem jurídico-penal: conceitos e fundamentos do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.

121, p. 13-50, jul./ago., 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUSA, Mary Lucy Pereira. Crimes de perigo abstrato. A embriaguez ao volante. As modificações introduzidas no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro em face da Lei n. 11.705/2008. In: FISCHER, Douglas (Org.). **Direito Penal Especial**. Tomo 2. v. 3. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2014, p. 75-112, (série pós-graduação).

STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de "bem jurídico". In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar**.

# **A RESPONSABILIDADE CIVIL DA APRESENTAÇÃO ANTECIPADA DE CHEQUE PÓS-DATADO**

## **Graciela dos Santos Silva**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: [gracimossi@hotmail.com](mailto:gracimossi@hotmail.com).

## **Juliane Altmann Berwig**

Doutoranda em Direito pela  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos.  
Professora na Universidade Feevale.  
E-mail: [julianeberwig@feevale.br](mailto:julianeberwig@feevale.br).

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O cheque é um título de crédito com natureza de uma ordem de pagamento à vista, conforme o artigo 32 da Lei do Cheque (n.º 7.357/1985). Entretanto, devido aos usos e costumes da sociedade, tornou-se praxe emitir o conhecido cheque pós-datado, que é o cheque com data de pagamento futura.

O pressuposto para a existência do cheque pós-datado é a relação contratual existente entre emitente e beneficiário. Contudo, o cheque conserva seu caráter de título de crédito exigível e líquido e, com isso, pode ser executado judicialmente, mesmo havendo promessa de pagamento futuro.

A relevância do estudo evidencia-se pelo fato de que o cheque pós-datado já está enraizado no cotidiano do comércio, embora o ordenamento legal não preveja tal possibilidade. Acarreta-se, assim, um problema às partes contratantes, posto que o cheque pós-datado não está amparado legalmente, não havendo impedimentos para que o beneficiário cumpra com a obrigação de não fazer, ou seja, não apresentar o cheque antes da data combinada.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, em 2009, editou a Súmula n.º 370, a qual caracteriza como dano moral a apresentação antecipada de cheque pós-datado e, com isso, trouxe o entendimento de que o cheque pós-datado é válido perante o ordenamento jurídico com direito à reparação pelo dano moral sofrido.

Desta maneira, o nível de pesquisa a ser utilizado é o exploratório, descritivo e explicativo, através de fontes bibliográficas e jurisprudências relacionadas ao tema principal. Será verificado o posicionamento da legislação, da doutrina e da jurisprudência, acerca da responsabilidade civil pela apresentação antecipada do cheque pós-datado.

Ademais, será utilizada a pesquisa bibliográfica, objetivando uma compreensão geral do tema em análise e de pontos específicos presentes na legislação. O estudo aborda o cheque pós-datado e o dano moral decorrente da apresentação antecipada antes da data combinada entre as partes. Nesta oportunidade, também serão averiguados o enfoque central que é o cheque e a legislação no Brasil, passando para o dano moral e sua caracterização na legislação brasileira.

Para tanto, no primeiro momento será abordada a questão da legislação do cheque no Brasil e sua natureza jurídica, analisando a relação contratual e as partes dessa relação, da qual resulta na emissão do cheque pós-datado. Na sequência, será abordada a possibilidade de responsabilização por dano moral na apresentação antecipada do cheque pós-datado e, neste sentido, será verificado se existe ou não a caracterização do dano moral no descumprimento da relação contratual. E, ao fi-

nal, será realizada uma análise de decisões judiciais envolvendo ações indenizatórias pela apresentação antecipada do cheque pós-datado.

## 2 CHEQUE: HISTÓRIA E ATUALIDADES

Esta parte inicial objetiva tratar sobre o cheque, a legislação no Brasil e sua natureza jurídica. Para tanto, será necessário um estudo a respeito do cheque, suas particularidades, a utilização no comércio na forma pós-datado e sua ausência de previsão legal vigente.

### 2.1 BREVE HISTÓRICO DO CHEQUE

O instituto do cheque é definido por lei, sendo competência do legislador, cabendo à doutrina qualificá-lo. Tem por base a Lei n.º 7.357/1985 para defini-lo, a qual elenca uma série de disposições, tais como sua emissão, sua transmissão, o aval, a apresentação, o pagamento e a quitação. Por essa razão, o cheque é um título cambiário abstrato e formal, “resultante de mera declaração unilateral de vontade, pelo qual uma pessoa designada, emitente ou sacador”, deve ter disponíveis os fundos em poder do banco sacado (ROSA JUNIOR, 2014, p. 518).

O cheque é uma cártula, materializando o direito do beneficiário. Segue o rigor das formalidades legais e somente vale o que nele constar por escrito, preservando o princípio da literalidade. Se endossado, não se discute a causa originária e nem opõe exceção pessoal aos coobrigados, respondendo todos solidariamente pela obrigação (TOMAZETE, 2012).

No Brasil, primeiramente, o cheque tinha amparo legal pela Lei n.º 1.083/1860, sem mencionar a palavra cheque, a qual surge somente na Lei n.º 149-B-1893, em seu artigo 16, alínea “a”, porém existem referências ao cheque no Decreto n.º 917/1890. Contudo, os diplomas legais que regulavam os cheques nessa época eram a Lei n.º 1.083/1860 e algumas disposições constantes na Lei n.º 149-B/1893. Era necessária uma legislação de reforma substancial quanto ao cheque, que surge através o Decreto n.º 2.591/1912 (MARTINS; SANTOS; SANTOS, 2013).

Na Convenção de Genebra em 1931, foi aprovada a Lei Uniforme sobre cheques, resultando no Decreto n.º 57.595/1966 (SANT’ANNA, 1980, p. 49). A Lei do Cheque é, na realidade, a compilação de todos os conceitos da Lei Uniforme sobre o cheque, assim como as leis que regularam essa espécie de título anteriormente, especialmente o Decreto n.º 2.591/1912. Contudo, para a emissão do cheque é necessário a provisão de fundos no banco sacado (MARTINS; SANTOS; SANTOS, 2013).

Importante ressaltar que o cheque possui alguns princípios dos títulos de crédito, sendo considerado título impróprio. O endosso é o meio de fazer o crédito circular, aquele que recebe o cheque através de endosso fica obrigado como endossante e assim vinculado à responsabilidade sobre o pagamento da dívida mencionada no documento (MARTINS; SANTOS; SANTOS, 2013).

Assim, para a economia, o cheque é de suma importância, sendo de fácil circulação, pois é emitido como meio de pagamento à vista, conforme artigo 32 da Lei do Cheque. Contudo, para tal emissão, é preciso ter fundos disponíveis no banco sacado, e assim permitir pagamentos à distância, sendo emitido em uma praça de pagamento e descontado em outra, facilitando a circulação do crédito (ROSA JUNIOR, 2014).

Por conseguinte, a legislação do cheque no Brasil criou direitos ao sacado, ao sacador e ao portador. Deriva da mesma origem da letra de câmbio, e tem como base a Lei do Cheque 7.357/1985. A emissão do cheque depende de um talonário, que é emitido pelo sacado, sendo necessário, para sua emissão, existir uma relação contratual entre sacado e sacador, na qual o sacador se obriga a ter fundos disponíveis em sua conta corrente. A ausência de fundos não desfigura a natureza do cheque como título de crédito, tornando-o irregular, apenas desvirtua sua finalidade.

## 2.2 NATUREZA JURÍDICA DO CHEQUE

O cheque é documento formal e abstrato, no qual se aplicam os princípios da literalidade, cartularidade e autonomia, assim como os elementos caracterizadores do crédito, que são o tempo e a confiança, e mesmo sendo ordem de pagamento à vista e apresentada no outro dia de sua emissão, não descaracteriza sua condição de título de crédito (ROSA JUNIOR, 2014).

Nem todos os doutrinadores concordam que o cheque é um título de crédito. Todavia, o cheque através de endosso incorpora o elemento crédito. Vincula o endossante com a responsabilidade assumida na sua emissão. É considerado título de crédito impróprio, uma vez que a circulação garante aos participantes da operação a obrigação de pagamento decorrente da importância mencionada no título (MARTINS; SANTOS; SANTOS, 2013). É inegável sua condição de título de crédito, uma vez que estão presentes os princípios da autonomia, literalidade e cartularidade (TOMAZETTE, 2012).

É possível, mediante a leitura da Lei do Cheque, extrair as várias espécies de cheques. Dentre as modalidades, destacam-se quatro, as quais são: cheque visado, cheque administrativo, cheque cruzado e o cheque para se levar em conta. Em qualquer dessas modalidades os cheques são sempre ordens de pagamento à vista, não ex-

traindo sua característica como título de crédito. Contudo, o que diverge é apenas o modo de sua emissão e o modo de como será feito o pagamento pelo sacado (MARTINS; SANTOS; SANTOS, 2013).

Após o cheque ser endossado, este passa a circular e a obrigação cambial se desvincula do negócio originário por força do princípio da abstração. Em consequência, passa a ocorrer uma relação que emana de autonomia e independência com um terceiro que não participou do negócio contratual, restringindo a relação entre anteriores possuidores e o emitente (RIZZARDO, 2015).

No endosso, o endossante responde pelo crédito, assim como pelo adimplemento deste, e caso não ocorra o pagamento, poderá ser executado. O mesmo não ocorre na cessão civil, nesta o cedente fica obrigado apenas com as responsabilidades para com o cessionário, e não com posteriores possuidores do título, responde apenas pela existência do crédito, e não por seu pagamento, como ocorre no endosso (MARTINS; SANTOS; SANTOS, 2013).

Pode o endosso ser de três formas, endosso em branco, aquele que exige apenas a assinatura no verso; o endosso em preto é aquele que deve mencionar o nome a quem deve ser pago; e ainda o endosso póstumo que ocorre após o vencimento e protesto do título. Contudo, caso não ocorra o pagamento do título, qualquer um dos envolvidos, emitente ou endossatário, deverá cumprir com a obrigação (TEIXEIRA, 1985).

O terceiro que recebeu o cheque, devido ao princípio da independência e abstração, tem em mãos um direito abstrato, um direito que não é dependente de um negócio jurídico. Portanto, o cheque desvincula-se da obrigação originária, devido à autonomia cambial, pois, as obrigações assumidas são independentes e no momento em que é posto em circulação, não é possível opor as exceções pessoais ao adquirente de boa-fé (MOTTIN, 2016).

Em decorrência da relação contratual, fundada unicamente na vontade constante na cártula, o terceiro deve agir de boa-fé, pois o endosso transfere a propriedade do cheque ao endossatário. Portanto, o terceiro que não participou da relação originária do cheque, ao agir de boa-fé, deve ser amparado pelo princípio da inoponibilidade das exceções. Se o terceiro não participou da causa originária e tomou conhecimento do mesmo após sua circulação, é evidente que não sabia de qualquer vício ou objeção que desabone o negócio jurídico inicial, portanto, não deve sofrer as oposições a terceiros (FREIRE, 2011).

De acordo com o artigo 33, da Lei do Cheque, tem-se prazo para apresentação do cheque ao banco, sendo, para os cheques emitidos na mesma praça do banco sacado, o prazo de 30 dias para apresentação. Leva-se em consideração o município do banco sacado constante na cártula e verifica-se o local de emissão do cheque, se

iguais, o cheque foi emitido na praça. Porém, se foi emitido em praça diversa, ou seja, constar cidade diversa da inserida na cãrtula, o prazo de apresentação é de 60 dias (COELHO, 2014).

Caso o cheque seja devolvido por insuficiência de fundos, cabe ao portador do cheque recorrer à legislação e acionar o judiciário através de uma ação cambial, que é a ação executiva, pelo rito da execução por quantia certa (TOMAZETTE, 2012).

A ação executiva de cheque para cobrança do emitente e seu avalista independe de protesto. No encerramento do prazo prescricional de seis meses, inicia-se o prazo de dois anos para entrar com a ação de locupletamento, pois o cheque perdeu sua executividade. Portanto, a ação cabível é de enriquecimento ilícito ou ação de locupletamento. A ação de locupletamento é uma ação subsidiária, surge após a ação cambial não ser mais possível de ajuizar. Se não for possível entrar com a ação de locupletamento, pode ingressar com ação civil, baseada na relação obrigacional, que será a ação causal. Também é possível a ação monitoria, que tem o prazo de cinco anos (ROSA JUNIOR, 2014).

Por conseguinte, a emissão, assim como os requisitos do cheque, estão definidos na Lei n.º 7.358/1985, e mediante a facilidade de sua circulação através de endosso, o crédito que circula garante ao portador o direito de receber e transferir o valor constante na cãrtula. Para tanto, passa-se a analisar a relação contratual, da qual resulta a emissão do cheque.

## 2.3 RELAÇÃO CONTRATUAL

Discorrendo sobre a emissão de cheque e o vínculo com o banco para tal emissão, é possível afirmar que, para existir o negócio entre o sacado e sacador, o requisito mais importante é a manifestação de vontade. Ou seja, o momento subjetivo em que as partes almejam a vontade do querer, sendo a declaração dessa vontade o momento objetivo (GONÇALVES, 2013).

É imprescindível, para a elaboração e formação de um contrato, existir a manifestação de vontade entre as partes, pois o contrato é negócio jurídico bilateral e desenvolve-se em três etapas, a pré-contratual, a contratual e a pós-contratual (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2014).

A relação contratual surge de um contrato que se origina mediante acordo entre as partes contratantes. Todavia, para ter um cheque, é necessário existir uma relação contratual com o banco sacado, derivando desta a abertura de conta corrente junto à instituição financeira. A emissão do cheque pressupõe o mandado, ordem a pagar o saque de uma determinada quantia em poder do banco. A concepção de saque de-

riva do direito cambial, o qual assegura o direito do sacado de receber certa quantia solicitada, portanto, é o ato de criação e emissão do título (SIDOU, 1976).

Nesse sentido, ressaltam-se alguns pontos sobre o contrato, entre eles, a manifestação de vontade entre duas partes, o acordo de vontades, o qual deve ser expresso ou tácito. Esse acordo de vontades tem a proposta e aceitação como o resultado das manifestações. Todavia, as negociações não geram obrigações aos participantes, porém surgem deveres jurídicos, os quais decorrem do princípio da boa-fé objetiva. Contudo, sendo este princípio violado durante o curso das negociações, o contratante será responsabilizado pela culpa ou dano causado, não no campo contratual, e sim no campo da responsabilidade aquiliana, pois, ao induzir, afirmando que o contrato será celebrado, está agindo de má-fé, e depois ao recuar, causou o dano (GONÇALVES, 2013).

## 2.4 A RELAÇÃO CONTRATUAL ENTRE O SACADOR E O SACADO

Na relação contratual entre sacador e sacado, o contrato é formado durante a tratativa, indo até sua execução, sendo argumentado mediante o uso do princípio da boa-fé. Por sua vez, o contrato bancário é o acordo entre banco e cliente, o instrumento que viabiliza a relação que cria o crédito. Dessa relação, surge a emissão de cheque, aquela em que é necessária a existência de um contrato firmado entre o sacador e o sacado (TOMAZETTE, 2012).

Existe uma relação obrigacional entre sacador e sacado. O sacador ou emitente é aquele que emite o cheque, ou seja, aquele que dá a ordem de sacar determinada quantia sob o poder do banco, esta ordem deve estar assinada e pode ser emitida por pessoa física ou jurídica. Assume este a posição de devedor, pois no momento que coloca o título em circulação, avoca para si a obrigação de pagar o valor correspondente ao título emitido (RIZZARDO, 2015).

A relação do sacado perante o cheque é somente de mero pagador, sendo uma relação obrigacional. O sacado não participa do ato de emissão do cheque, apenas o emitente e o beneficiário. Todavia, até o cheque ser apresentado para pagamento, o sacado desconhece sua existência e, ao receber, deve analisar as formalidades que vinculam o cumprimento de pagamento entre sacado e sacador. Diante disso, cabe ao sacado somente o dever de conferência, no qual estando dentro dos trâmites legais acarreta o pagamento do cheque. Porém, se o sacado se omitir, agir com culpa ou dolo, deve responder pelos prejuízos causados ao emitente (ROSA JUNIOR, 2014).

A responsabilidade do sacado é somente de garantidor do pagamento, não podendo dar aceite ao pagamento, já que é ordem de pagamento à vista. Cabe ao

emitente a responsabilidade pelo pagamento, o sacado é apenas mero depositário (MARTINS; SANTOS; SANTOS, 2013).

## 2.5 A RELAÇÃO CONTRATUAL ENTRE O SACADOR E O TOMADOR

O cheque pode ter vários beneficiários decorrentes da circulação através do endosso. Surge, dessa relação contratual entre o sacador e o beneficiário, uma obrigação de não fazer extracambiária. Devido a essa obrigação contratual assumida, o beneficiário não pode apresentar o cheque antes da data combinada entre eles, uma vez que acordou com tal obrigação. Este acordo decorre do contrato original e não do título de crédito, sendo uma obrigação somente do beneficiário e não do sacado (TOMAZETTE, 2012).

O beneficiário, portador ou tomador é aquela pessoa física ou jurídica que porta o título, aquele a quem a ordem beneficia o pagamento, pode ser determinado ou indeterminado, ou ainda determinável através de endosso (SIDOU, 1976).

O sacador emite o cheque em nome de um beneficiário, e este pode endossar o cheque a um terceiro estranho à relação contratual, passando a ser o endossante, deixando de ser o beneficiário original. Como sendo o endossante, transmite o cheque ao endossatário, que pode reendossar o cheque, seguindo a cadeia de endossos sucessivamente. Porém, dessa relação, o beneficiário nem sempre é o portador, devido à série de endossos que pode gerar essa situação, entretanto o portador é aquele que receberá o pagamento no ato de apresentação do cheque junto ao sacado (RIZZARDO, 2015).

Existindo uma série de endossos, sejam eles cancelados, são considerados como não escritos, abstratos, sendo o portador do cheque o detentor legítimo, aquele que receberá o pagamento. Nesse caso, o endossante torna-se o pagador do cheque. Tendo o endossante transmitido o cheque ao endossatário, ordenou o sacado para que efetue o pagamento no momento da apresentação. Porém, o sacador continua sendo o responsável pelo pagamento do cheque, mesmo não sendo ele quem transmitiu o cheque, e sim o endossante. A garantia do pagamento não deve se referir somente ao tomador originário, mas a todos os endossatários ou futuros possuidores do cheque. O endosso é uma promessa de pagamento indireta. Deriva dessa promessa indireta a garantia do credor de que quanto maior a quantidade de endossantes, maior será a chance de ter seu crédito satisfeito (MARTINS; SANTOS; SANTOS, 2013).

O cheque sendo endossado não extingue sua obrigação contratual, o beneficiário deve mencionar ao endossatário a pós-datação combinada com o emitente. No

caso de receber o cheque sabendo do combinado entre as partes e mesmo assim desconsiderar, o endossatário deverá responder extracontratualmente, pois agiu de má-fé. Outra situação seria se, ao descontar o cheque recebido pelo beneficiário, desconhecesse da relação contratual originária, então não responderia por perdas e danos, uma vez que agiu de boa-fé (TOMAZETTE, 2012).

No que se refere à inoponibilidade das exceções aos terceiros de boa-fé, visa garantir que o terceiro que não tinha como saber da relação contratual originária não seja prejudicado. Portanto, o emitente obrigado no cheque não pode recusar o pagamento ao portador do título, não pode opor exceções pessoais, nem mesmo a recusa do pagamento. Cabe lembrar que as exceções pessoais são relativas somente ao emitente e o beneficiário original, nada tendo o endossatário a responder, pois não participou da causa originária que ensejou a emissão do cheque pós-datado. Além disso, a inoponibilidade das exceções pessoais constitui uma forma de segurança da circulação e negociabilidade dos títulos de crédito (MARTINS; SANTOS; SANTOS, 2013).

Da regra da inoponibilidade das exceções pessoais, surge a vontade das pessoas de negociarem os títulos representados em cheques, letras de câmbio, duplicatas, notas promissórias e outros títulos. Assegura aos terceiros de boa-fé a circulação do título, garante o crédito, de maneira que o detentor não tenha temor em negociá-lo. Portanto, é regulado por lei, os momentos em que o devedor não pode opor exceções pessoais ao terceiro adquirente de boa-fé, nem se opor ao pagamento do título. O cheque é um título abstrato, portanto, as exceções são inoponíveis ao terceiro de boa-fé (RODRIGUES, 2016).

Portanto, é lícito, ao devedor do cheque, não efetuar o pagamento do mesmo, se o endossatário agiu de má-fé, podendo ele opor as exceções pessoais que cabem ao endossante, sendo lícita a discussão quanto à origem do cheque, isto é, a relação causal, tanto em relação ao endossante originário quanto ao endossatário ou terceiro de má-fé (OLIVEIRA, 2011).

## 2.6 O CHEQUE PÓS-DATADO

O cheque é o eficiente meio de pagamento e circulação de crédito, é utilizado para efetuar o pagamento à vista, porém, é desvirtuada a hipótese de pagamento à vista ao assumir a prestação de um pagamento futuro, o qual é conhecido como cheque pós-datado ou cheque pré-datado (TOMAZETTE, 2012). O cheque é pagável à vista, e qualquer menção em contrário não terá efeito, conforme o artigo 32 da Lei do Cheque, mas devido ao uso consuetudinário no formato pós-datado, e a inserção na

cártula de uma data futura, ele será pago após a data da sua emissão, contradizendo a lei (ROSA JUNIOR, 2014, p. 571-572).

Existem, no Brasil, vários projetos de leis que tramitam na Câmara dos Deputados que visam possibilitar a regulamentação do cheque pós-datado. Já em outros países, existe legislação que reconhece a legalidade do seu uso, como na Argentina e no Uruguai. Na Argentina, a lei que regulamenta os cheques é a Ley n.º 24.452/1995, enquanto no Uruguai é o Decreto-Ley n.º 14.412/1975. Portanto, em ambos os países, é chamado de cheque de pago diferido, sendo uma ordem de pagamento emitida, com data posterior à data de sua emissão, onde o emitente deve ter fundos depositados no banco sacado para tal autorização expressa de pagamento (ALDROVANDI, 2003).

No que se refere ao prazo prescricional de apresentação do cheque pós-datado, leva-se em consideração a data de emissão aposta na cártula. Se as partes haviam combinado uma data de apresentação posterior à constante na cártula, o beneficiário, ao aceitar o acordo, não pode apresentar o cheque antes da data combinada. Entretanto, corre o risco de apresentar o cheque para compensação após estar prescrito, perdendo seu direito de ação, e caso o cheque seja devolvido por insuficiência de fundos, perde o direito de ação de execução (COELHO, 2014).

Em razão da pós-datação, que diretamente não influencia nos prazos de apresentação do cheque, assim como em sua prescrição, sendo que ambas decorrem da data de emissão aposta no cheque, o beneficiário, ao esperar para apresentar o cheque pós-datado na data combinada, perde o direito de ação. Pois, se passados seis meses dessa data, deixa o cheque de ser título executivo e querendo o beneficiário reaver seu direito e o título estar prescrito, não pode ingressar com ação de execução, entretanto deve ingressar com ação monitória (SCHRAMM, 2004).

A relação jurídica se desdobra em duas, primeiro a existente entre o beneficiário e o sacador e, em um segundo momento, entre o sacador e terceiros, que possuem o título em decorrência do endosso. Diante do princípio da liberdade de contratar e do princípio da boa-fé, admite-se que o sacador, ao aceitar o contrato, assumiu a obrigação contratual e deve então responder pelos danos causados. No tocante aos terceiros de boa-fé, a obrigação contratual deixa de ser bilateral e passa a ser unilateral. O terceiro, ao receber o cheque pós-datado, recebe um contrato paralelo, não sabe da existência desse contrato bilateral originário, uma vez que o cheque se desvincula da causa que o emitiu. A abstração e a autonomia das obrigações não prevalecem nessa relação, pois é independente da causa originária, torna-se, portanto, uma obrigação unilateral (RIZZARDO, 2015).

O cheque pós-datado consagrou-se no país pelo uso e costume, sendo utilizado pelo comércio e empresas, amparado pelo princípio da boa-fé objetiva e a vontade

de contratar entre as partes. O consumidor, seja pessoa física ou jurídica, ao emitir cheque com data de pagamento futuro age de boa-fé, pois confia no beneficiário. Essa infração do contrato verbal firmado entre as partes acarreta ao beneficiário a sua responsabilidade civil, uma vez que já está sumulado o entendimento de que o beneficiário deve responder por seus atos devido à apresentação antecipada de cheque pós-datado. Portanto, deve reparar os danos materiais e morais causados ao emitente pelo descumprimento de uma obrigação de não fazer (LIMA, 2000).

Conclui-se que o cheque pós-datado é costumeiramente utilizado nas relações comerciais, embora exista uma grande substituição do cheque pelo cartão de crédito, e continua sendo de grande valia devido à facilidade para o consumidor e a rapidez de circulação do crédito, seja em relações de venda e compra, como em relações de prestações de serviços. Deve, também, abranger todas as partes relacionadas ao contrato, tanto o beneficiário quanto o emitente, bem como o terceiro endossatário, os quais devem ter seus direitos amparados pela legislação. Não deve existir lacuna na lei no tocante ao cheque pós-datado, daí a importância da análise da relação contratual.

### **3 O DANO MORAL NA APRESENTAÇÃO ANTECIPADA DE CHEQUE PÓS-DATADO**

Nesta explanação será verificada a responsabilidade civil, mediante apresentação antecipada do cheque pós-datado, uma vez que sua apresentação antes da data combinada gera indenização ao emitente do cheque, conforme entendimento jurisprudencial afirmado na Súmula 370 do STJ.

Tendo em vista que o dano moral decorre de prejuízo causado à vítima, e que a contextualização da antecipação da apresentação do cheque, em tempo que não aquele acordado, por ato voluntário das partes, gera o direito à intenção reparativa, e que essa reparação deve existir, se decorrente o inadimplemento contratual, verifica-se que esta apresentação antecipada do cheque pós-datado causa dano e prejuízo ao contratante, ficando assegurado o direito a repará-lo, pelo sofrimento causado por aquele que quebrou a promessa feita ao emitente do cheque.

#### **3.1 O DANO MORAL E A APRESENTAÇÃO ANTECIPADA DO CHEQUE PÓS-DATADO**

O dano moral não deve ser confundido com mero aborrecimento, aquele que ocorre no cotidiano, para assim não desvirtuar o que realmente é dano moral e o que tem direito à intenção reparativa. Deve a caracterização dos danos morais ser de-

monstrada pela vítima, sendo observada não a sua dor, mas a violação a um direito de sua personalidade, para evitar que ocorra uma injustiça ou um enriquecimento ilícito. O acusado não deve arcar com uma indenização da qual não tenha sido consequência de causa sua, tendo o condão de reparar somente o prejuízo causado por ele (GAGLIANO; PAMPOLHA FILHO; 2017).

Apesar do cheque pós-datado não ter amparo legal na legislação brasileira, existe uma corrente jurisprudencial que pacificou a questão referente ao dano moral, editando a súmula n.º 370, a qual “caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado”. O beneficiário, ao descumprir o acordo contratual verbal, deixou de agir de boa-fé e passou a agir com má-fé. Contudo, se o cheque apresentado antecipadamente foi pago, é preciso averiguar se as demais obrigações foram pactuadas pelo emitente. Portanto, não basta o pagamento do cheque apresentado antecipadamente, e sim o adimplemento das demais obrigações, as quais o emitente se obrigou para o mesmo período, para que seja comprovado o prejuízo sofrido (SCHRAMM, 2004).

O cheque pós-datado deriva de duas relações, a contratual e a cambial. A relação cambial é a que decorre da emissão do cheque, e a relação contratual é aquela que deriva da vontade das partes em contratar (LIMA, 2000).

O acordo verbal que surge na relação originária do contrato engloba a relação jurídica na qual verifica-se duas hipóteses: (i) se o vendedor ora tomador não cumprir e apresentar o cheque antes da data avençada pode ocorrer de o emitente não ter os fundos disponíveis. E com isso, o cheque, ao ser devolvido, pode acarretar ao emitente ora consumidor um prejuízo em consequência dessa transação, dentre os prejuízos pode ter seu nome inscrito no cadastro de pessoas inadimplentes (ii) Existe outra possibilidade que concerne ao emitente, a qual emana de não ter os fundos disponíveis no momento da apresentação do cheque para saque. Constata-se, com isso, a quebra contratual em ambos os casos, quebra que está dentro do mundo jurídico, devendo o responsável ser penalizado por suas consequências, devido à cláusula contratual descumprida, uma vez que fere o acordo estabelecido na causa subjacente (PLETI, 2017).

O grande problema na realização do contrato verbal entre as partes é definitivamente a quebra da promessa, o contrato vincula os participantes e a pactuação da pós-datação é lícita, uma vez que os contratantes agiram de boa-fé. Portanto, cabe a indenização por danos morais e até mesmo materiais em relação à apresentação antecipada do cheque pós-datado (RIZZARDO, 2015).

Assim sendo, no âmbito do princípio da boa-fé objetiva, a violação da conduta é uma afronta à vontade das partes em contratar. A autonomia de vontade cede seu

espaço para o princípio da boa-fé objetiva, a qual estabelece um equilíbrio contratual entre as partes, pois é esta liberdade de contratar que figura em cada contrato. Outrossim, resta evidente que apresentado o cheque antecipadamente ao sacado, para que este efetue o pagamento, infringe, o portador do cheque, o artigo 30 da Lei n.º 8.078/1990, visto que este estabelece a relação de venda e compra entre vendedor e consumidor e, através da informação da propaganda, firma a forma de pagamento, aceitando o cheque com data pós-datada (NUNES, 1999).

Destarte, deve-se levar em consideração que pode ser o cheque pós-datado uma relação de consumo amparada pelo Código de Defesa do Consumidor ou um título de crédito amparado pela Lei do Cheque, que expressamente menciona ser o cheque uma ordem de pagamento à vista. O que permite elucidar a questão é que, sendo o cheque um título de crédito emitido com uma ordem de pagamento à vista, deve ser pago no ato da apresentação ao banco sacado, sendo desconhecida qualquer menção em contrário e, caso não exista fundos disponíveis, poderá ter o seu nome incluso nos cadastros de proteção ao crédito (CARVALHO, 2012).

A quebra do contrato por parte do portador do cheque constitui clara má-fé, pois a apresentação antecipada é um desacato ao que fora previamente pactuado com o emitente do cheque, desprezando assim o princípio norteador dos contratos, *pacta sunt servanda*, devendo ser o beneficiário do cheque responsabilizado pela quebra contratual, seja ela por danos morais ou danos materiais, desde que comprovados (NUNES, 1999).

A discussão não é sob o ponto de vista do cheque pós-datado ser válido ou não, mas as consequências causadas ao emitente pelo descumprimento do acordo pactuado. Seja as consequências pela apresentação antecipada feita pelo beneficiário ou um terceiro portador do cheque, conhecendo ou não a causa subjacente, assim como a discussão relativa ao dano, o qual deve ser comprovado mediante prejuízo ou não pelo emitente do cheque. Ressalta-se que o beneficiário age de má-fé, resultado que acarreta em danos morais a serem restituídos pela quebra contratual, mesmo que ajustada verbalmente, o que vem de encontro a Súmula 370 do STJ.

### 3.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Em análise de algumas decisões judiciais, objetiva-se averiguar e comparar o entendimento dos magistrados frente ao tema, os quais decidem se ocorre a indenização pela apresentação antecipada do cheque pós-datado e, se necessário, a verificação da ocorrência do dano, se é essencial ou não para caracterizar o dever

indenizatório e a comprovação do prejuízo sofrido pelo emitente mediante o descumprimento da relação contratual, decorrente do pacto extracambiário.

No que se refere ao não reconhecimento do dano moral na apresentação antecipada do cheque pós-datado, o entendimento é de que só é devido reparação se houver prejuízo comprovado. Contudo, se o emitente não sofreu prejuízo com a apresentação antecipada do cheque pós-datado, é negada a indenização por danos morais. Para que isso ocorra, o cheque, ao ser apresentado, deve ser compensado, portanto, não resultou em prejuízo, conforme o julgado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO DE CUNHO MORAL. APRESENTAÇÃO ANTECIPADA DE CHEQUE PÓS-DATADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RELATIVIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO ENUNCIADO N.º 370 DA SÚMULA DO STJ. IMPRESCINDÍVEL DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO A BEM JURIDICAMENTE TUTELADO. SUBSTRATO PROBATÓRIO INEFICIENTE À RESPECTIVA COMPROVAÇÃO. Conta Corrente que possuía saldo suficiente para compensar o cheque. Artigo 333, Inc. I, o CPC. Ausência de constrangimento. Mero aborrecimento. Inexistência do dever de indenizar. Reclamo Conhecido E Desprovido.

A análise do julgado fere o direito à indenização por dano moral, o qual é assegurado no artigo 5º, inciso X, da CF, e o que prescreve o artigo 186 do CC e a Súmula n.º 370 do STJ, a qual assegura o direito à indenização pela simples apresentação antecipada do cheque pós-datado (TOMAZETTE, 2012, p. 267-268).

Existem aqueles julgadores que têm opinião diversa. Para estes, após o advento da Súmula n.º 370 do STJ em 2009, deve existir o dano moral caracterizado pela apresentação antecipada do cheque pós-datado, mesmo que o dano não seja comprovado. “Caracteriza dano moral *in re ipsa* a apresentação antecipada de cheque pré-datado, ainda que tenha sido compensado. Inteligência da Súmula n.º 370 do STJ. Danos morais mantidos” (MARTINS; SANTOS; SANTOS, 2013, p. 516-517).

No tocante ao respeito pela contratação extracambiária tem-se que o princípio da boa-fé objetiva deve ser mantido em todas as relações, desde a fase inicial até posterior cumprimento do pacto avençado. Entendimento demonstrado na decisão de Apelação Cível nº 70069081255, do desembargador relator Carlos Eduardo Richinitti (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

O beneficiário do cheque, ao aceitar recebê-lo na condição postergada de seu pagamento, deve arcar com a responsabilidade surgida. Na fase contratual, as partes pactuaram pelo pagamento posterior ao negócio firmado, e ambas devem respeitar o princípio da boa-fé objetiva, o qual visa delimitar o abuso dos direitos subjetivos de cada parte contratante. Surge, perante a quebra contratual, a responsabilidade civil

para o contratante, posto que, de acordo com artigo 187 do Código Civil, aquele que desrespeita o contrato firmado comete ato ilícito, ficando obrigado a reparar o dano causado (GAGLIANO; PAMPOLHA FILHO; 2017).

Assim, caracteriza dano moral *in re ipsa*, a apresentação antecipada do cheque pós-datado mediante descumprimento contratual, o que vem de encontro ao disposto no artigo 422 do Código Civil. Conduta que viola frontalmente este dispositivo, o qual afirma que as partes devem manter os princípios da boa-fé e probidade em todas as fases contratuais, sendo considerado uma obrigação respeitá-los (DONÁ, 2009).

Portanto, neste caso, bastou a apresentação antecipada para que seja o emitente indenizado por danos morais, uma vez que o beneficiário descumpriu o acordo contratual. Por conseguinte, deve ser aplicada a súmula n.º 370 do STJ, a qual entende ser presumido os danos gerados ao emitente do cheque. Nesse mesmo sentido, o Tribunal do Rio Grande do Sul, em recente decisão do mês de outubro de 2017, entendeu ser devido danos morais pelo descumprimento do pacto contratual, conforme segue abaixo:

Nesse compasso, então, inegável que a apresentação antecipada representou violação ao princípio da boa-fé objetiva, previsto no artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, e no artigo 422 do Código Civil, configurando abuso de direito (artigo 187, CCB) a ensejar a reparação pelos danos morais sofridos, conforme enunciado 370 do STJ.

É, portanto, inexigível que o cheque pós-datado seja descontado antes da data combinada, “em razão da dilação convencional do prazo para seu resgate”. Contudo, se as partes aceitaram a combinação, as mesmas devem respeitar tal pacto firmado. Apesar de desvirtuar a função do cheque como título de crédito, assumiram, os contratantes, a obrigação de não fazer, assim como o ato induz violação, “não só da boa-fé como do próprio acordo” (CAHALI, 2002, p. 462).

Neste sentido, é relevante ressaltar o entendimento dos integrantes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em decisão em comento, a qual manteve a indenização por danos morais pela apresentação antecipada do cheque pós-datado, conforme citado:

É certo que o nome do autor foi inscrito no cadastro de inadimplentes, sendo incontroverso também que se procedeu à apresentação de cheque seu antes da data futura anotada no título. Ora, nestes casos, o dano imaterial é presumido (*in re ipsa*) e independe da produção de provas. Isso porque, o abalo anímico é decorrência lógica do ilícito, consoante o enunciado n.º 370 da súmula do Supe-

rior Tribunal de Justiça, in verbis: 'Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré- datado'.

Como se pode depreender do julgado é por si só, *in re ipsa*, o dano comprovado pelo descumprimento do contrato, basta a mera apresentação do cheque ao sacado antes da data combinada para que ocorra a exigência do dano moral. Segundo Cavalieri (2009, p. 80-81), a indenização por danos morais não visa a reparar o dano, e sim compensar a dor que foi causada ao emitente do cheque, pois este sofreu uma lesão a um direito da sua personalidade. Ocorreu uma violação que causou constrangimento, angústia e aflições, abrangendo ofensas a sua dignidade pessoal, sendo a indenização uma satisfação reparadora, independente de produção de provas.

Sob o ponto de vista da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é de extrema relevância mencionar que o prejuízo causado ao emitente do cheque deve ser comprovado, para que reste configurado o dano moral, conforme o julgado a seguir:

Consoante entendimento firmado nesta Corte, para configuração do dano moral decorrente de apresentação antecipada de cheque pós-datado, deve restar demonstrado o prejuízo suportado pela parte. Súmula 370 do STJ. Na hipótese, o Tribunal local concluiu que foram comprovados os prejuízos alegados, notadamente pela inscrição indevida do nome do emitente no CCF, sendo devida a indenização.

Como verificado no julgado em comento, para a caracterização do dano moral é imprescindível que, de fato, a apresentação antecipada de cheque pós-datado ocasionasse algum prejuízo ao emitente do título de crédito, caso contrário não haverá indenização e, consequência disto, não será aplicada a Súmula n.º 370 do Superior Tribunal de Justiça.

No que pertine ao fato de terceiro apresentar o cheque pós-datado antes da data pactuada com o credor originário, o entendimento do Desembargador Relator Túlio de Oliveira Martins na decisão de Apelação Cível nº 70067021147 é de que não comete ato ilícito praticado pelo beneficiário, ou seja, o credor originário. Porém, diferente é a situação daquele que recebeu o cheque mediante endosso, o qual é considerado terceiro de boa-fé, caso desconheça o acordo firmado entre as partes (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

Cumprе ressaltar que o pacto foi firmado com o credor originário, e que as exceções pessoais são inoponíveis ao terceiro que age de boa-fé, pois, ao receber o cheque, este retorna à condição de título de crédito, visto que, no momento em que circula, reassume tal posição. Em um título de crédito "as obrigações são independentes

umas das outras”, sendo assim, as exceções pessoais são oponíveis ao terceiro de boa-fé (RIZZARDO, 2015, p. 16).

Nas ementas transcritas, o entendimento jurisprudencial consolidado é no sentido de aceitar o cheque pós-datado como forma de pagamento a prazo, e que basta a apresentação antecipada do cheque pós-datado para existir a reparação ao dano sofrido, o qual seja o descumprimento contratual. O desrespeito à cláusula de convenção estabelecida entre os contratantes desvirtuando o cheque enseja o direito à reparação pelo prejuízo sofrido.

Em se tratando de cheque pós-datado, a Súmula n.º 370 do Superior Tribunal de Justiça caracteriza o dano moral pela apresentação antecipada. Não é necessária a comprovação de culpa ou dolo, posto que se trata de responsabilidade civil objetiva. As partes não cumprem com o acordado, desrespeitando o princípio da boa-fé contratual, que se faz presente nas relações cartulares. Com isso, aquele que foi lesado tem o direito de pleitear uma ação por indenização de danos morais em decorrência do não cumprimento do combinado, posto que a súmula n.º 370 do Superior Tribunal de Justiça configura o dano moral, que é presumido.

## **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na presente pesquisa, verificou-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito do dano moral resultante da apresentação antecipada do cheque pós-datado. Buscou-se analisar a responsabilidade civil com relação ao cheque pós-datado, trazendo noções conceituais a partir do entendimento de diversos doutrinadores.

O cheque está previsto no ordenamento brasileiro no artigo 32 da lei n.º 7.357/1985, que prevê o cheque como ordem de pagamento à vista, sem mencionar o cheque pós-datado. Os requisitos previstos na Lei do Cheque devem ser respeitados para sua emissão e posterior apresentação ao banco sacado, o que contraria sua forma pós-datada, posto que o cheque é pago pelo sacado no momento da apresentação, o qual age de acordo com a Lei do Cheque, tornando o cheque um título de crédito emitido como ordem de pagamento à vista e não a prazo.

Contudo, é um tema polêmico e gera muitas incertezas, tanto ao beneficiário quanto ao emitente do cheque, posto que o cheque pós-datado é muito utilizado no dia a dia em várias operações. Por não estar regulamentado na legislação brasileira, gera incerteza às partes, bem como controvérsias a respeito do assunto.

Considerou-se, para o estudo, a posição de duas correntes doutrinárias divergentes em relação à existência ou não de dano moral na apresentação antecipada do cheque pós-datado ao sacado. Para uma delas, não se admite a reparação por dano

moral na apresentação antecipada do cheque pós-datado. Para a outra, admite-se a reparação por danos morais, sendo esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Verificou-se que a corrente doutrinária que não admite a indenização por dano moral ao emitente de cheque pós-datado baseia-se na Lei do Cheque. A lei é clara ao afirmar que o cheque é ordem de pagamento à vista, e o sacado, ao efetuar o pagamento no momento da apresentação, mesmo que antes da data combinada, não incorre em sanção, pois age de acordo com a Lei do Cheque.

Na esfera da corrente doutrinária que admite a indenização ao emitente do cheque pós-datado, acredita-se que deve ser o emitente ressarcido diante do prejuízo sofrido. Esta corrente fundamenta seu entendimento na validade do cheque pós-datado, por ter sido emitido com base em uma relação contratual. O acordo firmado entre as partes não pode ser simplesmente desconsiderado, posto que o firmaram mediante o princípio da boa-fé nas relações contratuais.

A corrente supramencionada encontra-se pacificada no Superior Tribunal de Justiça, entretanto, o dano deve estar configurado, não basta a mera apresentação antecipada do cheque pós-datado, conforme menciona a Súmula n.º 370 do Superior Tribunal de Justiça. O entendimento doutrinário e jurisprudencial comprova que o contrato firmado entre as partes deve prevalecer e ser respeitado no que se refere à emissão de cheque pós-datado.

Contextualizou-se que, apesar de existir lei especial que disciplina o instituto do cheque e o defina como ordem de pagamento à vista, o contrato entre as partes prevalece arraigado na boa-fé objetiva. A súmula n.º 370 do Superior Tribunal de Justiça surgiu para regular os conflitos existentes entre a norma e a prática cotidiana.

Conclui-se que existe uma lacuna na legislação brasileira no que se refere ao cheque pós-datado, embora, notadamente, ele seja muito utilizado pelo comércio em geral, ainda que não tenha previsão legal.

O tema é de simples solução, bastando a alteração do artigo 32 da Lei n.º 7.357/85, no que se refere ao cheque como uma ordem de pagamento à vista, acrescentando-se na lei a emissão do cheque pós-datado. Assim, as partes teriam segurança jurídica na hora de contratar e emitir um cheque com uma data futura, posto que a Súmula n.º 370 do Superior Tribunal de Justiça já consolidou o direito à indenização por danos morais.

## REFERÊNCIAS

- ALDROVANDI, Andrea. Cheque pós-datado. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 65, 1 mai. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4048>>. Acesso em: 4 jun. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70069081255**. Relator Des. Carlos Eduardo Richinitti. Data do julgamento: 10 ago. 2016. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70069081255&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70069081255&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris)>. Acesso em: 20 out. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2013.023104-5**. Relator Des. Luiz Fernando Boller. Data do julgamento: 24 out. 2013. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=apresentacao%20antecipada%20de%20cheque%20p%F3s-datado&only\\_ementa=&frase=&id=AAAAbmQAACAAELtSAAX&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=apresentacao%20antecipada%20de%20cheque%20p%F3s-datado&only_ementa=&frase=&id=AAAAbmQAACAAELtSAAX&categoria=acordao)>. Acesso em: 20 out. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70074711433**. Relator Des. Tasso Caubi Soares Delabary. Data do julgamento: 11 out. 2017. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70074711433&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70074711433&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris)>. Acesso em: 20 out. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 0001022-46.2014.8.24.0071**. Relator Des. André Luiz Dacol. Data do julgamento: 25 abr. 2017. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=cheque%20p%F3s%20datado%20&only\\_ementa=&frase=&id=ABA7AADAAPehIAAU&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=cheque%20p%F3s%20datado%20&only_ementa=&frase=&id=ABA7AADAAPehIAAU&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 21 out. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 720.905**. Relator Min. Marco Buzzi. Data do julgamento: 08 ago. 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75420280&num\\_registro=201501308064&data=20170818&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75420280&num_registro=201501308064&data=20170818&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 21 out. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70067021147**. Relator Des. Túlio de Oliveira Martins. Data do julgamento: 17 dez. 2015. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70067021147&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=terceiro+endossatario+-+cheque+p%C3%B3s-datado&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70067021147&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=terceiro+endossatario+-+cheque+p%C3%B3s-datado&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris)>. Acesso em: 21 out. 2017.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2017.
- BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 11 jun. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 7.357, de 02 de setembro de 1985**. Dispõe sobre o cheque e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7357.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7357.htm)>. Acesso em: 27 set. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 370 do STJ**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf)>. Acesso em: 27 set. 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev. ampl. e atual. cfe Código Civil 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO, Rodrigo. **Apresentação Antecipada de Cheque Pós-Datado**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/apresenta%C3%A7%C3%A3o-antecipada-de-cheque-p%C3%B3s-datado>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

CAVALIERI, Sergio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito Comercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

DONÁ, Bruno Rossi. Considerações jurídicas sobre a Súmula n.º 370 do STJ. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 14, n. 2074, 6 mar. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12411>>. Acesso em: 20 out. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Teoria geral da responsabilidade civil, responsabilidade civil em espécie**. Bahia: Podvim, 2014.

FREIRE, Antonio Rodrigo Candido. O Cheque e a Inoponibilidade ao Terceiro de Boa-Fé. **JurisWay**, 24 mai. 2011. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5930](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5930)>. Acesso em: 09 abr. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade Civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Responsabilidade Civil pela Apresentação Antecipada do Cheque Pré-Datado. **Revista dos Tribunais**, v. 782, p. 136-145, dez. 2000. Disponível em: <<http://www.revistados-tribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001577332669a-afe3b1c4&docguid=Id53092c0f25011dfab6f01000000000&hitguid=Id53092c0f25011dfab6f01000000000&spos=37&epos=37&td=50&context=172&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=>>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

MARTINS, Fran; SANTOS, Joaquim Penalva; SANTOS, Paulo Penalva. **Títulos de Crédito**. 16. ed. atual. São Paulo: Forense, 2013.

MOTTIN, André Luis dos Santos. Pressupostos Limitadores do Princípio da Autonomia dos Títulos de Crédito. **Páginas de Direito**. 25 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/329-artigos-abr-2016/7532-pressupostos-limitadores-do-principio-da-autonomia-dos-titulos-de->>

-credito>. Acesso em: 15 abr. 2017.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. O Cheque Pré-Datado e o Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 31 p. 9-12, jul./set. 1999. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=iOad6007a000001577332669aa-fe3b1c4&docguid=lc87268202d4111e0baf30000855dd350&hitguid=lc87268202d4111e0baf30000855dd350&spos=32&epos=32&td=50&context=143&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=>>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

OLIVEIRA, Marcelo Fernandes Amorim. O Cheque e a Investigação da Causa Debendi. **Diritto It**, 2011, p. 1-21. Disponível em: <[https://www.diritto.it/get-file-documento/?id\\_old=32167&mode=s](https://www.diritto.it/get-file-documento/?id_old=32167&mode=s)>. Acesso em: 02 set. 2017.

PLETI, Ricardo Padovini. O Cheque pós-datado em face do direito do consumidor. **Diritto It**, 2017. Disponível em: <[https://www.diritto.it/stampa-articolo/?articolo\\_id=26246](https://www.diritto.it/stampa-articolo/?articolo_id=26246)>. Acesso em: 08 out. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Títulos de Crédito**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUES, Marcelo Capi. **Obrigação Cambial**. A Circulação Do Crédito por Ela Representada. Aplicação da Inoponibilidade das Exceções Pessoais ao Terceiro de Boa-Fé. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos\\_convidados/15](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos_convidados/15)>. Acesso em: 29 ago. 2017.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Títulos de Crédito**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

SANT'ANNA, Rubens. **Títulos de Crédito**. 3. ed. atual. Porto Alegre: Síntese, 1980.

SCHRAMM, Gustavo Baldasso. Breves considerações acerca do cheque pós-datado. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 267, 31 mar. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5019>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

SIDOU, J. M. Othon. **Do Cheque**: Lei nacional combinada com a lei uniforme, jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **A Nova Lei Brasileira do Cheque**. São Paulo: Saraiva, 1985.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Comercial**: Títulos de Crédito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.



# **REGISTRO ELETRÔNICO: A SEGURANÇA JURÍDICA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO REGISTRADOR DE IMÓVEIS**

## **Luciane Oliveira Gemnizack**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: [lugemnizack@gmail.com](mailto:lugemnizack@gmail.com).

## **Juliane Altmann Berwig**

Doutoranda em Direito  
pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.  
Professora na Universidade Feevale.  
E-mail: [julianeberwig@feevale.br](mailto:julianeberwig@feevale.br).

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Considerando que a atividade registral imobiliária está presente na vida da maioria dos cidadãos, esta precisa estar em constante evolução para atender às necessidades de seus usuários. Com esse objetivo, foi instituído pelo artigo 37 da Lei nº 11.977/2009 o registro eletrônico de imóveis, que proporcionará mais agilidade e eficácia na prestação dos serviços registrares imobiliários.

No entanto, em virtude desse avanço tecnológico, os registradores preocupam-se com a preservação da segurança jurídica e a consequente responsabilidade civil que recai sobre a atividade. Por este motivo, a pesquisa justifica-se diante das incertezas geradas a partir da implantação do registro eletrônico nas Serventias de Registro de Imóveis, no tocante ao princípio da segurança jurídica, e a consequente responsabilidade civil que recai sobre o registrador.

O objetivo do trabalho é demonstrar que, mesmo que a implantação do registro eletrônico cause incerteza aos Oficiais, há a necessidade de adequação à nova realidade. Busca-se, também, destacar a responsabilidade civil que recai sobre o Oficial, considerando que inexistente norma regulamentadora específica com relação ao registro eletrônico.

Nesse sentido, a abordagem parte da origem do direito registral imobiliário, bem como das influências e alterações que ocorreram em sua sistemática. Na sequência, apontar-se-ão as dificuldades encontradas pelos registradores de imóveis em virtude da implantação do registro eletrônico, além de demonstrar quais métodos estão sendo utilizados por esses profissionais em suas Serventias, para sanar alguns desses empecilhos.

Desse modo, o trabalho está pautado na pesquisa exploratória e descritiva, além dos métodos histórico e dedutivo. Como procedimentos técnicos, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Como resultado preliminar, pode-se apontar que alguns doutrinadores entendem que o registro eletrônico acarretará certa insegurança aos atos praticados, uma vez que os dados estarão circulando na rede. Porém, a maioria acredita que cabe a eles a função de se adequar às exigências legais, ressaltando a importância e valorizando os inúmeros benefícios que o registro eletrônico proporcionará a todos.

## 2 O SURGIMENTO DO DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO

O registro imobiliário ou, como se conhece, o “registro de imóveis” (RI) surgiu com a evolução da sociedade, com as primeiras civilizações e, por este motivo, o exato momento de sua origem talvez tenha se perdido no tempo. Desse modo, o que se

pode ter certeza é que cada região possuía um sistema que atendia especificamente a ela. Isto é, com características que atendiam cultural e economicamente, sendo que este aspecto ainda existe em todo território, pois cada localidade possui aspectos diversos de outras (ALVARES, 2015).

Com relação ao instituto da propriedade no território brasileiro, este teve sua origem quando da assinatura do Tratado de Tordesilhas, em 1494, na Espanha. Ao assinarem tal documento, os reis de Castilla e Portugal dividiram as terras que descobriram, ficando o Brasil, então, sob o domínio da Coroa portuguesa (SILVA, 2012). Visando manter a ordem e, ao mesmo tempo, colonizar o território, a Coroa portuguesa criou o sistema de colonização, dividindo o país em 15 capitanias hereditárias e transferindo-as aos fidalgos de confiança, por meio das sesmarias (ERPEN, 2015).

Mesmo estando o território brasileiro dividido em 15 partes, a partir de março de 1532, foram entregues a esses beneficiários apenas 12 quinhões devidamente demarcados nas Cartas de Sesmarias (PAIVA, 2015). Essas transferências tinham o objetivo de que as pessoas apenas adquirissem as terras e as utilizassem para benefícios próprios e, conseqüentemente, do Reino. Ou seja, esses cidadãos não poderiam transferi-las a um terceiro em hipótese alguma, para que houvesse uma vinculação destes usuários perante o rei (TUTIKIAN, 2011).

Com a Independência do Brasil no ano de 1822, o sistema das sesmarias foi declarado extinto, bem como as apropriações do solo, ocorrendo uma transição para a Lei de Terras, no ano de 1850. Durante esse período, houve uma falta de normatização, o que acarretou inúmeros problemas no setor fundiário, inclusive uma total desordem (TUTIKIAN, 2011).

Em virtude do fato de que não se tinha conhecimento de quem eram os proprietários, apenas quem detinha os créditos, instaurou-se um enorme caos sobre as propriedades. Por este motivo, foi criada então a Lei nº 601/1850, conhecida como a Lei de Terras, que estabeleceu em seu artigo 11, que os bens fossem transferidos por meio de certidão, caso contrário, as pessoas não poderiam alienar ou hipotecar, se fosse necessário (AGHIARIAN, 2010).

Somente em 1864, pela Lei nº 1237, a tradição como modo de transferência da propriedade foi substituída pela transcrição, surgindo assim o "Registro Geral" (SILVA, 2010, p. 17-18).

Porém, apenas no ano de 1916, com a promulgação do Código Civil, é que o RI passou a ser considerado como instituto essencial a transmissão da propriedade (DINIZ, 2010). E com a alteração do referido diploma legal, em 2002, pela Lei nº 10.406, o sistema registral se estabeleceu ainda mais como sendo um órgão de extrema

importância e relevância para a sociedade, pois concretizou as normas já estabelecidas e modificadas nas legislações anteriores (PAIVA, 2015).

Em virtude disso, o que fica explícito é que o sistema registral imobiliário surgiu com o objetivo de, prioritariamente, atender às necessidades das pessoas em relação à segurança jurídica de suas propriedades e transmissões. Mesmo passando por diversas alterações ao longo dos anos, como adiante serão analisadas, duas características bem aparentes estão sempre presentes durante o percurso: garantir a segurança jurídica dos atos e a publicidade das transações.

### **3 AS ALTERAÇÕES DO SISTEMA REGISTRAL IMOBILIÁRIO AO LONGO DOS ANOS**

Atualmente, a Lei que regula os registros públicos é a de número 6.015/1973. No referido diploma legal, fica claro que cada imóvel registrado possui uma numeração específica, não mais no Livro 3, e sim no Livro 2-Registro Geral, sendo que cada um possui suas características e confrontações, de maneira individualizada e mais específica (AGHIARIAN, 2010).

Por meio da LRP, o legislador uniformizou os princípios que guiam o Registro de Imóveis. Alguns desses princípios evoluíram e outros novos surgiram, originando a matrícula. Esse novo instituto possui como principal característica a qualificação individual dos imóveis, passando por modificações “objetivas e subjetivas através da averbação” (MELO, 2008, p. 8).

Aos cartórios de Registro de Imóveis cabe praticar todos os atos elencados no artigo 167. Sendo assim, compete a este serviço criar, transmitir e excluir direitos reais existentes provenientes de documentos celebrados entre as partes, visando, principalmente, a publicidade e a segurança dos referidos atos (AGHIARIAN, 2010).

É possível vislumbrar que na matrícula constam todos os acontecimentos que envolveram e envolvem o imóvel. Isto é, todas as alterações com relação ao proprietário, ao credor, entre outros aspectos que digam respeito àquele imóvel específico. Além disso, possui numeração própria para controle, tanto do Cartório quanto das partes. Sendo assim, cada uma dessas matrículas conta a história daquele imóvel (PAIVA, 2015).

Embora a prática registral tenha evoluído de maneira evidente com o passar do tempo, ainda existem algumas lacunas que causam certa insegurança jurídica aos cidadãos, como no caso do contrato particular de promessa de compra e venda. Este documento ainda é muito utilizado em virtude de existirem empreendimentos, como no caso dos loteamentos irregulares, que são carentes de registro, fazendo que o

contrato não seja, em muitas situações, levado ao conhecimento do Registrador de Imóveis, para que este lhe dê a devida publicidade (PAIVA, 2015).

Destaca-se, também, em relação à evolução registral, o Provimento nº 39/2014 do Conselho Nacional de Justiça, que deu origem à Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB). Essa central permite que o Registrador de Imóveis receba de maneira instantânea todas as ordens de indisponibilidades que recaem sobre os bens daquela Serventia (PAIVA, 2015).

No entanto, o maior avanço com relação a tudo que já existiu com relação à sistemática registral é o Registro Eletrônico Imobiliário (REI), que foi instituído pela Lei nº 11.977/2009 (PAIVA, 2015). O REI permite que as partes possam, através de uma plataforma na internet, ter acesso a informações sobre seus bens, assim como obter certidões emitidas pelo Cartório onde seu imóvel encontra-se registrado, sem ter que ir até a Serventia. Todos esses recursos facilitam o acesso dos usuários aos documentos relativos aos imóveis (SANTOS, 2016).

Além das praticidades mencionadas, o Registro Eletrônico visa também proporcionar uma rapidez nos atos praticados pelo registrador, mas, principalmente, sem deixar de lado a qualidade nos serviços prestados por ele (RODRIGUES, 2016). Com a implantação desse novo sistema, ocorrerá uma transição da maneira como o registro de imóveis encontra-se atualmente para uma forma totalmente distinta. Essa nova modalidade, que é dotada de tecnologia, exigirá uma capacitação profissional ainda maior do que a existente, tanto para os Oficiais dos Registros de Imóveis quanto para seus prepostos, inclusive no que diz respeito à maneira de pensar desses profissionais (PASSARELLI, 2010).

## **4 AS ATRIBUIÇÕES E AS RESPONSABILIDADES DO REGISTRADOR DE IMÓVEIS**

Ao Oficial de Registro de Imóveis (ORI) cabe a tutela pelo desenvolvimento do serviço público, atentando aos prazos estabelecidos por lei para realização de seus atos, além de aplicar as legislações da maneira mais correta possível em cada um dos diferentes casos que lhe forem apresentados (DINIZ, 2010). Ainda, deve garantir que os direitos das partes sejam resguardados, fornecendo publicidade aos atos de maneira íntegra, sem interferir na intimidade daqueles que participam da relação jurídica (SANTOS, 2008).

Para poder exercer a função de registrador, este precisa ter o conhecimento e a aplicação de diversos diplomas legais, tais como ambiental, tributário, urbanístico, trabalhista, administrativo, falências, entre diversos outros. Desta maneira, esse

profissional resulta em uma positiva fonte de participação no auxílio do poder público, com relação às implantações de políticas públicas, bem como do Ministério Público, na fiscalização urbanística e ambiental. Além disso, possui uma importante atuação para rastrear crimes e lavagem de dinheiro (PASSARELLI, 2010).

A essência do registro de imóveis encontra-se na publicidade dos atos praticados pelo registrador, o qual é encarregado de possibilitar que todas as partes tenham conhecimento das transformações realizadas em todos os imóveis que se encontram registrados em sua Serventia (DINIZ, 2010). Assim, uma vez que o documento for registrado, terá efeito *erga omnes*, ou seja, valerá contra terceiros, e não apenas entre as partes envolvidas no ato, garantindo, assim, um respaldo maior para todos (BRANDELLI, 2016).

A publicidade dos atos do registrador possui seu fundamento em outra característica, que também é o alicerce dessa função, a segurança jurídica (RODRIGUES, 2011). Ao registrador de imóveis foi atribuída a função de fornecer a todas as partes a segurança jurídica dos atos praticados por ele, proporcionando, assim, uma estabilidade das relações jurídicas, respeitando as normas existentes nas legislações (SANTOS, 2008). É com esta segurança que as normas de convivência são respeitadas, fornecendo validade e eficácia aos negócios jurídicos (SANTOS, 2012).

Quanto ao ORI, foi estabelecido pelo Estado que este é dotado de fé pública ao desempenhar sua função, pois essa atividade é bastante específica em relação a outras também realizadas em regime funcional. A fé pública deste profissional é aquela que estabelece que são corretos e legítimos todos os atos realizados por ele, salvo prova em contrário. Tal situação decorre do fato de que os registradores certificam, afirmam e são responsáveis pelos documentos que expedem, além de sofrerem rígidos controles hierárquicos (PAULIN, 2012).

Outro aspecto relevante com relação à responsabilidade dos registradores é a fiscalização que recai sobre a classe. Mesmo que a atividade seja exercida por particular, os atos por eles praticados são considerados atos do Estado, que visam atender às necessidades da população em geral. Sendo assim, o registrador de imóveis é constantemente fiscalizado pelo Poder Judiciário, por meio das Corregedorias (SANTOS, 2012).

Em decorrência desse aspecto é que as divergências sobre a responsabilidade civil do registrador se encontram. Alguns doutrinadores entendem que, pelo fato da atividade registral ser exercida somente por candidatos selecionados por meio de concurso público estabelecido pelo próprio Estado, e que constantemente esses profissionais passam por fiscalizações também impostas pelo poder público, a responsabilidade direta pelos danos causados às partes deve ser do Estado (SANTOS,

2012). Cabendo, assim, a responsabilidade direta e objetiva ao Estado e direta e subjetiva ao registrador (BRITO, 2008).

Por outro lado, há quem entenda que o registrador possui uma “obrigação de resultado perante as pessoas que contratam o exato exercício de suas funções, tendo responsabilidade civil contratual se não as cumprir”. Ademais, acreditam que o registrador poderá agir de maneira culposa (imprudência, negligência ou imperícia) ou dolosa (intenção de descumprimento do dever jurídico, com o intuito de lesar alguém) ao realizar sua função, como qualquer outro profissional (DINIZ, 2010).

É importante observar também a Lei nº 13.286/2016, que alterou o artigo 22 da Lei nº 8.935/1994, com relação à responsabilidade do registrador. De acordo com a maioria dos autores, a partir da referida lei inexistem dúvidas sobre o novo critério a ser adotado, no qual estabeleceu que o ORI deve responder de maneira subjetiva pelos atos que praticou. Sendo assim, a necessidade de comprovação do dolo ou culpa é imprescindível (ZEGGER, 2017).

Em decorrência da expansão digital e com o advento do Registro Eletrônico, as atribuições e responsabilidades do registrador de imóveis aumentaram. Existe uma maior facilidade de acesso às informações pelas partes, causando a esses profissionais uma preocupação ainda mais presente ao exercer suas principais funções, segurança jurídica e publicidade (PASSARELLI, 2010). Além disso, também existe o desafio de migrar as informações constantes do acervo registral para o novo sistema eletrônico, preservando todo o conteúdo do arquivo físico já existente na Serventia (MALUF, 2016).

## **5 O CONCEITO DE REGISTRO ELETRÔNICO E SUA BASE LEGAL**

O registro eletrônico consiste na melhoria dos serviços prestados pelo Registro de Imóveis, proporcionando agilidade e eficácia, diminuindo custos e burocracias para aquisição de documentos, oportunizando às partes a opção de solicitação por meio eletrônico (REZENDE, 2014). O fornecimento das informações e dos documentos ocorrerá por meio de uma central eletrônica instituída em cada Estado. Entre vários serviços que a central fornecerá, “estão o Ofício Eletrônico, a Penhora Online, a Pesquisa Eletrônica no Banco de Dados Light, a Visualização de Matrícula, as Certidões Digitais e a Recepção Eletrônica de Títulos – e-Protocolo.” (IRIB, 2015a, p. 8).

A principal finalidade das centrais de serviços eletrônicos compartilhados é a troca de informações e de documentos, facilitando e uniformizando a prestação dos serviços entre os cidadãos, o Registro de Imóveis, a Administração Pública e o Poder Judiciário. Sendo assim, as centrais farão com que esses órgãos atuem em conform-

idade, alterando a situação de desequilíbrio existente nessas atividades atualmente, proporcionando benefícios para o público em geral (ASSAD, 2016).

No artigo 38 da Lei nº 11.977/2009 e no provimento 47, datado de 19 de junho de 2015, constam os padrões para utilizar e enviar as informações para as Centrais Estaduais. Esses padrões devem ser observados para garantir a segurança e uniformidade aos sistemas notarial e registral. Além disso, devem ser compatíveis “com a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP e com arquitetura e-PING (padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico)” (MALUF, 2016, p. 131).

Na medida em que cada Estado for colocando sua central em funcionamento, elas automaticamente passarão a integrar o Portal de Integração dos Registradores de Imóveis do Brasil, chamado de Registradores BR. Considerando que este também é um requisito do Provimento nº 47/2015, possui como objetivo universalizar o ingresso de todas as partes à circulação eletrônica de informações e também criar e gerenciar os padrões do sistema de registro eletrônico (IRIB, 2016b).

No entanto, antes das centrais estaduais entrarem em funcionamento, é necessário que todo o acervo do cartório esteja inserido no sistema já utilizado pela Serventia, de maneira eletrônica, conforme determina o artigo 39 da Lei nº 11.977/2009. Aquelas Serventias que ainda não possuem a adoção de um sistema eletrônico próprio para o RI, deverão adquirir um. Para que essa transferência dos dados ocorra, se faz imprescindível a aquisição de novos equipamentos e tecnologias, bem como a capacitação dos registradores e de seus funcionários para utilização do novo método (PASSARELLI, 2010).

Após a inserção de todas as informações da Serventia para o meio eletrônico, como exigido no artigo 39 da Lei nº 11.977/2009, ainda existem outros estágios a serem seguidos. O próximo passo é ter a receptação de documentos recebidos de uma maneira mais ágil e segura, bem como o envio daqueles que forem solicitados, sempre com o objetivo de atender todas as partes da melhor maneira possível (RODRIGUES, 2016).

Na etapa seguinte está o protocolo eletrônico dos títulos, em que a Serventia receberá o documento que foi expedido e convertido em PDF (Portable Document Format) e assinado digitalmente e também aquele título que será, desde o início, lavrado por meio eletrônico. Estes documentos deverão ser protocolados imediatamente, mas levando sempre em consideração as duas ordens de apresentação, a eletrônica e aquela dos documentos recebidos no balcão do respectivo Cartório (RODRIGUES, 2016).

As próximas fases são constituídas de expedição de certidões e de fornecimento de informações utilizando as centrais, sem deixar, no entanto, de atender às de-

mandas advindas do atendimento “físico” das partes que ainda necessitarem desses serviços diretamente na Serventia. Salientando que este é mais um dos motivos pelos quais a exigência das inserções das informações no sistema se faz de extrema importância e deve abranger todos os Serviços de Registros de Imóveis do Brasil (RODRIGUES, 2016).

Posteriormente às etapas iniciais, ter-se-á como consequência o registro puramente eletrônico, que concentrará um grande número de informações, o qual facilitará a busca e a localização de bens, de uma maneira bem mais ampla do que a existente, acarretando, ainda, agilidade e eficácia nos serviços prestados pelas Serventias (RODRIGUES, 2016). Em decorrência da agilidade, mais usuários terão suas solicitações atendidas em um tempo menor, tendo por consequência uma satisfação do cliente (PAIVA, 2009).

Na perspectiva de alguns doutrinadores, com a adoção do novo sistema de registro eletrônico não haverá uma reinvenção das atividades registrais, e sim uma grande mudança com relação às ferramentas utilizadas, sendo que o papel do registrador persevera com a mesma importância social de sempre (GRUBER, 2016). Sobre isso, Flauzilino Araújo dos Santos demonstra sua opinião: “Computadores e *softwares* não fazem funcionar ou fracassar o Registro de Imóveis. O elemento-chave é o resultado da equação ‘pessoas + princípios jurídicos’” (SANTOS, 2016, p. 93).

Assim como em outras esferas, o direito registral imobiliário precisa acompanhar as situações do cotidiano dos cidadãos, o qual é cercado constantemente por inovações, sem esquecer os princípios que norteiam essa atividade. Considerando esses fatores, surgiu o Registro Eletrônico de Imóveis, unindo a segurança jurídica, que sempre esteve presente, à modernidade que se apresenta diante de todos.

## **6 AS PRINCIPAIS DIFICULDADES ENCONTRADAS NA IMPLANTAÇÃO DO REGISTRO ELETRÔNICO E SUAS POSSÍVEIS “SOLUÇÕES”**

Diante dos requisitos para implantação do registro eletrônico, pode-se constatar que é um processo bastante extenso e demorado, que necessita de muitos investimentos, tanto na área de informática, quanto na capacitação dos funcionários e dos próprios registradores. Em virtude dessas e de várias outras questões, a Coordenação Nacional das Centrais de Serviços Eletrônicos Compartilhados foi criada com o objetivo de ajudar todos os Oficiais a superar as complexidades que surgem (IRIB, 2016c).

A maior e mais relevante discussão gerada a partir do registro eletrônico é o fato de que, conforme determina o artigo 41 da Lei nº 11.977/2009, os cartórios de-

vem disponibilizar ao Poder Executivo Federal o acesso às informações existentes em seus bancos de dados. No entanto, essa busca realizada diretamente no acervo do Cartório por parte do Poder Executivo não ocorrerá, porque as Serventias serão informadas das necessidades dos órgãos interessados e, conseqüentemente, enviarão os dados que lhes forem solicitados, sem qualquer ônus ou encargo ao solicitante (SANTOS, 2010).

Além disso, existe grande preocupação também com relação ao regulamento mencionado no artigo 37, que dispõe sobre a forma de organização e implantação do registro eletrônico, bem como das informações prestadas pelos Cartórios.

Com o objetivo de tentar auxiliar os registradores na organização da implementação do registro eletrônico, o poder Executivo Federal, através da MP 759/2016, artigo 54, determinou a criação do Operador Nacional do Registro de Imóveis Eletrônico (ONR). Essa iniciativa possui, também, como objetivo ser um instrumento de apoio às Corregedorias Gerais de Justiça, que fiscalizarão os Registros de Imóveis, remotamente (SANTOS, 2017). Atualmente, a referida MP 759/2016 foi convertida pela Lei nº 13.465/2017, e o artigo 54, antes mencionado, equivale na nova legislação ao artigo 76.

Aquele registrador que não cumprir com o determinado na legislação que instituiu o novo sistema registral poderá, conforme estabelece a Lei nº 8.935/1994, artigo 32, IV, perder sua delegação (IRIB, 2014d). Por este motivo, é preciso estar atento aos prazos estipulados em cada um dos Estados mediante provimento. No Estado do Rio Grande do Sul, encontra-se regulamentado no artigo 6º do Provimento nº 024-CGJ/2014, que posteriormente foi alterado pelo Provimento nº 017-CGJ/2015, o qual determinou que o prazo final para inserção das informações ocorreu em junho de 2017. Sendo que, até o presente momento, a central de registradores de imóveis do Estado ainda se encontra em processo de desenvolvimento (COLÉGIO REGISTRAL DO RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Considerando que os documentos recebidos eletronicamente estarão assinados digitalmente, além da consulta da sua integridade e veracidade, far-se-á necessária também a conferência com relação à assinatura do documento, a qual foi realizada por meio do certificado digital. Os registradores deverão conferir se este é válido e se aquela pessoa tem efetivamente poderes de assinar determinado documento, restando, neste aspecto, mais preocupações por parte dos Oficiais (BRAGA JUNIOR, 2013).

O certificado digital é um documento eletrônico que indica uma pessoa física ou jurídica, sendo que sua validade e autenticidade são garantidas pela Autoridade Certificadora (AC BR) que deu origem ao certificado (PAIVA, 2009). Essa autoridade

possui como sua principal obrigação investigar e atestar que aquele “titular do certificado possui a chave privada que corresponde à chave pública que faz parte de seu certificado” (PASSARELLI, 2010, p. 57).

Sendo assim, ela comprova a identidade do titular daquele certificado digital, através de chaves que são uma ferramenta de criptografia. Esse método impede que o certificado possa ser alterado ou até mesmo utilizado sem a autorização do usuário, proporcionando, assim, a segurança ao sigilo das informações, bem como, comprovação de veracidade das mesmas (PASSARELLI, 2010).

Nesse sentido, não existe a possibilidade de falar sobre registro eletrônico sem mencionar os crimes cibernéticos, que ocorrem frequentemente em virtude das facilidades que a tecnologia proporciona. Esses ataques ocorrem quando os cibercriminosos descobrem alguma instabilidade nos *softwares*, burlando os *firewalls* e os antivírus que protegem os equipamentos, sendo que seus utilizadores recebem algum *e-mail* com conteúdo de seu conhecimento, mas que possui apenas o objetivo de “infectar” a máquina (PIERIM, 2017).

Contudo, existem formas de prevenir esses crimes, sendo que uma delas é a troca dos equipamentos por *firewalls* mais modernos. Assim, os registradores devem advertir aos usuários dos sistemas para que atentem ao máximo a essa infinita gama de possibilidades capazes de danificar as máquinas que são responsáveis pela guarda e conservação dos documentos, sejam eles eletrônicos ou não. Contudo, é importante destacar que, seja o novo sistema eletrônico ou aquele com o qual a Serventia está habituada, os riscos estão e estarão presentes, pois não há como ter uma segurança total dos dados (PIERIM, 2017).

Considerando as inúmeras alterações que o Registro Eletrônico acarretará, cabe destacar também que os Registradores de Imóveis possuem uma grande apreensão com o fato de que esta profissão estaria condenada ao desaparecimento, pois as facilidades para operar nessa área se tornam cada vez maiores (PASSARELLI, 2010). Porém, como Daniel Lago Rodrigues demonstra, cabe apenas aos Oficiais estabelecerem as diretrizes de organização dessa nova modalidade do RI, ou seja, estes profissionais devem tomar a iniciativa para que outros não a façam (RODRIGUES, 2016).

Não importa qual seja a dificuldade que se apresenta ou que ainda irá surgir mediante a implantação do Registro Eletrônico, mas sim, como os registradores irão se comportar diante dos desafios, pois essa é realidade que está, de fato, diante de toda classe. No entanto, segundo Flauzilino Araújo dos Santos, esses profissionais precisam “tirar maior proveito das inovações tecnológicas, para automatizar procedimentos internos da serventia e, principalmente, revolucionar a comunicação dos cartórios com os poderes públicos, empresas e cidadãos” (IRIB, 2015e).

## **7 A SEGURANÇA JURÍDICA DOS ATOS PRATICADOS PELO REGISTRADOR DE IMÓVEIS**

Determinado expressamente no artigo 1º da Lei nº 8.935, datada de 18 de novembro de 1994, o princípio da segurança jurídica, que é considerado a base da atividade registral (SERRA, 2016), deve estar presente em todos os atos praticados no RI (MELO, 2008). Para Márcio Guerra Serra e Monete Hipólito Serra, esse princípio “garante a estabilidade das relações elencadas dentro de sua esfera de atribuição, contribuindo para a pacificação social por meio da preservação de litígios envolvendo estes atos” (SERRA, 2016, p. 140).

Pode-se dizer que a finalidade desse princípio é diminuir os riscos que envolvam as transações. Porém, não somente com base no que a lei previamente estipula, mas também com fundamento nas consequências positivas que serão geradas, caso o princípio seja observado (SANTOS, 2011).

Além de estarem entre as instituições mais confiáveis, os cartórios de registro de imóveis estão aliviando as demandas do Poder Judiciário, contribuindo na prevenção de litígios e auxiliando as partes em seus negócios, com o objetivo também de proporcionar aos cidadãos a possibilidade de usufruir com mais agilidade de seus direitos. Com a finalidade de proporcionar às partes uma acessibilidade ainda maior, de maneira rápida e eficiente, as Serventias têm investido em capacitação, gestão e tecnologia (BACELLAR, 2015).

Dentre esses aspectos está a nova realidade que recai sobre a atividade, o Registro Eletrônico, que se encontra estipulado no artigo 37 da Lei nº 11.977, datada de 07 de julho de 2009. Com o propósito de reduzir os custos e aumentar a celeridade dos serviços, além de diversos outros benefícios, o Registro Eletrônico visa contribuir para a comunicação entre os cartórios, proporcionando maior eficiência no sistema registral como um todo (SANTOS, 2011).

Em decorrência do Registro Eletrônico surge a segurança tecnológica, que contribuirá para o aperfeiçoamento da segurança jurídica. Com ela, será possível ao registrador se adequar à nova realidade apresentada pelo Registro Eletrônico, utilizando plataformas seguras com o objetivo de enriquecer a segurança nos registros (SANTOS, 2011, p. 151).

Com relação à proteção de dados, que é uma das maiores ressalvas por parte dos registradores, está o sequestro das informações que constam nas Serventias, as quais podem ser alvo de ataques nos crimes cibernéticos. Esses crimes acontecem em virtude de alguma instabilidade no *software* utilizado, e na maioria dos casos, iniciam enviando um *e-mail* aos usuários, que ao abrir infecta a rede e tudo nela que

existe. Em seguida, todos os dados existentes são criptografados e os cibercriminosos exigem o pagamento do resgate para devolver as informações como estas estavam antes do ataque (PIERIM, 2017).

Observando todas essas ameaças e visando garantir a maior segurança aos atos, bem como oportunizar confiança às partes nos negócios por elas realizados, foi criada a tecnologia *Blockchain*. Conhecida como “o protocolo da confiança, é uma tecnologia que visa a descentralização como medida de segurança” (LOSSIO, 2017).

Diante do exposto acima, conclui-se que a segurança jurídica deve ser sempre o objetivo a ser atingido pela classe registral. Cabe ao registrador observar um conjunto de ações que, se seguidas criteriosamente, proporcionam essa segurança e, com ela, o desenvolvimento da sociedade. Porém, caso esse princípio não seja devidamente respeitado, esses profissionais serão responsabilizados.

## **8 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO REGISTRADOR DE IMÓVEIS**

A responsabilidade civil surgiu da necessidade de indenizar o prejuízo causado a alguém por aquele que realizou o ato pelo qual acarretou esse dano (KINDEL, 2006). Assim sendo, o interesse em reconstituir a estabilidade violada pelo dano é que deu origem à responsabilidade. E, para que isso ocorra, faz-se necessário que exista, em uma relação jurídica, o descumprimento de qualquer obrigação por uma das partes, pois a reparação serve como substituição de algo que não foi cumprido conforme estabelecido (DINIZ, 2010).

Existem vários tipos de responsabilidade decorrente da relação jurídica, como civil, penal, disciplinar, fiscal, entre outras, sendo que todas recaem sobre os Oficiais de Registro (DINIZ, 2010). No entanto, o objeto de explanação do presente trabalho será a responsabilidade civil, especialmente com relação ao registrador de imóveis.

Contudo, antes de explicar a quem incumbe o dever de responsabilização, cabe destacar que a responsabilidade civil é composta por dois princípios, o da culpa e o do risco. Ao primeiro estão atrelados os casos nos quais o sujeito causador do dano agiu de maneira abusiva, quando poderia ter impedido eventual lesão, intimamente ligada à responsabilidade subjetiva. Com a teoria do risco, cabe ao lesante encarregar-se de assumir os prejuízos, mesmo que não tenha sido ele quem agiu de maneira dolosa ou culposa, remetendo à responsabilidade objetiva (NORONHA, 1999).

Com a finalidade de averiguar se existe ou não a responsabilidade, faz-se necessário aferir alguns pressupostos. Um deles refere-se à ação realizada pelo agente, que deve ir de encontro ao que rege o ordenamento jurídico, com o objetivo de não

obter um resultado indesejado. Outro fator está relacionado à omissão, que diz respeito a um determinado ato que deveria ser praticado pelo agente. Caso alguma dessas hipóteses seja violada, caberá reparação por aquela pessoa que causou o dano (KINDEL, 2006).

Diante desses fatores, está o nexo de causalidade, que estabelece a relação entre a conduta do agente e o dano causado, pois, “se houver dano sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar” (TARTUCE, 2015, p. 374-375).

Com relação ao dano, este pode ser aferido a partir do momento em que uma pessoa restou prejudicada por um ato realizado por outra pessoa, sendo que pode ser patrimonial, moral, estético entre vários outros (TARTUCE, 2015). No entendimento de Pontes de Miranda, esse dano pode ser ressarcido por todos aqueles que o causarem ou, ainda, por qualquer um de seus causadores, pois estes respondem de maneira solidária (PONTES DE MIRANDA, 2008).

Com a promulgação do Código Civil de 1916, o tema da responsabilidade civil com relação aos registradores era bastante genérico. Em seu artigo 159, constavam os casos de responsabilização por ato próprio de maneira subjetiva direta, que dependiam de comprovação de culpa. Juntamente com o Código Civil, encontrava-se em vigor a Lei nº 6.015/1973, que dispõe até hoje sobre as atividades dos Oficiais de Registros e, em seu artigo 28, trata da responsabilidade desses profissionais (CASTRO, 2016).

Para regulamentar o artigo 236 da Constituição Federal e com o objetivo de tratar especificamente sobre as funções dos registradores e notários, foi criada a Lei nº 8.935/1994. Em seu artigo 22, trouxe a responsabilidade da classe pelos danos que causassem, inclusive pelos atos de seus prepostos (CASTRO, 2016). Cabe frisar que o teor do artigo também se refere ao tema de maneira abrangente, cabendo o entendimento da responsabilidade ser direta e objetiva (BENUCCI, 2013).

Contudo, diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais surgiram com relação ao entendimento do artigo acima no que diz respeito à natureza da responsabilização, seja ela objetiva ou subjetiva. Alguns entendem que deveria ser adotado o disposto no artigo 37, § 6º, da CF/88, responsabilizando os registradores de maneira objetiva. Outros defendem que no artigo 22 da Lei nº 8.935/1994, encontra-se a possibilidade de a obrigação ser direta e objetiva gerada através do risco (CASTRO, 2016).

Uma das percepções também com relação ao teor do artigo 37, § 6º, da CF/88, é defendida pelo Desembargador Ricardo Henry Marques Dip. Sua defesa consiste na ideia de que a aplicabilidade do artigo antes mencionado deve ser tão somente a

peças jurídicas. E, considerando que os registradores de imóveis são pessoas físicas privadas, delegadas pelo Estado, não se deve aplicar tal norma (DIP, 2016).

Pela teoria da culpa havia outros entendimentos de que o correto seria aplicar o dever de indenização de maneira direta e objetiva. Por estas e diversas outras percepções, o artigo 22, antes mencionado, foi alterado pela Lei nº 13.286/2016, que será posteriormente explanada (CASTRO, 2016).

Com relação ao entendimento do instituto da culpa que existia no Código Civil anterior, este continuou válido com a promulgação da Lei nº 10.406/2002, que sancionou o atual Código Civil. Fundamentada na imprudência, negligência e imperícia, ao conceito de culpa, foi acrescido o risco. Este novo aspecto está alicerçando a responsabilidade que independe de apuração de culpa (CASTRO, 2016).

Considerando os diversos entendimentos existentes sobre a responsabilidade civil dos Oficiais de Registro de Imóveis, em 2016 entrou em vigor a Lei nº 13.286, que alterou o teor do artigo 22 da Lei nº 8.935/1994. Como se percebe abaixo, restou estabelecido por lei, de maneira taxativa e expressa, que esses profissionais respondem por seus atos ou de seus prepostos, de maneira subjetiva, com base no dolo ou culpa (CASTRO, 2016)

O regramento ditado pelo artigo acima vai de encontro a inúmeros entendimentos, no sentido de que, sendo essa uma atividade jurídica que deve rigorosamente cumprir as normas impostas exclusivamente pelo Estado, não pode ser fundada no risco, mas sim no dolo ou culpa, portanto, subjetiva (CASTRO, 2016). Sendo assim, a pessoa que sofreu algum dano terá que provar que houve dolo ou culpa por parte do Oficial de Registro de Imóveis, para que consiga ser indenizada (BENÍCIO, 2016).

No entanto, para Benício, mesmo com a promulgação da lei antes mencionada, a qual estabelece que se faça necessária a comprovação da culpa dos registradores, estes devem ser os únicos a serem responsabilizados, não cabendo ao Estado tal ônus. Tal entendimento decorre do fato de que os emolumentos pagos na Serventia (não incluídos os valores dos selos digitais e demais encargos) ficam integralmente para o Oficial. Logo, o Estado deve arcar com os prejuízos apenas de maneira solidária, nos casos em que houver a insolvência do registrador (BENÍCIO, 2016).

Com relação ao registro eletrônico, os Oficiais das Serventias externam real preocupação para continuar a fornecer a maior segurança jurídica dos atos que praticam. Uma vez que as informações estão circulando na rede, estas ficam mais vulneráveis aos crimes cibernéticos (RODRIGUES, 2012). Pelo fato de que compete ao registrador preservar as informações, além de mantê-las sempre atualizadas, como no caso da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens, Penhora *On-line*, *backup*, dentre

vários outros, resta a dúvida se a responsabilidade civil pela guarda e conservação dessas informações será dividida entre o registrador e o Estado (JACOMINO, 2016).

## **9 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA E POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS**

Pelo que foi explanado anteriormente, a atividade registral possui diversas atribuições, sendo que dentre elas está a de garantir a segurança jurídica de seus atos. Com ela, é possível que as transações imobiliárias sejam estabilizadas e a confiabilidade dos negócios jurídicos se perpetue. Sendo assim, este princípio deve sempre ser observado pelo registrador de imóveis em todos os atos que praticar em sua Serventia.

Porém, quando essa segurança resta abalada, cabe responsabilização àquele que não adotou as devidas precauções para que não houvesse constrangimentos às partes. Com relação ao tipo de responsabilidade, embora a Lei nº 13.286/2016 estabeleça que os registradores respondam de maneira subjetiva, este tema ainda é bastante discutível. Por este motivo, faz-se necessário explicar a respeito das repercussões práticas sobre o assunto no poder judiciário.

Alguns doutrinadores defendem que a responsabilização do registrador deve ser subjetiva, na qual se faz necessária a comprovação da culpa daquele que causou o dano. Esse critério decorre do fato de que o Oficial, ao cumprir sua função, deve seguir rigorosamente as regras impostas pelo sistema jurídico, não cabendo a ele o ressarcimento por eventuais prejuízos (BENUCCI, 2013).

Com relação a esse tipo de responsabilidade, cabe ressaltar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu recentemente que:

[...] a responsabilidade dos notários e oficiais de registro é subjetiva, assim disciplinada na Lei n. 8935/94, exigindo a comprovação de culpa no evento danoso, não incumbindo a este examinar a veracidade dos dados que lhe foram repassados, mas sim a sua regularidade formal. [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

De outro lado, acompanhando a compreensão de Luiz Guilherme Loureiro, existem outros posicionamentos que consideram o registrador de imóveis responsável objetivamente por seus atos. O autor explica que o Estado deve ser acionado pela parte lesada apenas nos casos em que o registrador seja insolvente ou, por algum outro motivo, este não consiga arcar com os danos (LOUREIRO, 2016). Nesse sentido, é importante salientar o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

A responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos é objetiva, conforme art. 37, §6º, da CF. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (art. 236 da CF). Portanto, a responsabilidade dos tabeliães e registradores é objetiva (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Pelas análises jurisprudenciais demonstradas acima, pode-se constatar que o tema da responsabilidade civil, no tocante à atividade registral, é bastante divergente. Mesmo que exista previsão legal sobre o assunto, este ainda resulta em diferentes posicionamentos.

Porém, é importante destacar que a responsabilidade sempre existe, e que o Oficial deve estar atento ao realizar sua função para que seus atos não gerem prejuízos às partes, para que essa responsabilização não seja acionada pelos envolvidos.

## **10 AS POSIÇÕES DE ALGUNS REGISTRADORES SOBRE AS MODIFICAÇÕES NA ATIVIDADE REGISTRAL**

Este subcapítulo conta com as opiniões obtidas de um questionário que foi enviado a três registradores de imóveis (Estados do Rio Grande do Sul e São Paulo), as quais foram apresentadas, analisadas e comparadas, sendo que os resultados comprovaram a ideia de que o registro eletrônico trará diversos benefícios e também algumas preocupações para quem atua diretamente na atividade registral.

Além disso, pôde-se constatar que a responsabilidade civil deve recair sempre sobre aquele que gerar danos às partes envolvidas, isto é, tal entendimento vai de encontro ao explanado neste trabalho. Porém, os entrevistados entenderam que, considerando que o registrador de imóveis recebe a delegação do Estado, a responsabilização deve recair sobre este, e não sobre aquele que cumpre seu dever legal.

Outrossim, os entrevistados também ressaltaram que a segurança jurídica deve ser a base da atividade registral, e que, mesmo com a implantação do registro eletrônico, esta será preservada, se observados os diversos requisitos de segurança disponíveis atualmente.

## **11 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de tudo que foi exposto na presente monografia, concluiu-se que o sistema registral imobiliário surgiu com o objetivo de atender às necessidades das pessoas em relação à segurança jurídica de suas propriedades e das transmissões destas. Ademais, mesmo com as diversas alterações em sua sistemática ao longo dos anos,

além da segurança, outra característica que precisa estar sempre presente nessa atividade é a de proporcionar publicidade em todas as transações imobiliárias.

Também foi possível concluir que, para garantir essa segurança e o desenvolvimento da sociedade, o registrador deve estar atento a um conjunto de ações e de normas. Porém, quando esse princípio for rompido, esses profissionais serão devidamente responsabilizados.

O estudo também demonstrou que, diferente destes posicionamentos, ainda existem doutrinadores que acreditam que o Oficial e o Estado respondem de maneira igual e objetiva, visto que, uma vez que o Estado delegou a função e o registrador a aceitou, os dois devem se responsabilizar igualmente.

Por outro lado, foi possível constatar que não importa qual será a inovação ou alteração apresentada pela legislação, restou claro que esses profissionais não escolheram e tampouco escolhem o caminho mais fácil. A grande maioria da classe registral está em constante aperfeiçoamento, com o objetivo de realizar seus serviços da maneira mais transparente possível, sempre com a preocupação de garantir a publicidade e a segurança jurídica de seus atos.

## REFERÊNCIAS

- AGHIARIAN, Hércules. **Curso de Direito Imobiliário**. 9. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ALVARES, Pércio Brasil. Apontamentos: para a memória do registro de imóveis. In: ERPEN, Juliana (Org.). **Do manuscrito ao registro eletrônico: cento e cinquenta anos do Registro de imóveis de Porto Alegre**. Porto Alegre: Carmen Langaro, 2015.
- ASSAD, Frederico Jorge Vaz de Figueiredo. Registro de Imóveis Eletrônico e Governança Fundiária. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, a. 39, v. 81, p. 215-233, jul./dez. 2016.
- BACELLAR, Rogério; FERRAZ, Patrícia. Cartórios: segurança e eficiência. Colégio Notarial do Brasil. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw%3D%3D&in=NjY0Nw%3D%3D>>. Acesso em: 23 abr. 2018.
- BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. A responsabilidade civil de notários e registradores sob o égide da Lei 13.286/2016. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, a. 39, v. 81, p. 363-381, jul./dez. 2016.
- BENUCCI, Renato Luís. A responsabilidade civil pelos atos notariais e de registro. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, a. 36, v. 74, p. 239-263, jan./jun. 2013.
- BRAGA JUNIOR, Antônio Carlos Alves. **SREI – Serviço de Registro Eletrônico de Imóveis**. São Paulo: Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário (ABDRI), 27 de junho de 2013. Palestra proferida no 4º Curso de Iniciação na Atividade Registral e Notarial, realizado em São Paulo nos dias 06 e

07 de junho de 2013. Disponível em: <<https://cartorios.org/2013/06/27/srei-servico-de-registro-eletronico-de-imoveis/>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRANDELLI, Leonardo. **Registro de Imóveis Eficácia Material**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Responsabilidade civil dos Notários e Registradores. **Boletim do IRIB em Revista**. XXXV Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, n. 335, p. 77-79, 2008.

CASTRO, Demades Mario. A responsabilidade civil dos notários e registradores e a edição da Lei 13.286, de 10 de maio de 2016. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, a. 39, v. 81, p. 337-361, jul./dez. 2016.

COLÉGIO REGISTRAL DO RIO GRANDE DO SUL. **CNJ**: Comunicado nº 017/2015: deferido o pedido de prorrogação de prazo do art. 6º do prov. 24/2014-CGJ-RS. Disponível em: <<http://www.colegioregistrals.org.br/publicacoes/comunicadosCompleta?jumpMenu=7;id=29956>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registros de Imóveis**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIP, Ricardo Henry Marques. Nótulas sobre a responsabilidade civil e disciplinar dos tabeliães e registradores públicos. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, a. 39, v. 80, p. 143-149, jan./jun. 2016.

ERPEN, Décio Antônio. O Instituto da Propriedade: e o Registro Imobiliário – “Res Clamat Dominum”. In: ERPEN, Juliana (Org.). **Do manuscrito ao registro eletrônico**: cento e cinquenta anos do Registro de imóveis de Porto Alegre. Porto Alegre: Carmen Langaro, 2015.

GRUBER, Rafael Ricardo. Registro Eletrônico de Imóveis, Cadastros e Sinter: Interconexão sem submissão. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, a. 39, v. 81, p. 253-285, jul./dez. 2016.

INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL (IRIB) a. Articulação e parceria para a criação da central nacional. **Boletim do IRIB em Revista**. Edição Especial Relatório de Gestão 2013 2014, n. 352, p. 8, março/2015.

INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL (IRIB) b. **Registro Eletrônico - Portal de Integração dos Registradores de Imóveis do Brasil**. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/registro-eletronico-undefined-portal-de-integracao-dos-registradores-de-imoveis-do-brasil>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL (IRIB) c. **35º Encontro Regional discute o registro eletrônico de imóveis**. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/35o-encontro-regional-discute-o-registro-eletronico-de-imoveis>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL (IRIB) d. **Registro eletrônico deve ser implantado até 2014**. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/registro-eletr-ocirc-nico-deve-ser-implantado-at-eacute-2014>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL (IRIB) e. **Consequências e desafios do registro eletrônico de imóveis**. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/consequ-ecirc-n-cias-e-desafios-do-registro-eletr-ocirc-nico-de-im-oacute-veis>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

JACOMINO, Sérgio. Sistema de registro eletrônico de imóveis. **Boletim do IRIB em Revista**. Edição Especial XLII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, n. 354, p. 72-80, março/2016.

KINDEL, Augusto Lermen. **Responsabilidade civil dos notários e registradores**. Porto Alegre: Norton, 2006.

LOSSIO, Cláudio. Blockchain e o Cartório. Colégio Registral do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://colegioregistrals.org.br/publicacoes/doutrinaCompleta?id=34052>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. 7. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MALUF, Paulo José Leonesi. Registros públicos e notas eletrônicas: riscos e oportunidades na migração do acervo documental físico para o meio eletrônico. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, a. 39, v. 80, p. 125-142, jan./jun. 2016.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. Breves Anotações sobre o Registro de Imóveis. In: TUTIKIAN, Claudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (Coord.). **Novo Direito Imobiliário e Registral**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 761, p. 31-44, mar. 1999. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015c4b180dd1289a-c1f3&docguid=lae728350f25011dfab6f010000000000&hitguid=lae728350f25011dfa-b6f0100000000000&spos=2&epos=2&td=4000&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

PAIVA, João Pedro Lamana. O Registro de Imóveis no Brasil: Um Álbum Cheio de Histórias para Compartilhar. In: ERPEN, Juliana (Org.). **Do manuscrito ao registro eletrônico: cento e cinquenta anos do Registro de imóveis de Porto Alegre**. Porto Alegre: Carmen Langaro, 2015.

PAIVA, Patricia. O Registro de Imóveis na era do documento eletrônico. **Boletim do IRIB em Revista**. XXXVI Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, n. 337, p. 2-6, 2009.

PASSARELLI, Luciano Lopes. **Teoria Geral da Certidão Registral Imobiliária: o princípio da publicidade na era do registro de imóveis eletrônico**. São Paulo: Quinta Editorial, 2010.

PAULIN, Milson Fernandes. Da Fé Pública Notarial e Registrária. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, a. 35, v. 72, p. 189-200, jan./jun. 2012.

PIERIM, Carlos Eduardo. INR: "Sequestros de dados nos cartórios extrajudiciais: como acontece e o que pode ser feito para evita-los". **Colégio Registral do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.colegioregistrals.org.br/publicacoes/doutrinaCompleta?id=33537>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 2008, Tomo LIII.

REZENDE, Luis Orlando Rotelli. O registro eletrônico e o Sistema Nacional de Informações Territoriais (Sinter). **Boletim do IRIB em Revista**. XLI Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, n. 351, p. 38-45, setembro/2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº**

**70065947202.** Relator Desembargador Marco Antonio Angelo. Data do julgamento: 02 jun. 2016. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70065947202%26num\\_processo%3D70065947202%26codEmenta%3D6792213+responsabilidade+objetiva+registro+i-moveis++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs\\_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70065947202&comarca=Comarca de Est%C3%A2ncia Velha&dtJulg=02/06/2016&relator=Marco Antonio Angelo&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70065947202%26num_processo%3D70065947202%26codEmenta%3D6792213+responsabilidade+objetiva+registro+i-moveis++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70065947202&comarca=Comarca de Est%C3%A2ncia Velha&dtJulg=02/06/2016&relator=Marco Antonio Angelo&aba=juris)>. Acesso em: 23 abr. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70069178440.** Relator Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Data do julgamento: 31 maio 2017. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70069178440%26num\\_processo%3D70069178440%26codEmenta%3D7301969+70069178440++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70069178440&comarca=Comarca de Cruz Alta&dtJulg=31/05/2017&relator=Jorge Luiz Lopes do Canto&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70069178440%26num_processo%3D70069178440%26codEmenta%3D7301969+70069178440++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70069178440&comarca=Comarca de Cruz Alta&dtJulg=31/05/2017&relator=Jorge Luiz Lopes do Canto&aba=juris)>. Acesso em: 23 abr. 2018.

RODRIGUES, Daniel Lago. O Registro Eletrônico de Imóveis como fenômeno autopoiético. **Boletim do IRIB em Revista**, Edição Especial 35º Encontro Regional dos Oficiais de Registro de Imóveis, n. 355, p. 50-55, agosto/2016.

RODRIGUES, Daniela Rosário. Registro eletrônico, Penhora on-line e Central de indisponibilidade. **Boletim do IRIB em Revista**, 31º Encontro Regional dos Oficiais de Registro de Imóveis, n. 346, p. 80-85, dezembro/2012.

RODRIGUES, Marcelo Guimarães. A segurança jurídica e o registrador intérprete. **Boletim do IRIB em Revista**, XXXVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, n. 343, p. 136-139, 2011.

SANTOS, Emanuel Costa. O registro de imóveis no Brasil e a segurança jurídica. **Boletim do IRIB em Revista**, XXXVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, n. 343, p. 102-109, 2011.

SANTOS, Flauzilino Araújo dos. A segurança jurídica no registro eletrônico e no desenvolvimento de novas tecnologias. **Boletim do IRIB em Revista**, XXXVIII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, n. 343, p. 148-155, 2011.

SANTOS, Flauzilino Araújo dos. Operador Nacional do Registro de Imóveis Eletrônico - ONR. **Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB)**. Disponível em: <<http://www.irim.org.br/noticias/detalhes/resumo-da-proposta-de-constituicao-do-operador-nacional-do-registro-de-imoveis-eletronico>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

SANTOS, Flauzilino Araújo dos. Registro de imóveis eletrônico – Uma reflexão tardia? **Boletim do IRIB em Revista**, Edição Especial XLII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, n. 354, p. 82-93, março/2016.

SANTOS, Flauzilino Araújo dos. Sobre a responsabilidade civil dos notários e registradores. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sergio (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito Registral**. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2012, p. 1139-1160, v. 1.

SANTOS, Francisco José Rezende dos. A Publicidade dos Atos e a Ética do Registrador de Imóveis. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (Coord.). **Novo Direito Imobiliário e Registral**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

SANTOS, Francisco José Rezende dos. O princípio da segurança jurídica e o Sistema Registral Imobiliário. **Boletim do IRIB em Revista**, 31º Encontro Regional dos Oficiais de Registro de Imóveis, n. 346, p. 74-79, dezembro/2012.

SANTOS, Francisco José Rezende dos. O registro eletrônico e a central de indisponibilidades. **Boletim do IRIB em Revista**, XXXVII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis, n. 340, 2010.

SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. Princípios do Registro de Imóveis. In: CASSETTARI, Christiano (Coord.). **Registro de Imóveis I: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 (Coleção Cartórios).

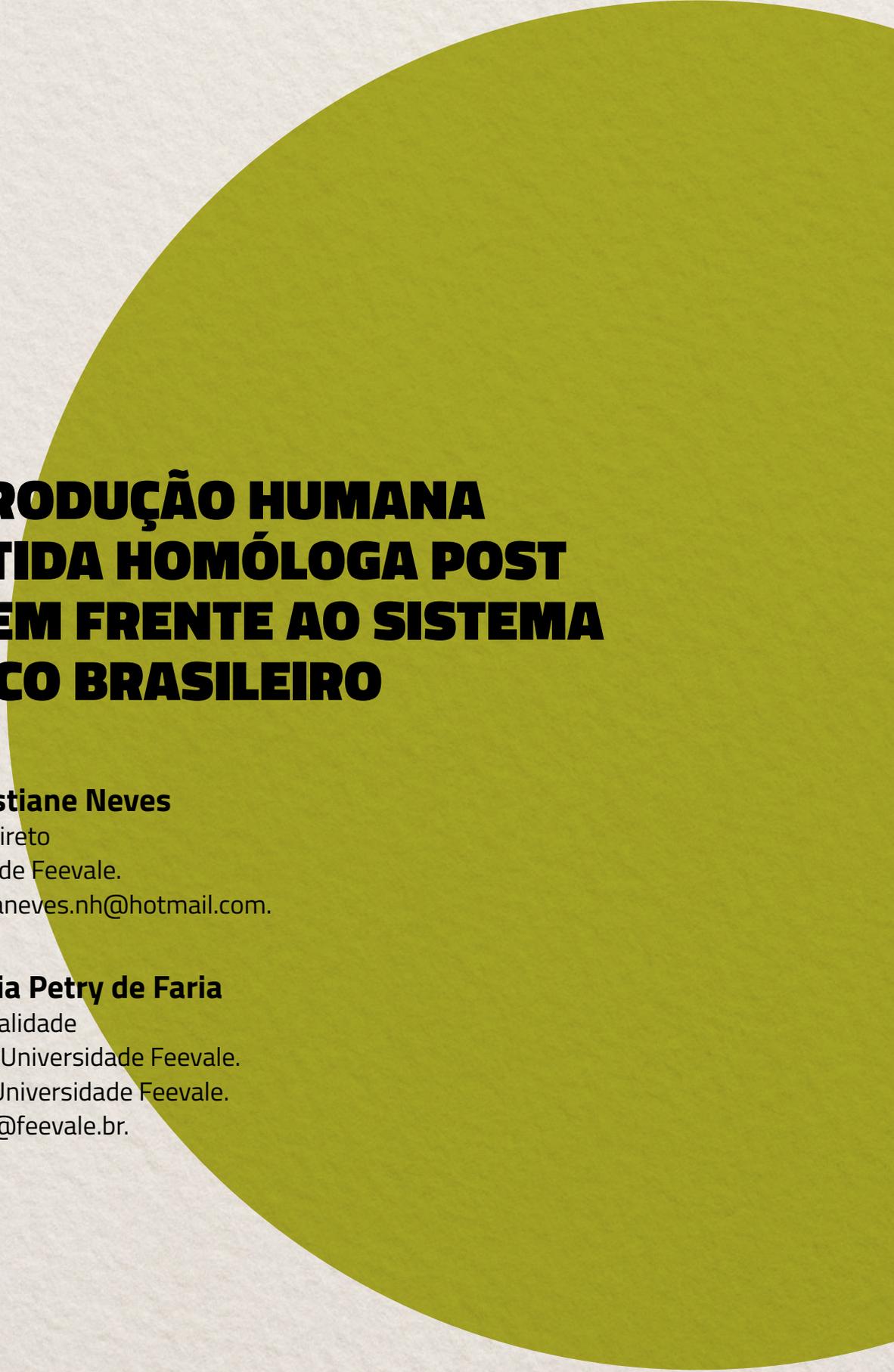
SILVA, Angela. Terras Devolutas. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sergio (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito Registral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 55-114, v. 3.

SILVA, Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo e. **Prática de Registro de Imóveis**. 2. ed. rev. atual. ampl. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 11. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Propriedade Imobiliária e o Registro de Imóveis: Perspectiva Histórica, Econômica, Social e Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil: 2011.

ZEGGER, Arthur. Novos paradigmas da responsabilidade civil e administrativa dos notários e registradores. **Colégio Registral do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.colegioregistrals.org.br/publicacoes/doutrinaCompleta?id=32065>>. Acesso em: 23 abr. 2018.



# **A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM FRENTE AO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

**Vanessa Cristiane Neves**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: [vanessaneves.nh@hotmail.com](mailto:vanessaneves.nh@hotmail.com).

**Cláudia Maria Petry de Faria**

Doutora em Qualidade  
Ambiental pela Universidade Feevale.  
Professora na Universidade Feevale.  
E-mail: [claudia@feevale.br](mailto:claudia@feevale.br).

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo trata da análise relacionada à reprodução humana assistida *post mortem* na versão homóloga, que é aquela reprodução em que se utiliza de material genético de cônjuges.

A discussão reveste-se de suma importância, sendo um tema pouco debatido, mas que merece grande atenção, devido à rápida evolução da medicina nessa área. Questões éticas e morais surgem com as descobertas da ciência, pois com a rápida evolução científica o sistema legal acaba por tornar-se desatualizado em relação à reprodução humana assistida, necessitando de uma leitura ampla por parte dos operadores do direito nos casos concretos, para uma aplicação de forma mais justa, visando à proteção da dignidade da pessoa humana e seus direitos jurídicos individuais.

Analisou-se os reflexos jurídicos na vida do filho concebido por meio de inseminação artificial na forma homóloga, póstumo ao seu genitor, principalmente quanto à paternidade e os efeitos decorrentes dessa prática, em destaque o Direito Sucessório. Para alguns doutrinadores, somente será possível a realização da inseminação com o material biológico crioconservado, mediante prévia autorização, de forma expressa deixada em vida pelo genitor.

O artigo também trata da definição da personalidade humana, numa análise sobre a personalidade jurídica do embrião crioconservado e as questões que surgem dessa problemática, bem como a divergência entre as diferentes correntes doutrinárias.

## 2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Em um dado momento da vida, o ser humano sente o desejo de ter a sua própria prole, mas, por algum motivo, a realização desse desejo é inviável pelo meio natural. Avalia-se que, aproximadamente, dois entre dez casais são acometidos por problemas de infertilidade e inúmeras são as causas que tornam um ser humano infértil. (SÉGUIN, 2005).

A infertilidade e a esterilidade são termos com significados diferentes. Esta diferença está presente na incapacidade de gerar uma prole e também nos procedimentos utilizados em cada caso. A infertilidade consiste na dificuldade de engravidar, sendo, muitas vezes, uma situação relativa, podendo existir solução para reverter o caso. A esterilidade consiste na incapacidade de reprodução, que pode estar ligada a causas naturais ou por consequência de algum fato ocorrido ao longo da vida. As

causas naturais podem ser oriundas de uma má formação congênita, diferentemente daquelas que foram ocasionadas por consequências de fatores, que podem ser provenientes de alguma esterilidade forçada, cirurgicamente, ou por alguma doença adquirida. A esterilidade é irreversível (ORSELLI; FLORES, 2013).

Questões que permeiam a reprodução humana ora assistida acabam, muitas vezes, por gerar estigmas, principalmente nas mulheres. Isso pode comprometer o relacionamento familiar, pela deficiência do casal em gerar sua prole. As tecnologias relacionadas ao tema reprodução humana assistida vêm expandindo-se cada vez mais, sendo um campo de vastas pesquisas científicas, especialmente para as mulheres (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2002).

Na reprodução humana assistida homóloga é utilizado espermatozoide do marido, juntamente com o óvulo da esposa. Utiliza-se, na técnica de reprodução assistida homóloga, uma grande quantidade de embriões, porém somente alguns desses embriões são implantados dentro do útero da mulher. Os demais embriões têm como destino o congelamento, a chamada crioconservação, para que possam ser utilizados futuramente.

Os meios de reprodução assistida podem ser classificados como técnicas de baixa e alta complexidade. Entre as técnicas de baixa complexidade estão a inseminação intrauterina e o coito programado. Métodos de baixa complexidade não requerem a realização em centros de reprodução humana assistida e também apresentam baixos custos financeiros. Dentre as técnicas de alta complexidade, temos a fertilização *in vitro* e também a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2002).

A inseminação artificial intrauterina é uma das técnicas que apresenta baixa complexidade, indicada em mulheres que possuem danificação das trompas de falópio, mas utilizada, também, em mulheres que apresentam problemas ovarianos, levando a uma deficiência de ovulação ou alterações no sêmen do parceiro e ainda em relação a problemas presentes no muco cervical. Com a finalidade de aumentar o número de óvulos, pode ser realizado um ciclo induzido, muitas vezes, preferencial ao natural. No momento em que está tudo encaminhado de maneira correta e existindo sinais de ovulação, o médico irá proceder com os preparativos para realizar uma injeção hormonal na paciente e será programada uma data e hora para a realização da inseminação, que pode ser feita tanto em consultório médico, como em um ambulatório (CLEMENTE, 2006).

Também faz parte das técnicas de baixa complexidade o coito programado. Esta técnica deveria ser a primeira a ser indicada em pacientes que apresentam infertilidade inexplicável, por apresentar baixo custo oneroso; e, também, por ser um méto-

do pouco invasivo, pelo fato de utilizar-se somente das orientações do médico. Esta técnica depende da idade da mulher, do tempo da infertilidade e também das causas emocionais envolvendo o casal. É um processo que ocorre *in vivo*, ou seja, a fertilização ocorre dentro do corpo da mulher, sendo assim um processo natural de gravidez (CLEMENTE, 2006).

A fertilização *in vitro* (FIV) é uma técnica de alta complexidade, sendo esta a técnica mais comum existente. A técnica de fertilização *in vitro* é realizada em laboratório e consiste na fecundação do óvulo pelo espermatozoide. É necessário um período entre 24 e 28 horas para que os pré-embriões sejam transferidos para a cavidade uterina. Dentre as técnicas de alta complexidade, temos a Injeção Intracitoplasmática do espermatozoide, sendo uma avançada tecnologia que consiste na injeção de um único espermatozoide, aplicado diretamente no ovário da mulher. Esta aplicação é feita através de um aparelho que possui microagulhas, desenvolvido especialmente para essa finalidade (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2002).

As atuais técnicas de reprodução humana assistida podem tornar real o sonho da maternidade a uma mulher nascida sem útero, mas que tenha ovários, porém para isso é necessária uma Barriga de Aluguel, nome popular dado à Maternidade de Substituição. O Conselho Federal de Medicina - CFM estabeleceu algumas regras para esta prática, com a finalidade de minimizar eventuais desavenças. A doadora genética precisa ter comprovado problema médico que a impeça de engravidar. A dona da "Barriga de Aluguel" deverá ser parente em até 2º grau da doadora genética, sendo os demais tipos de parentesco sujeito à avaliação do CFM, sendo vedada a doação do útero com a finalidade de lucratividade financeira. (SÉGUIN, 2005).

Sendo assim, as técnicas de RHA têm por finalidade ajudar a solucionar os problemas relacionados à reprodução humana que não possui êxito pelos meios naturais. Inúmeros são os problemas que causam a impossibilidade ou a dificuldade para algumas pessoas em gerar sua própria prole, mas com as possibilidades presentes, hoje, na área da medicina, muitos problemas são sanáveis (GOMES, 2005).

### **3 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

É no berço filosófico que a dignidade da pessoa humana encontra seu amparo mais significativo. Na Antiguidade e na Idade Média, não existia a compreensão sobre dignidade da pessoa humana; entretanto, à época existiam valores e elementos que, somados ao longo do tempo, fizeram surgir a noção sobre dignidade da pessoa humana (LEHMKUHL, 2013).

Para Ingo Sarlet (2012), o mundo antigo, através da religião e da filosofia, in-

fluenciou de forma direta o pensamento jusnaturalista, trazendo a ideia de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é detentor de alguns direitos naturais e inalienáveis. Esta fase é denominada de “pré-história” dos direitos fundamentais. As raízes dos valores da dignidade da pessoa humana, bem como da liberdade e da igualdade entre os homens, encontram-se na filosofia clássica, mais precisamente na filosofia greco-romana e também no pensamento cristão. A democracia ateniense possuía um modelo político baseado na ideia de que o homem deveria ser livre e dotado de individualidade. No Antigo Testamento, integrante do conjunto de livros considerados sagrados para os cristãos, o ser humano é a grande criação de Deus, tendo sido criado à sua imagem e semelhança. As teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens, em dignidade, surgiram da doutrina estoica Greco-romana, bem como do cristianismo.

Verifica-se que, ao longo do desenvolvimento contemporâneo sobre a questão da dignidade humana, destaca-se o pensamento clássico, que deu início a essa compreensão, tendo, então, a dignidade humana seguimento na tradição judaico-cristã, no iluminismo e no período posterior ao final da 2ª Guerra Mundial. Ainda, sobre as origens filosóficas, Marco Túlio Cícero, estadista romano, foi o primeiro a utilizar a expressão “dignidade do homem”, sendo essa expressão associada à liberdade e também à capacidade de tomar decisões morais. Contudo, foi com o Iluminismo que surgiu a noção da centralidade do homem, juntamente com o individualismo, o liberalismo, bem como com o desenvolvimento da ciência e a tolerância religiosa e cultural sobre os direitos individuais. Foi ao final da 2ª Guerra Mundial, época que marcou a humanidade pelos tenebrosos acontecimentos ocasionados pelo genocídio e também pelo totalitarismo, que a dignidade da pessoa humana migrou para o mundo jurídico, sendo que dois movimentos foram determinantes para que isso ocorresse (BARROSO; MELLO, 2015).

O primeiro movimento a surgir foi o de “uma cultura pós-positiva, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista”; o segundo movimento foi o da “inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos” (BARROSO, 2010). Dentre estes documentos está a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, que tem por finalidade estabelecer o respeito e proteção à vida humana. Além da DUDH, outros pactos e convenções foram criados, bem como organizações não governamentais, que tiveram o objetivo e finalidade de orientar, educar e divulgar ideias a respeito dos direitos humanos (SÁ; NAVES, 2011).

No campo bioético também surgiram preocupações quanto à dignidade humana,

surgindo normas internacionais, como a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Relativamente às Aplicações da Biologia e da Medicina e a Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina (CDHB), mais conhecida como a Convenção de Oviedo, assinada em 1997 (TELES, 2013).

A Constituição Brasileira em vigência foi a pioneira na história do constitucionalismo pátrio a destinar um título próprio aos princípios fundamentais. Para assegurar o especial significado de relevante tema dentro da Carta Magna, trouxe expresso de forma inaugural, logo após o preâmbulo e preliminarmente aos direitos fundamentais. O Constituinte teve nítida intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade norteadora de toda a ordem constitucional, definindo os direitos e garantias fundamentais. Também de forma pioneira na história do constitucionalismo, está a dignidade da pessoa humana, como fundamento de Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana está prevista expressamente no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 (SARLET, 2001).

Luiz Barroso afirma que, ao transitar entre a Filosofia e o Direito, a dignidade humana ganha um *status* de princípio jurídico, sem deixar de possuir valores de moralidade, devendo ser examinada pelo Poder Judiciário. Ainda pondera que a dignidade humana possui uma relevante importância em casos extremos, para os quais o Direito não possui solução positivada e, dessa forma, possibilita a busca por decisões extrajudiciais. (BARROSO, 2010).

Por fim, não é possível esgotar o tema dignidade da pessoa humana, haja vista seu caráter axiológico. O tema dignidade da pessoa humana é de difícil conceituação, pois não há um consenso em relação à definição da sua importância para a sociedade, porém, não há como negar a relevância da matéria, tanto que recebeu destaque na Carta Magna de 1988. A dignidade da pessoa humana é o resultado de uma opção racional, dos cuidados com o reconhecimento da própria condição humana, sendo imprescindível que se outorgue ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana a máxima eficácia e efetividade possível. (SARLET, 2001).

## **4 O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A DEFINIÇÃO ENTRE EMBRIÃO E O NASCITURO**

A complexidade relativa à tutela do nascituro é tema de constantes pesquisas, envolvendo gerações de estudiosos, intrigando cientistas, entre outros profissionais. Determinar o início da personalidade do nascituro desafia o Direito diante da grandiosidade que a temática em tela representa (FALCÃO, 2012).

O termo nascituro possui sua raiz etimológica no Latim. O nascituro foi gerado,

mas ainda não ocorreu o nascimento, o que causa controvérsias, pois mesmo ele possuindo vida, indaga-se sobre o feto ser ou não considerado um ser humano, conjuntamente com os direitos que esse feto possui. De forma resumida, o nascituro é um ser que foi concebido e que ainda habita o ventre da mãe, possuindo a proteção do Código Civil (SILVA; ALONSO, 2013).

Indagando sobre a questão da determinação do início da vida, Cláudia Loureiro aduz “que a questão relativa à coisificação do embrião seja solucionada de acordo com a ética, é necessário que se estabeleça a partir de qual momento se dá o início da vida”. Sendo assim, o tradicional conceito sobre o nascituro precisa ser analisado, pois com os avanços científicos e com a criação de novas técnicas que permitem a criopreservação de embriões, a conceituação habitual acerca do nascituro não se faz compatível, haja vista as dúvidas quanto ao início da vida. A partir de pensamentos como esse, surgem inúmeras vertentes que tentam explicar essa questão. (LOUREIRO, 2009, p. 121-122).

Sabe-se o tanto de implicações jurídicas que a inseminação artificial gera, sendo assim, os direitos do embrião devem ser cuidadosamente preservados. Uma das inúmeras implicações e possivelmente uma das mais polêmicas, é a possibilidade de uma criança nascer de genitor falecido. Eis que Cláudia Loureiro faz um relevante questionamento: “Seria ele herdeiro dos pais?” Para chegar a uma resposta a essa pergunta, é necessário determinar quando se dá o início da vida, bem como o início da personalidade jurídica. Para a autora, o início da vida se dá a partir da concepção, de tal modo que a resposta à referida pergunta seria positiva. “O embrião, ainda não implantado no útero da mãe, havendo o falecimento dos pais, porque tem personalidade, e é equiparado ao nascituro, tem direito à herança de seus pais e o direito de vir a nascer” (LOUREIRO, 2009, p. 109).

A pacificação do tema encontra-se longe de ser realizada, sendo assim, surgem várias correntes doutrinárias. Para alguns, quando a lei aborda sobre a pessoa já concebida, não difere o modo de concepção, assim como não determina que esteja implantado, sendo necessária somente a existência da concepção como fato. Entretanto, há quem sustente que, para que haja a proteção da concepção, é imprescindível que o embrião concebido esteja devidamente implantado no útero da mãe. Sendo assim, somente a partir desse momento ele passaria a possuir os direitos do nascituro (DIAS, 2011).

Em termos jurídicos, a personalidade é um elemento que caracteriza e individualiza uma pessoa, conferindo-lhe a aptidão necessária para que ela possa figurar tanto no polo ativo, quanto no polo passivo de uma relação jurídica. Os direitos de personalidade são os direitos subjetivos de um indivíduo, são direitos fundamentais

que surgem no instante em que se dá o nascimento com vida, sendo extinto no momento da morte (LOUREIRO, 2009).

Cumprе destacar que os direitos de personalidade do embrião são um assunto polêmico, que, com o passar do tempo, chama a atenção para esta problemática, sendo um tema desafiador para o século XXI. Torna-se uma pauta delicada frente às técnicas de reprodução humana assistida. A definição dos direitos da personalidade possui sua base em duas correntes: “a positiva e a naturalista”. Na óptica jusnaturalista, os direitos da personalidade estão ligados “às faculdades exercidas normalmente pelo homem, por serem inerentes à condição da pessoa humana”. “Constituem consequência do pressuposto da personalidade natural”. Já a corrente Juspositivista possui a visão de que “os direitos formam a medula da personalidade”. Essa visão somente considera direitos de personalidade, aqueles que são protegidos pelo Estado (LOUREIRO, 2009, p. 43-44).

Sabe-se que ao tratar da relevância do tema sobre o início da personalidade, surgem indagações e também controvérsias. A personalidade e seu início é um tema de grande discussão e de difícil esgotamento. O Código Civil Brasileiro, em seu art. 2º, disciplina sobre o tema: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Evidencia-se a problemática, pois o reconhecimento da personalidade civil se dá no momento em que ocorre o nascimento com vida, porém a lei resguarda os direitos desde a concepção (BRASIL, 2002).

Existem três correntes relacionadas à condição jurídica do nascituro, são elas: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista (LOUREIRO, 2009). Para Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, a teoria natalista sustenta que a personalidade surge com o nascimento. Dessa maneira, o nascituro não é uma pessoa, embora receba proteção jurídica. Defendem ainda que o nascituro possui aspectos biológicos distintos dos já nascidos. Para esta teoria, o nascituro possui proteção jurídica, mas a ele não são transferidos os direitos inerentes de personalidade. Sendo assim, “o nascituro não teria personalidade, mas tão somente expectativa de direito. O nascituro seria tutelado em virtude de um interesse público na proteção da vida” (SÁ; NAVES, 2011, p. 68).

O ordenamento jurídico pátrio optou por seguir a teoria de nascimento com vida, para que fosse estabelecida a personalidade jurídica. “Dá-se o nascimento com positiva separação da criança das vísceras maternas, pouco importando que isso decorra de operação natural ou artificial. A prova inequívoca de o ser ter respirado pertence à Medicina.” Mesmo que a criança venha a falecer logo em seguida ao nascimento com vida, será considerada pessoa, com seus direitos resguardados, com reflexos

no direito sucessório, pois através desse acontecimento o mesmo poderá receber herança e transmiti-la aos seus possíveis sucessores (VENOSA, 2015).

Para Sérgio Abdalla Semião, a teoria natalista adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a mais lógica e também a mais moderna, haja vista as questões trazidas pela biogenética, que desafia juristas do mundo inteiro. Para o autor, a doutrina natalista é a mais sensata perante as descobertas da ciência da biogenética e a única que não é contraditória (SEMIÃO, 2015).

A segunda teoria é a da personalidade condicional. Essa corrente defende que a personalidade se dá com a concepção, porém para concretizar esse pensamento existe a condição de nascimento com vida. Os fundamentos desta teoria são: o nascituro possui a proteção do direito desde a sua concepção como se já tivesse nascido; é punível com o direito penal, nos casos de aborto; de acordo com o direito processual civil, pode ser concedida a posse em nome do nascituro; é autorizada ao nascituro a representação através de um curador; admite-se o reconhecimento de filho antes do nascimento; é autorizado ao nascituro o recebimento de bens provenientes de doação ou testamento (LOUREIRO, 2009).

Se o nascimento ocorrer sem vida, portanto, nada há o que se questionar quanto aos direitos de personalidade, haja vista que o fator predominante não ocorreu, findando assim quaisquer possibilidades desse fato gerar efeitos no futuro. Se o nascimento se concretizar com vida, permanecem os direitos adquiridos por ocasião da concepção (SÁ; NAVES, p. 69).

De acordo com a explanação da teoria da personalidade condicional, o nascituro não é considerado sujeito de direitos, mas é necessário ressaltar que possui proteção jurídica, tanto na esfera cível quanto penal. Na esfera criminal, a proteção se dá através da proibição do aborto, no âmbito civil é permitido o reconhecimento como filho, antes mesmo do evento do nascimento, bem como a nomeação de curador. Resta evidente, portanto, a proteção do nascituro, porém condicionada ao nascimento com vida. Ocorrendo o nascimento com morte, extinguem-se tais direitos, sem que sejam produzidos efeitos (WALD, 2003).

Por último, a terceira teoria, a concepcionista. Inspirada pelo direito francês, defende que o nascituro possui personalidade jurídica, desde a concepção, ou seja, o feto, desde que houve a fecundação, "pode figurar como sujeito de direitos e obrigações; possuindo a mesma natureza que a pessoa natural". Os concepcionistas defendem o surgimento da personalidade jurídica desde o momento da nidação, sendo esse o marco inicial da personalidade do nascituro, recebendo desde então a proteção relativa à pessoa, sendo "titular de direitos personalíssimos e, mesmo, patrimoniais" (PAMPLONA; ARAÚJO, 2017).

Sendo o nascituro protegido desde a concepção, ele possui muito do *status*, proveniente de nascituro, tais como: direitos à personalidade, direito de adoção, direito ao reconhecimento e direito à representação. Esses direitos permanecem resguardados, independentemente de o nascimento ocorrer com ou sem vida (LOUREIRO, 2009).

Sérgio Abdalla Semião leciona que a doutrina bipartiu-se, onde a teoria concepcionista defende que o nascituro é sujeito de direitos e possui personalidade jurídica, ao tempo que a teoria natalista atribui a personalidade jurídica somente se ocorrer nascimento com vida. As duas escolas, portanto, se contrapõem, possuindo definições próprias em relação às correntes que defendem (SEMIÃO, 2015).

A base sustentada pela teoria concepcionista é o fato de que, ao conceder direitos ao nascituro, esse, por sua vez, já é considerado pessoa. Para o direito privado, somente pessoas são consideradas sujeitos de direito. Assim, em decorrência desse fato, o nascituro já é possuidor de personalidade jurídica (PAMPLONA; ARAÚJO, 2017).

Ainda nesse sentido, a doutrina apresenta outras teorias: a teoria da nidação, a teoria gradualista ou desenvolvimentista e a teoria das primeiras atividades cerebrais. Pela teoria da nidação, o embrião adquire vida no momento em que ocorre o fenômeno da nidação, o que ocorre no 4º dia da fecundação. Para a teoria gradualista ou desenvolvimentista, o início da vida é marcado por fases de desenvolvimento: pré-embrião, embrião e feto. A teoria das primeiras atividades cerebrais alega que, se a vida acaba com o fim das atividades cerebrais, é viável supor que a vida tem o seu início quando se dá a formação cerebral (SILVA, 2016).

Diversas são as teorias apresentadas, que possuem a intenção de determinar a natureza jurídica do nascituro. Verifica-se que, pela grandeza do assunto, a doutrina se divide em várias correntes ao tentar determinar os direitos jurídicos que o nascituro possui. Embora quanto ao direito a vida não exista discussões (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012).

No direito brasileiro, a personalidade está ligada ao evento do nascimento com vida, porém, na prática verificam-se discordâncias acerca do tema, devido a uma forte influência da teoria concepcionista (SÁ; NAVES, 2011). A Reprodução Humana Assistida vem, portanto, ganhando espaço, com a possibilidade de vidas serem geradas em laboratórios, surgindo a preocupação com o embrião *in vitro* e com os embriões excedentários, doados, ou os que são utilizados em pesquisas científicas (NAMBA, 2005).

O questionamento sobre quando o embrião e o nascituro são considerados juridicamente, iniciou antes mesmo das técnicas de reprodução artificial. A vida teria seu

início natural na concepção dentro do útero materno. Assim nos casos de fecundação de proveta, mesmo a vida tendo seu início na fase da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, a garantia da vida se dá através da nidação do zigoto.

Para outra parte da doutrina, o embrião passa a ter vida no 15º dia, quando o sistema nervoso central se forma. Estudos mais atuais da biologia apontam que ao ocorrer a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, uma nova vida passa a surgir, diferente daquelas que lhe deu origem. O embrião passa a possuir o seu próprio e único patrimônio genético, obtendo seu desenvolvimento cerebral a partir dos genes presentes dentro dele desde o momento da concepção (DINIZ, 2014).

Não é possível haver discriminação dentre a forma como os embriões são concebidos e, diante desta proibição, surge o questionamento: “O direito de personalidade, fundamentado em cláusula pétrea constitucional, como desdobramento do direito à vida, tutelaria também o embrião implantado e o crioconservado?” O estudo realizado demonstra a existência de várias vertentes sobre a questão do marco temporal do início da vida do embrião e do nascituro. Mesmo diante de tantas teorias, uma certeza existe: a de que o feto possui expectativa de vida, pois trata-se de uma pessoa em formação, não sendo passível de ser ignorado pela lei que deve resguardar seus direitos ainda que o embrião não possa ser equiparado ao nascituro (SILVA, 2016).

Afirmando que o embrião possui direito à vida no momento em que passa a ter sua própria carga genética, Adriana Maluf aduz que: “À luz dos direitos da personalidade, creditamos ao embrião o direito à vida desde a concepção, em face da sua carga genética diferenciada, que lhe outorga dignidade, mesmo que seja ele pré-implantatório”. Questiona a doutrinadora a ideia de o embrião ser considerado “coisa”, pois tal ideia vem ganhando espaço diante do surgimento das técnicas de reprodução artificial (MALUF, 2013, p. 166-167).

Cláudia Loureiro defende o posicionamento de que o embrião não pode ser considerado “coisa”, aduzindo que o direito necessita criar normas que coíbam o biodireito, para que o respeito à dignidade da pessoa humana seja resguardado:

O biodireito é uma área nova do direito que tem o compromisso de, com a normatização adequada, manter a real validade da principal divisão do Código Civil: direito das pessoas e das coisas. Por consequência, o embrião não pode e não deve ser considerado como coisa passível de ser comercializada e usada como meio para se atingir determinados fins. A coisificação do embrião não pode ser tolerada pelo ordenamento jurídico. Por isso, o direito precisa se manifestar no sentido de criar normas coercitivas para o biodireito de modo a exigir o respeito à dignidade da pessoa humana (LOUREIRO, 2009, p. 08-09).

Contrariando o pensamento de que o embrião é uma pessoa, Danúbia Cantieri da Silva possui posicionamento categórico afirmando que o embrião não pode ser considerado uma pessoa. Para ela, existe diferença entre o embrião gerado pelo meio natural e o embrião gerado pelo meio artificial. Considera que o embrião oriundo da forma natural é abrigado pelo conceito de nascituro, já o embrião obtido pelos meios artificiais só deverá ser considerado nascituro após a sua implantação dentro do ventre materno, uma vez que, antes desse evento o embrião não possui capacidade de direito, tampouco é sujeito de personalidade jurídica, “pois antes da concepção, não há o que se falar em vida” (SILVA, 2016, p. 265-300).

Cláudia Loureiro afirma que o embrião mesmo que gerado extracorporeamente precisa que seja determinado o momento em que se dá o início da vida, para que possa ter definido o momento em que adquire personalidade jurídica, desmistificando a possibilidade de coisificação do embrião (LOUREIRO, 2009).

Diante dos apontamentos dos referidos autores, verifica-se que para a maior parte dos doutrinadores, o embrião implantado possui a mesma natureza do nascituro: “Ser humano já concebido e cujo nascimento é dado como certo” (SILVA, 2016, p. 265-300). Ademais, é plausível destacar que a ciência e a ética posicionam-se contrariamente em relação ao conceito de ser humano, pois a ciência biológica coisifica a individualidade humana, enquanto a ética compreende que somente isso é insuficiente para gerar a qualidade de pessoa que o ser humano necessita (LOUREIRO, 2009).

## **5 AS LACUNAS LEGISLATIVAS SOBRE A REPRODUÇÃO E OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO FILHO PÓSTUMO**

O Brasil não possui, em seu ordenamento jurídico, lei específica que normatize o tema sobre a reprodução humana assistida. A falta de normatização disciplinadora do assunto abre espaço para a livre prática e exploração da reprodução artificial. (MOREIRA FILHO, 2017).

Diante da falta de legislação específica sobre a Reprodução Humana Assistida (RHA), coube ao Conselho Federal de Medicina, através de resoluções, normatizar, de forma ética, tais técnicas, vedando o uso de métodos com a objetivação de escolha de sexo, bem como de características físicas, salvo com a exceção de evitar doenças (CFM, 1992).

Em 2017 foi publicada a Resolução nº 2.168/2017. Pois em decorrência da evo-

lução da sociedade, novas necessidades passaram a surgir, sendo assim, o atual dispositivo passou a tratar sobre o princípio do planejamento familiar. A nova Resolução passou também a autorizar que parentes em grau de descendência possam ceder o útero para a gravidez, pois o dispositivo anterior autorizava que somente parentes em grau de ascendência pudessem acolher o óvulo da doadora no útero (CFM, 2017).

A criação de Resoluções, por parte do Conselho Federal de Medicina, não pode ser entendida como uma forma de legislar sobre a matéria, apenas normatiza a prática sobre as técnicas, bem como visa à proteção dos profissionais da medicina. As Resoluções do CFM servem apenas como norteadores para o Direito, que é incapaz de acompanhar a evolução da medicina. Considerando a RHA uma realidade cada vez mais frequente e revolucionária, resta evidente a necessidade do Direito em legislar sobre a matéria em questão e seus limites (NAVES; SÁ, 2015).

Em 2005, entrou em vigor a Lei nº 11.105, a Lei da Biossegurança, que revogou a Lei nº 8.974/95. Esta nova lei, em seu artigo 5º, permite a utilização de células-troco embrionárias, obtidas a partir de embriões que foram produzidos por meio da fertilização *in vitro* e que não foram utilizados em pesquisas, bem como em terapias. Para a efetiva utilização desses embriões, é necessário que os mesmos estejam congelados há mais de três anos e que sejam considerados inviáveis, mediante uma autorização expressa dos doadores, para sua utilização (LUNA, 2007).

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá ressaltam que o legislador, ao editar a Lei nº 11.105/05, deu a permissão para a realização de pesquisas em embriões congelados, mas, por outro lado, não regulamentou a prática da RHA (NAVES; SÁ, 2015).

A medicina, nos seus mais variados campos de atuação, traz consigo benefícios de grande importância para a solução de alguns infortúnios que permeiam a humanidade. Dentre esses infortúnios está a vontade do ser humano em conceber filhos, mas que não conseguem realizar esse desejo pelos meios naturais. Assim, a reprodução artificial veio para tentar solucionar essa problemática, contudo, ganha relevante contorno na ótica social, revestindo-se de suma importância dentro do mundo jurídico, pois pode gerar direitos aos nascidos por meio dessa prática da medicina. Entre esses direitos está o direito de suceder a herança, gerando, assim, implicações econômicas. Para Arnoldo Wald, "hoje, o caráter da sucessão é predominantemente econômico, caracterizando-se pela assunção dos direitos e deveres do *de cujus* pelos herdeiros e pelo recebimento dos legados pelos legatários". (WALD, 2009, p. 2).

A sucessão é aberta no momento da morte de alguém, surgindo assim o direito hereditário e a inserção de pessoas como titulares de uma relação jurídica, substituindo o falecido nessas relações (DINIZ, 2013). Considerando os problemas oriun-

dos em relação à Reprodução Humana Assistida *post mortem*, alguns países vedam essa prática, sendo necessária uma análise da relevância de realizar tal feito, já que a finalidade pode adquirir somente o caráter pecuniário por parte do cônjuge sobrevivente. Há de se analisar se a atitude da viúva não seria egoísta ao gerar um filho que já nasceria em um núcleo familiar monoparental, privando a criança da presença do pai, já desde a sua concepção (GOZZO, 2012).

Anteriormente ao Código Civil de 2002, não havia previsão legal para os filhos oriundos de inseminação artificial. O legislador aceitava apenas duas possibilidades de reconhecimento de paternidade: a primeira delas na constância do casamento e a segunda, 300 dias após o falecimento do pai (LÔBO, 2009, p. 201).

Guilherme Calmon Nogueira da Gama relata que o Código de 2002 levou mais de vinte anos para entrar em vigor. Neste período de tempo, a Constituição Federal de 1988 entrou em vigor. Muitas ocorrências científicas, sociais e políticas surgiram nesse espaço de tempo. Com tantas mudanças em diversos seguimentos e com a entrada em vigor da CFB/88, houve significativas mudanças no Direito de Família (GAMA, 2003).

O planejamento familiar não está limitado à quantidade de filhos que um casal pretende ter, pois planejamento familiar transcende esse pensamento. Os pais devem ser capazes de proporcionar os meios adequados para que seus filhos possam ter melhores chances de desenvolvimento, sem que haja diferenciação entre os filhos (GAMA, 2008).

No entendimento de Renata da Silva Pereira, o fato de não existir uma legislação específica não deve ser entendido como o Direito colocando limitações frente às pesquisas científicas. A sua função é estabelecer meios em que o homem não avance de forma a colocar em risco a vida humana (PEREIRA, 2001).

Elida Séguin pondera que a carência legislativa é vagarosa e tortuosa na elaboração de uma legislação em favor da Ciência Médica, considerando que o Código Civil de 2002 é tímido, ao se limitar ao artigo 1.597, pois o presente artigo limita-se a prever a filiação por fecundação artificial homóloga e heteróloga, tratando-se de doador homem. O referido artigo não foi capaz de prever as situações que envolvem inseminação *post mortem* (SÉGUIN, 2005).

Messias Carvalho e Daniel Carvalho lecionam acerca da lacuna legislativa, diante de um caso concreto, pois, muito embora a Constituição Federal trate o direito à herança como um direito fundamental, o filho concebido por esse meio encontrará dificuldades jurídicas para exercer seu direito. Há quem defenda a possibilidade de o genitor beneficiar o filho póstumo através de testamento. Por outro lado, o entendimento se dá de forma diferente, pois alguns doutrinadores defendem que precisa

haver outros meios de pacificar os direitos desses filhos (CARVALHO; CARVALHO, 2011).

Suponha-se que, antes de morrer, o homem congelou seu espermatozoide e a viúva queira fecundar seu óvulo com os gametas de seu marido falecido. Poderia a viúva fazer uso de tal material genético póstumo à morte de seu marido? Nesta situação fica evidente a lacuna no art. 1.597. A redação presente no inciso III do CC evidencia ainda, que, de forma subentendida, a fecundação homóloga deve ter ocorrido durante a vida conjugal, mas o dispositivo não afasta a possibilidade de ela ocorrer após o falecimento do genitor (GOMES, 2005).

Débora Gozzo aponta para o direito à herança do filho gerado por meio de Reprodução Assistida *post mortem*, pois o artigo 1.798 do CC diz que, para a pessoa ser herdeira, ela precisa estar viva quando ocorrer a morte de seu genitor ou que pelo menos já tenha sido concebida. No caso do embrião congelado e transmitido para a cavidade uterina da viúva, após o falecimento do marido ou companheiro, mesmo que tenha ultrapassado o prazo dos 300 (trezentos) dias, previsto no inciso III do art. 1.597 do CC. Sendo assim, a doutrina divide-se quanto aos direitos desse filho em suceder a herança (GOZZO, 2012).

O art. 1.798 do Código Civil é analisado pelos autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Os referidos autores posicionam-se diferente da maioria dos autores afirmando que, se anteriormente a morte do genitor já havia concepção laboratorial, ao passo de sua morte, o filho será legítimo a suceder a herança, não fazendo diferenciação quanto à forma de concepção, seja ela uterina ou laboratorial. Porém, se o material genético estiver somente crioconservado e não existindo a concepção, a criança, fruto de uma futura concepção laboratorial, não estaria apta a suceder a herança de seu falecido genitor (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Para Eduardo de Oliveira Leite, a reprodução homóloga deve ser sujeitada ao lapso temporal, para que situações indesejadas não sejam fomentadas. Não é o autor um defensor da prática de reprodução assistida *post mortem*, até que surja uma lei disciplinando acerca do assunto. Diante da falta de normatização não seria possível regular a filiação, tampouco abordar os direitos sucessórios (LEITE, 2009).

Ana Clemente aduz que os problemas oriundos da reprodução humana *post mortem* estão relacionados à falta de informação, problema este que poderia ser solucionado se, no momento em que os pais congelassem seu material genético, viessem a informar o destino a ser dado ao material que será crioconservado, através da confecção de um contrato relativo ao material, com cláusulas para evitar futuras complicações judiciais. O contrato deveria conter informações sobre o futuro a ser dado ao material crioconservado em caso de falecimento, entre outras situações.

(CLEMENTE, 2006).

Maria Berenice Dias aborda sobre as incertezas jurídicas que cercam o embrião, mais precisamente se o embrião na fase pré-implantatória teria direitos quanto à sucessão. Nesse sentido, a autora afirma que, diante de um caso concreto, se houver a morte do genitor antes da concepção, o filho terá seus direitos sucessórios resguardados, haja vista se o genitor manifestar sua vontade de uma fertilização posterior a sua morte de forma expressa. A autora também alega a possibilidade de filhos gerados *post mortem*, através de inseminação homóloga ou heteróloga, herdarem de forma testamentária, de acordo com o art. 1.799 do Código Civil. Esses filhos, entretanto, deverão nascer dentro do prazo de dois anos contados a partir da abertura sucessória (DIAS, 2011).

O Direito Brasileiro, através do artigo 1.824 e §§ do CC/2002 permite a propositura da ação de petição de herança ao herdeiro que não era conhecido quando a sucessão foi aberta e, por consequência, não pôde suceder a herança. Há de se observar ainda que, no projeto familiar que o casal desenvolveu, mas que por ventura não pode ser concretizado de forma plena, em face da morte do genitor, cabe à viúva decidir dar seguimento ao projeto parental desejado anteriormente ao falecimento do cônjuge, mas dessa forma colocaria em risco o melhor interesse do menor (GOZZO, 2012).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald aduzem que o filho gerado posteriormente à morte de seu genitor seria filho de um homem que já estava morto, porém não teria direito à herança de seu pai, dado o concernente ao inciso III do art. 1.597 do Código Civil, que leciona apenas a presunção de paternidade ao filho póstumo. A opinião de Farias não acompanha o pensamento de Maria Berenice quanto à possibilidade de o filho proveniente de concepção póstuma vir a herdar através de testamento, pois para eles, sendo necessário a observação do conteúdo do art. 1.800, parágrafo 4º do Código Civil (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Ao analisar a situação do filho gerado por meio das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, Silvio de Salvo Venosa, baseando-se na redação do art. 1.799 do CC, leciona que esses filhos terão direito de filiação, porém não serão herdeiros, podendo o filho póstumo vir a ser legatário, se nascer dentro do prazo previsto no art. 1.800, § 4º do CC. Para o autor, em caso de sucessor concebido posteriormente ao falecimento de seu genitor, os bens do *de cujus* deverão ser confiados a um curador nomeado por um juiz e a criança deverá nascer em até dois anos após a abertura da sucessão. Essa é uma questão exclusiva para os filhos concebidos de forma artificial, póstumos à morte do genitor (VENOSA, 2014, p. 56).

Assim, verifica-se que a lacuna existente na legislação em relação à reprodução

humana assistida *post mortem* faz surgir correntes doutrinárias divergentes em relação ao Direito Sucessório, pois parte da doutrina defende a ideia de que, frente ao princípio constitucional da isonomia, a sucessão poderá ser permitida. Outra corrente diverge quanto ao direito da isonomia em suceder, entendendo pela impossibilidade de sucessão. Ainda, há uma terceira corrente que considera que a única forma de suceder seja por meio de testamento. (PRADO, 2013).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente artigo, verificou-se inúmeros problemas relacionados à reprodução humana assistida *post mortem* na versão homóloga, fazendo-se uma análise acerca da evolução das técnicas de reprodução humana assistida.

Sabe-se que, para a perpetuação da raça humana, faz-se necessário a procriação, algo que nem sempre é possível realizar pelos meios naturais, devido a diversos problemas, desde infertilidade, esterilidade, estilo de vida. As técnicas de reprodução humana visam facilitar as escolhas de pessoas que por algum motivo não conseguem conceber sua prole pelo meio natural, porém, trata-se de um tema complexo que evolui vagarosamente dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, aos indivíduos gerados através das técnicas de reprodução humana assistida recaem muitas dúvidas quanto à personalidade, filiação e sobre o direito de suceder a herança, pois o ordenamento jurídico brasileiro possui lacunas legislativas ao versar sobre a reprodução humana assistida *post mortem*.

Analisou-se que o material genético do casal pode ficar congelado e, posteriormente, se um dos genitores vir a falecer, isso não impediria que o cônjuge sobrevivente viesse a utilizar o material genético do falecido. Mas, faz-se necessário que o material genético deixado em vida tenha uma autorização expressa do *de cujus*, conferindo direitos ao cônjuge sobrevivente a utilizar o material crioconservado.

Quanto ao direito da personalidade, evidenciou-se a importância de determinar quando se dá o início da vida, para que assim possa ser determinado o início da personalidade jurídica do embrião e do nascituro. Concernente à dignidade da pessoa humana, é importante frisar o caráter axiológico do tema, haja vista as constantes mudanças que permeiam a matéria, sendo impossível esgotá-la. Dessa forma, o ser humano passou a receber mais valor e atenção, fazendo surgir assim a proteção por parte do Estado, visando coibir a violação dos direitos básicos do homem.

No que tange à filiação em relação aos filhos nascidos por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*, verifica-se o constante na Constituição Federal, onde se estabelecem direitos iguais aos filhos. Verifica-se também a omissão da legislação

quanto à autorização expressa para que o cônjuge sobrevivente possa utilizar o material genético congelado.

Em relação aos direitos sucessórios, evidencia-se a problemática do filho póstumo vir a suceder. As dificuldades jurídicas surgem pelo fato de não existir um prazo que estabeleça a concepção no útero. Verificou-se que, para alguns doutrinadores a criança só poderia herdar através de testamento, outros autores defendem que a criança não possa suceder, mas que possui o direito de filiação e ainda existem doutrinadores que defendem a sucessão do filho póstumo, a criança deverá suceder sempre, baseando-se no princípio da isonomia.

Por fim, ressalta-se que a reprodução humana homóloga assistida *post mortem* não geraria tantas incertezas, dúvidas e discussões se o ordenamento jurídico brasileiro não possuísse uma lacuna acerca desse tema, necessitando o estabelecimento de regras que versem sobre a matéria. Trata-se do direito de um filho poder suceder ou não a herança de seu genitor. A grandiosidade do assunto gera grandes discussões entre os doutrinadores, pois é inadmissível que uma criança gerada póstuma ao falecimento de seu genitor não possua, na lei, o resguardo aos seus direitos sucessórios, cabendo ao Estado promover a garantia de tais direitos.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. dez. 2010. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2010/12/Dignidade\\_textobase\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2010/12/Dignidade_textobase_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Humberto Laport. "Aqui, Lá e em todo Lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transacional. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 8, p. 33-95, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015e49f19ba7a20b6d28&docguid=lc4d2fbe0470811e5ba8e01000000000&hitguid=lc4d2fbe0470811e5ba8e01000000000&spos=1&e-pos=1&td=3559&context=101&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2018.

CARVALHO, Dias Daniel de; CARVALHO, Dias Messias de. **Direito das Sucessões**: inventário e partilha. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CLEMENTE, Ana Paula Pacheco. In: CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (Org.). **Bioética no Início da Vida**: dilemas pensados de forma transdisciplinar. Petrópolis: Vozes, 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.358, de 19 de novembro de 1992**. Disponível

em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 12 dez. 2017.

DALVI, Luciano. **Curso Avançado de Biodireito**: doutrina, legislação e jurisprudência. Florianópolis: Conceito, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6.

\_\_\_\_\_. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A Reprodução Assistida Heteróloga Sob A Ótica do Novo Código. **Revista dos Tribunais**, v. 817, p.11-34, nov. 2003. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. v. 1, p. 1261-1293, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?ntocview=le6f699c0bbd311e1812b00008517971a&stid=st-obra-docs>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. As Implicações Jurídicas Decorrentes da Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem*. **Revista de Direito Privado** v. 34, p.207-220, abr./jun. 2008. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. v. 1, p. 1335-1350, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?ntocview=l44d3ca90bbde11e1b1be00008517971a&stid=st-obra-docs>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, José Jairo. Reprodução Humana Assistida e Filiação na Perspectiva dos Direitos de Personalidade. **Revista de Direito Privado**, v. 22, p. 136-152, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a-0000015c9822b57a7f40b455&docguid=lb8174610f25111dfab6f01000000000&hitguid=lb8174610f25111dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=10&context=17&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

GOZZO, Débora. Bioética, Direitos Fundamentais e a Reprodução Humana. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 30, p. 469-496, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015c9960706a781f5248&docguid=l6ab19470518111e286cd010000000000&hitguid=l6ab19470518111e286cd010000000000&spos=4&epos=4&td=10&context=22&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

FALCÃO, Rafael de Lucena. A Personalidade Jurídica do Nascituro. **Conteúdo Jurídico, Brasília**. 27 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-personalidade-juridica-do-nascituro,40202.html>> Acesso em: 11 jul. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LEHMKUHL, Mílard Zhaf Alves. A Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Justiça do Direito**, v. 27, n. 2, p. 526-543, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4824/3249>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: SARAIVA, 2009.

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Introdução do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUNA, Naara. A Personalidade do Embrião Humano: da transcendência na biologia. **Revista Mana: Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social – PPGAS - Museu Nacional, da Universidade do Rio de Janeiro – UFRJ**. Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 411-412, 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010493132007000200005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010493132007000200005)>. Acesso em: 12 jul. 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Conflitos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida. **E-GOV Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/conflitos-jur%C3%ADdicos-da-reprodu%C3%A7%C3%A3o-humana-assistida>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima freire de. Panorama Bioético da Reprodução Humana Assistida no Brasil. **Revista de Bioética y Derecho**, Barcelona, n. 34, 2015. Disponível em: <[http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872015000200007](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000200007)>. Acesso em: 12 jul. 2018.

ORSELLI, Helena de Azevedo; FLORES, Paola Cristina Santos. **A Reprodução Medicamente Assistida na Forma Heteróloga**. Apontamentos sobre os Principais Aspectos Biomédicos e Jurídicos. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/download/3993/2532>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Nascituro: tutela jurídica à luz da constituição federal. **Lex Magister**. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_23883291\\_NASCITURO\\_TUTELA\\_JURIDICA\\_A\\_LUZ\\_DA\\_CONSTITUICAO\\_FEDERAL.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_23883291_NASCITURO_TUTELA_JURIDICA_A_LUZ_DA_CONSTITUICAO_FEDERAL.aspx)>. Acesso em: 10 out. 2017.

PEREIRA, Renata da Silva. Biodireito e Bioética. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas Atuais de Bioética**. 6. ed., rev. ampl. São Paulo: Loyola, 2002.

PRADO, Neiva Maria. Reprodução Humana Assistida Homóloga Post Mortem e o Direito à Filiação

e Sucessão. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 32, p. 6-11, fev./mar. 2013.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

SÉGUIN, Elida. **A Reprodução Humana. Biodireito**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os Direitos do Nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SILVA, Danúbia Cantieri. A Tutela Constitucional da Vida Embrionária: ADIN 3.510 à Luz do Ativismo Judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 94, p. 265-300, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r-l&srguid=i0ad6adc50000015f352b725f96ba325e&docguid=la19c85c005e811e6aa280100000la19c85c005e811e6aa28010000000000&hitguid=la19c85c005e811e6aa28010000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=24&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

SILVA, João Felipe da; ALONSO, Ricardo Pinha. Estatuto do Nascituro – Avanço ou Retrocesso na Proteção aos Direitos Humanos? In: ALONSO, Ricardo Pinha; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando (Org.). **Estudos Contemporâneos de Bioética e Biodireito**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

TELES, Natália Oliva. **Bioética e Documentos Nacionais e Internacionais**. Nascer e Crescer, Porto, v. 22, n. 1, mar. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0872-07542013000100009](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0872-07542013000100009)>. Acesso em: 11 jul. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 7.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

# **A CONDUTA DA VÍTIMA DE CRIME NO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

## **Alessandra Thamara Selau**

Graduada em Direito pela Universidade  
Feevale. E-mail: selaualessandra@gmail.com.

## **Diogo Machado de Carvalho**

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia  
Universidade Católica do Rio Grande do Sul.  
Professor na Universidade Feevale.  
E-mail: diogomachado@feevale.br.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A escolha do presente tema parte da análise da conduta da vítima de crime e sua contribuição no ato delituoso. Para fundamentar esse olhar, a doutrina utiliza-se da vitimodogmática e da teoria da imputação objetiva, afastando a visão predominante da vítima totalmente inocente e do autor totalmente culpado.

Primeiramente, é necessário analisar a vítima propriamente dita, não só como um sujeito passivo, mas como partícipe do crime, já que toda a elucidação do fato delituoso passa por uma análise da vítima, não para afastar a responsabilidade do culpado, nem para imputar responsabilização somente àquela, mas sim para “dar culpa a quem tem culpa”.

Em seguida, com base na Teoria da Imputação Objetiva em seus princípios (autocolocação da vítima em risco, heterocolocação em perigo consentida e o consentimento do ofendido), far-se-á a análise da conduta da vítima: se essa conduta contribuiu ou não para o resultado crime.

A relevância para o Direito está na contribuição que essa temática pode trazer no sentido de desenvolver um sistema jurídico penal eficiente e justo, no qual a imputação do autor se encerra no limite da sua atuação. O tema, seu estudo, debate e crítica são novos no Brasil, podendo gerar enorme repercussão nos meios acadêmicos e sociedade em geral. Mesmo essa temática sendo embrionária, parece uma visão que pode suprir as múltiplas deficiências que a causalidade encerra.

O estudo desenvolve-se a partir do seguinte problema pesquisa: no hodierno panorama dogmático-penal, de que modo o comportamento desenvolvido pela vítima pode contribuir para fins de imputação objetiva do criminoso? Buscando responder a esse questionamento, o estudo apresenta como objetivo principal analisar a conduta da vítima de crime como forma de entender se a sua atuação se mostra relevante no resultado de delito a ponto de justificar a exclusão de tipicidade do agente e analisar como a teoria da imputação objetiva vem se posicionando sobre o tema.

A pesquisa é de natureza qualitativa, exploratória e descritiva com a utilização do método dedutivo, histórico e dialético. Como técnica de pesquisa será utilizada a pesquisa bibliográfica, a documental, e a jurisprudencial em decisões, por amostragem, dos nossos tribunais, nos quais informações acerca da vitimologia, da vitimodogmática, do consentimento do ofendido e da teoria da imputação objetiva serão abordados.

O trabalho está dividido em três capítulos, sendo que o primeiro tratará de uma contextualização acerca do papel da vítima nas ciências criminais, analisando sua

trajetória histórica nas práticas punitivas, desde as civilizações mais remotas até os dias atuais. Verificaremos que os movimentos vitimológicos que impulsionaram os estudos a respeito da vítima tiveram seu gatilho a partir da Segunda Guerra Mundial. O estudo pretende observar a vítima a partir de um cenário jurídico-penal e, por intermédio da vitimodogmática, verificar se o comportamento desta pode ser decisivo para a ocorrência do crime.

Num segundo momento, o capítulo intitulado como “Questões pontuais acerca da teoria da imputação objetiva” examinará a teoria da imputação objetiva desde o seu surgimento a partir da filosofia idealista de Georg Hegel no século XIX, até o desenvolvimento da teoria pelo alemão Claus Roxin. Propõe Roxin critérios normativos de imputação para os delitos de resultado, quais sejam: a criação de um risco juridicamente desaprovado e a sua realização no resultado.

Por fim, no terceiro e último capítulo, intitulado “A relevância da conduta da vítima para fins da imputação objetiva penal”, a pesquisa objetiva examinar a conduta da vítima de crime e seu comportamento como possível causa de exclusão de tipicidade do agente, por intermédio do consentimento do ofendido e da teoria da imputação objetiva, mediante os institutos da autocolocação em risco e da heterocolocação em perigo consentida. E averiguar-se a relevância de se estudar a conduta da vítima de crime no Direito Penal brasileiro.

## **2 A REDESCOBERTA DA VÍTIMA NO ESTUDO DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS**

### **2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DE VITIMOLOGIA**

A vitimologia é o estudo da vítima. Ele se apropria dos conceitos e do comportamento da vítima ao longo da História, denotando sua complexidade e abordando vários aspectos na construção desse conceito, destacando-se nesse estudo o olhar jurídico (OLIVEIRA, 1999).

Para se compreender a importância do estudo da vítima, é preciso desenvolver-se um retrospecto histórico. A seguinte revisão ilustra as modificações sofridas desde as etapas mais remotas da história até o momento atual, iniciando-se nas civilizações primitivas, passando pelo Código de Hamurabi, pelo Código de Manu e pelos Dez Mandamentos, seguindo pela Lei das Doze Tábuas (OLIVEIRA, 1999).

O período identificado como Idade de Ouro da vítima estabeleceu-se desde os primórdios da civilização. É o período da vingança, também chamado justiça privada, na qual “o que predominava era a luta, a violência, a crueldade, a reação sangüinária.

Era um tempo em que o homem não tinha grande aptidão para o diálogo”, ficando o criminoso à mercê da vítima e de seus familiares (GRECO, 2004).

No entanto, o revide nem sempre era proporcional à ofensa sofrida, o que gerava ilimitadas guerras, ocasionando o enfraquecimento e, até mesmo, a extinção de grupos. Surge então o Talião, que atualmente é visto como crueldade e selvageria. Porém, nas civilizações primitivas, foi um grande progresso moral e jurídico, ao impor limites à reação pela vingança privada (FERRI, 1998).

O Código de Hamurabi da Babilônia, o Código de Manu da Índia e os Dez Mandamentos do direito hebreu são codificações de origem divina e seguem o princípio do Talião. Outra característica importante acerca dos crimes patrimoniais referenciados com punições nos três códigos: no Código de Hamurabi e no Código de Manu, os crimes eram punidos de acordo com a classe social da vítima; já no direito penal hebreu já havia a distinção entre o dolo e a culpa, mas o mesmo não se observa no Código de Hamurabi nem no Código de Manu (OLIVEIRA, 1999).

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (2012, p. 174) discorre que “o crime é um fato tão antigo como o homem e sempre fascinou e preocupou a humanidade”, mostrando que os estudos em relação ao crime não são fatos recentes. A criminologia é uma ciência com base empírica que enfatiza o crime e o delinquente. Originou-se com a Escola Positiva italiana, cujos principais representantes **são** Lombroso, Garofalo e Ferri.

Note-se que muito se tratou sobre o delinquente e o crime, e a vítima permaneceu neutralizada na evolução dos estudos da criminologia e no Direito Penal. Essa só recebe um papel de destaque ao fim da Segunda Guerra Mundial, período em que os horrores ocorridos vieram a público. Mortes em batalhas e em campos de extermínio, a tortura e a degradação humana em campos de concentração trouxeram um sentimento de solidariedade mundial, impulsionando a “construção de um direito dos direitos humanos e a criação de mecanismos protetores na ordem internacional”, com a finalidade de proteção da vítima, surgindo, desse modo, o movimento vitimológico ou a vitimologia (OLIVEIRA, 1999, p. 64-65).

Emerge, assim, a “vitimologia” como os primeiros estudos sistematizados sobre a vítima. Dois nomes são apontados como os pioneiros da vitimologia: Benjamin Mendelsohn, advogado israelita, e Hans Von Hentig, professor alemão (MAYR; PIEDADE JR; KOSOVISKI, 1990).

Ao introduzir a vítima nos primeiros estudos vitimológicos, a repercussão se deu em diversos campos a ela concernentes, diante da complexidade que é esse fenômeno. Ao reclamar atenção, a vítima ingressa no Direito Penal com todas as suas faces, circunstâncias e necessidades. Dessa forma, é natural que tenham surgido

diversos enfoques vitimológicos, pois assim como não há um estereótipo de vítima definido, também não há um padrão para solução de cada caso (OLIVEIRA, 1999).

Com os impulsos vitimológicos, redescobre-se, enfim, que a vítima não é mero objeto passivo do crime, podendo até mesmo lhe dar causa. O interesse na vítima despertado pelo movimento vitimológico resulta de duas direções distintas: de um lado preocupado na reparação à vítima e, de outro, ocupado da vítima no campo da dogmática penal (FONSECA, 2009).

## 2.2 VITIMODOGMÁTICA

A expressão vitimodogmática reúne uma série de considerações dogmáticas referentes ao comportamento da vítima face ao crime, mais especificamente quanto a sua contribuição para a ocorrência deste. É notório que a vítima e o criminoso interagem entre si e, portanto, pode a vítima contribuir para que tal fato ocorra. O cerne da questão reside na investigação da interação da vítima e seus reflexos na valoração da responsabilidade do autor (GRECO, 2004, p. 39).

Ao verificar a existência de vítimas relacionais que, de algum modo, podem contribuir para o ato delitivo, percebe-se a necessidade de estudar as projeções de tal grupo no âmbito penal. Serve, portanto, a vitimologia como suporte empírico para a vitimodogmática, mas entre si não se confundem. Primeiramente, analisa a vítima relacional com o propósito de amenizar a predisposição dessa com medidas preventivas de política criminal. Depois, verifica a responsabilidade penal do autor, com base nas atitudes da vítima que podem contribuir para o delito (FONSECA, 2009).

Não obstante, a vitimodogmática não inclui questões relacionadas às medidas reparatórias em si. Pelo contrário, a questão principal da discussão é o comportamento da vítima relacionada com a teoria do delito (excludentes de tipicidade, anti-juridicidade e culpabilidade) e da pena, sendo seus parâmetros de redução da fixação da pena, a autocolocação da vítima em risco, do consentimento, da disponibilidade ou não de bens jurídicos individuais e a concorrência de culpas (FONSECA, 2009).

O objetivo da vitimodogmática é o de atribuir a punição ao autor de forma mais justa, considerando se a vítima agiu de forma inadequada, isto é, se contribuiu para o resultado. Embasa-se no entendimento de que o ordenamento jurídico não deve se preocupar com o bem jurídico individual, o qual a própria vítima renuncia a sua proteção se colocando em perigo (GRECO, 2004).

Conforme Greco (2004), há duas posições basilares, sendo uma corrente mais moderada e outra corrente mais radical. Os esforços da corrente mais radical defendem que o enfoque vitimológico dos princípios gerais que regulam o direito de punir

do Estado podem conduzir, em certos casos, não apenas a uma diminuição de pena, mas também a uma total isenção da responsabilidade do autor; pensamento que resulta da construção do princípio da autorresponsabilidade. De acordo com esse posicionamento, a vítima tem o dever de se autoproteger. Não o fazer implica a perda da necessidade de proteção do Estado. Deve a vítima se proteger de acordo com as medidas razoáveis, usuais e exigíveis (OLIVEIRA, 1999).

Em síntese, sustenta-se na tese da *ultima ratio*, em que só merece intervenção do Estado em último caso, ou seja, quando a vítima não pode proteger-se por ela mesma (FONSECA, 2009, p. 64).

Já a corrente moderada, que representa a opinião jurídica majoritária, restringe-se a analisar a conduta da vítima como fator relevante para a fixação judicial da pena, salvo casos expressamente previstos em lei que excluam tal responsabilidade. Essa concepção se restringe na atenuação da responsabilidade do autor, uma vez que é proibido extrapolar os limites da previsão legal. A adoção das soluções trazidas por essa corrente passa pela distinção entre os crimes culposos e dolosos. Nos crimes culposos, afirma-se que o agir imprudente da vítima simultaneamente com o autor pode diminuir o grau da infração ou, até mesmo, excluir a existência de tal infração, já nos casos de delitos dolosos, deve-se considerar se houve ação ou omissão dolosa ou gravemente imprudente da vítima, na qual determinou uma agravação do resultado praticado pelo autor (FONSECA, 2009).

De acordo com Meliá (2001), a vitimodogmática se apresenta como um bloco errático da teoria do delito, uma vez que a mesma tenta transferir suas considerações materiais ao campo dogmático sem integrá-los em elaborações dogmáticas já existentes. Assim sendo, a sua aplicabilidade se torna um dos pontos mais controvertidos, tendo em vista a imprecisão sobre qual campo que se pretende compreender. Os fundamentos da diferenciação entre os crimes de relação e intervenção vagam pela dogmática jurídica, sem se concretizar satisfatoriamente de seu conteúdo e suas fundamentações, matérias e de seu alcance.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há nenhuma disposição exclusiva para as vítimas de crime; porém, atentando para as concepções da corrente moderada, nota-se que o comportamento da vítima já se encontra analisado em alguns casos. Como, por exemplo, o artigo 25 do Código Penal (BRASIL, 1940) que trata da legítima defesa, que prevê o uso moderado de meios necessários para repelir injusta agressão, atual ou iminente, para proteger seu direito ou de outrem. Outro importante dispositivo é o artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940): o juiz deve atentar para o comportamento da vítima para fixar a pena; inovação esta trazida pela reforma penal ocorrida em 1984. Ainda, no que tange à Parte Geral, no artigo 65, III, c, do Cód-

go Penal (BRASIL, 1940), o comportamento da vítima é adotado como circunstância atenuante (CORDEIRO, 2011).

Na Parte Especial do Código Penal (BRASIL, 1940), observa-se que o artigo 121 § 1º prevê o homicídio privilegiado, em que “o agente comete impelido por motivo de relevante valor social, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima”, podendo, neste caso, a pena ser reduzida pelo juiz. Igual hipótese, o caso descrito no artigo 129 § 4º, que trata da lesão corporal, quando a vítima age provocando injustamente o agente (CORDEIRO, 2011).

Os estudos sistemáticos da vítima na dogmática penal mostram-se relevantes, visto que não se admitem mais estudos voltados somente à figura do criminoso, buscando se libertar da imagem estereotipada do autor culpado e da vítima inocente. O que se busca é atribuir um tratamento mais adequado e justo ao fenômeno criminal, considerando o comportamento da vítima na aplicação da pena ou até mesmo sua isenção. Não se trata em desamparar a vítima da proteção do Estado, mas sim de estabelecer limites e mecanismos para apreciar a vítima como sujeito responsável no Direito Penal. Como verificado, os estudos acerca do comportamento da vítima e a sua análise no Direito Penal já se encontram, mesmo que timidamente presentes, não só na dogmática estrangeira, mas também na brasileira (CORDEIRO, 2011).

## **3 QUESTÕES PONTUAIS ACERCA DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

### **3.1 PREMISSAS FUNDAMENTAIS**

No Direito Penal, a imputação é o processo no qual se verifica a responsabilidade jurídico-penal do sujeito por um resultado juridicamente relevante, podendo ser ele doloso ou culposo, comissivo ou omissivo (JAKOBS, 2000).

A teoria da imputação objetiva foi desenvolvida a partir da filosofia idealista de Georg Hegel no século XIX. Para este, o conceito desenvolvido era de imputar ao sujeito somente aquilo que pode ser considerado como sua obra. Assim, “imputação significava atribuir um fato ao sujeito através de critérios objetivos”. A imputação só será possível quando o fato estiver vinculado à vontade do sujeito, sendo o seu juízo teleológico e não causal (PRADO, 2002, p. 26).

Em 1930, Richard Honig traz ideias de imputação objetiva, na qual a questão fundamental consiste em estabelecer quais critérios de relação serão utilizados para imputar determinado resultado ao agente. Além disso, ele esclarece que o resultado só poderá ser imputado se puder ser considerado como obra de seu autor, de acordo

com princípios jurídicos. Enfatiza, outrossim, a imputação do resultado e não imputação ao comportamento, e que o nexos causal deverá ser um nexos jurídico-causal (GRECO, 2004).

Na década de sessenta, retomando a teoria da imputação objetiva de Honig, o alemão Claus Roxin reafirma a necessidade de existir um outro nexos além da relação de causalidade para que ocorra a imputação. Defende então que, para que seja imputado determinado resultado ao agente, é necessário que haja a criação de um risco juridicamente relevante, proibido pela norma, como fundamento de uma lesão típica do bem jurídico. A partir de suas ideias, emerge a corrente funcionalista, baseada em critérios de sistematização jurídico penal da moderna teoria dos fins das penas. Essa vinculação deve ser racional-final ou teleológico, ou seja, busca-se a inserção do pensamento do problema dentro do pensamento sistêmico (FONSECA, 2009).

Quanto ao sistema do delito, Roxin faz uma revisão assinalando o caráter dinâmico que cada um dos seus componentes obtém à luz de critérios políticos criminais. O critério básico para a tipicidade é o da determinação legal; para antijuricidade é o da solução social dos conflitos; para a culpabilidade é o dos fins da pena. Logo, para a culpabilidade e tipicidade utilizar-se-iam princípios próprios jurídico-penais. À antijuricidade, por sua vez, faz-se necessário recorrer a princípios de outros setores do ordenamento jurídico (GRECO, 2004).

Com base na doutrina elaborada por Honig, este também sustenta que só é possível imputar objetivamente aquele resultado que for praticado pela vontade do autor. Logo, os resultados que não forem previsíveis ou dirigíveis da vontade não são considerados como típicos, mesmo que ainda esteja presente uma relação causal. Desse modo, se não houver vontade do agente de praticar o ato, a este não será objetivamente imputado o resultado por não ser considerado um fato típico (PRADO, 2002).

Propõe-se, destarte, o desenvolvimento de um direito penal teleológico no âmbito do tipo, a fim de que a tipificação não dependa da constatação de critérios de causalidade e/ou da finalidade, mas, sim, que seja permitido imputar o resultado que seja típico de sua obra, de acordo com critérios de índole normativa (PRADO, 2002, p. 70).

Dessa forma, Roxin se empenha na elaboração de critérios determinantes do juízo de imputação objetiva, de modo que um comportamento juridicamente relevante para o resultado, uma vez verificado, pode até excluir a atribuição penal do autor. Os critérios relevantes para se analisar a contribuição da vítima de modo a afastar a imputação objetiva dão-se através de sua autocolocação em risco e de seu consentimento para que este lhe fosse criado (FONSECA, 2009).

### **3.2 A CRIAÇÃO DE UM RISCO JURIDICAMENTE DESAPROVADO E SUA REALIZAÇÃO NO RESULTADO: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PENSAMENTO PENAL DE ROXIN**

A teoria da imputação objetiva desenvolvida por Roxin busca desvincular imputação objetiva do dogma causal. Para isso, desenvolveu uma série de critérios normativos de imputação para os delitos de resultado (doloso e culposo). Traço comum a esses critérios seria o princípio do risco, com vistas a averiguar se a conduta do autor criou ou não um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico. Desse modo, sustenta que os resultados que não forem previsíveis ou dirigíveis pela vontade do autor não são típicos (PRADO, 2002).

Propõe, ainda, um sistema jurídico-penal teleológico no qual a existência de determinado delito não depende da constatação da causalidade ou da finalidade, mas que a imputação ao agente seja feita por circunstâncias de resultado típico de sua ação, de acordo com critérios de natureza normativa. Critérios esses que são a criação de um risco não permitido e a realização do risco no resultado (FONSECA, 2009).

Logo, o resultado causado por um sujeito atuante só deve ser imputado objetivamente como obra sua quando o comportamento criar um risco não permitido para o bem jurídico e quando esse resultado se encontrar dentro do alcance do tipo. Assim, a teoria da imputação objetiva está ligada a uma questão de atribuição de um resultado à conduta do autor. Assim, se o risco for permitido, não haverá imputação objetiva; já no caso de risco não permitido, a imputação será possível (MELIÁ, 2001).

Sabe-se que a função do Direito Penal é proteger os bens jurídicos essenciais proibindo condutas que os ofendam ou os exponham a perigo, sob pena de restrição de liberdade. Por isso, somente podem ser proibidas as ações objetivamente perigosas, do contrário, limitaria a liberdade do cidadão (GRECO, 2007).

O risco não permitido é aquele desaprovado pela sociedade, não estabelecido por critérios normativos (FONSECA, 2009). Já o risco é permitido quando, dentro do sistema social complexo, exclui a responsabilidade penal, porque o agir comunicativo é irrelevante juridicamente, por estar dentro dos parâmetros de atuação social (GRECO, 2004).

O princípio da confiança, criado pela jurisprudência alemã, fundamenta-se na concepção de que todas as pessoas devem agir de modo a não prejudicar terceiros. Assim, o que se espera é que todos atuem dentro dos moldes sociais normais, cumprindo seus deveres na realização das atividades cotidianas, sem que seja necessário que todos fiquem vigiando-se entre si. Desse modo, agindo todos dentro do com-

portamento esperado de confiança, isso possibilitará uma paz na convivência social (GRECO, 2004).

Considerado como um princípio geral da imputação objetiva, a criação pela ação humana de um risco juridicamente desvalorado está diretamente ligada em um resultado típico. Esse princípio é elaborado de acordo com os seguintes parâmetros, a saber: a diminuição do risco, a criação ou a não criação de um risco juridicamente relevante, o incremento ou falta de aumento do risco permitido e o âmbito de proteção da norma (PRADO, 2002).

De acordo com Roxin (2002), o princípio da diminuição do risco exclui a imputação ao tipo objetivo, sobretudo quando o autor modificar o curso causal da ação de tal forma que esta venha a melhorar a sua situação. Embora causa do resultado, a imputação deve ser excluída, pois seria irracional punir por ações que não pioram a situação do bem jurídico protegido, mas, pelo contrário, a melhoram.

Outrossim, a imputação será excluída pela falta de criação de perigo juridicamente relevante. Trata-se das atividades da vida cotidiana, cujos riscos são socialmente aceitos, como, por exemplo, passear no centro, subir uma montanha, etc. Embora possa ocorrer algum resultado lesivo a um bem juridicamente relevante, não gera imputação ao agente, pois os riscos dessas atividades são considerados socialmente aceitáveis. O mesmo ocorre nos casos em que o perigo preexistente não é elevado de maneira relevante (ROXIN, 2002).

No tocante ao princípio do aumento do risco, prevê Roxin (2002) que, nos casos em que não for possível determinar com probabilidade de certeza que o risco criado pelo agente determinou o resultado, ele deverá ser imputado na hipótese de que um comportamento alternativo teria, conforme o direito, possível ou provavelmente, evitado que o resultado ocorresse. Sendo assim, haverá imputação ao agente pois este ultrapassou o risco permitido, elevando a possibilidade da ocorrência do dano, sendo desnecessário verificar se a ação foi decisiva para o resultado.

Para constatar a ocorrência ou não da imputação objetiva, Roxin (2002) apresenta três grupos de hipóteses de exclusão: cooperação em uma autocolocação em perigo dolosa, a heterocolocação em perigo consentida e a imputação do resultado a um âmbito de responsabilidade alheio.

Quanto à hipótese de imputação do resultado a um âmbito de responsabilidade alheio, este não será o foco central dessa pesquisa, porém cabe uma breve conceituação. Nessa hipótese, o alcance do tipo não abrange os resultados cujo dever de evitar está incumbido a um terceiro. Ainda, é quando o dever de proteção recai sobre a responsabilidade de certos profissionais, como, a título de exemplo, policial, bombeiro e médico (FONSECA, 2009).

Mister ressaltar que as hipóteses de imputação objetiva da autocolocação da vítima em perigo e da heterocolocação em perigo consentida não servem para todos os tipos de crimes, aplicando-se apenas aos interesses individuais, não sendo admitidas aos interesses difusos, porquanto estes não permitirem margem de discricionariedade. Trata-se de um grande avanço do Direito Penal em relação à vítima, pois é intolerável aceitar uma concepção de crime em que de um lado haja o agente como único responsável pelo resultado delituoso e, do outro, a vítima “sujeito passivo”, estático, imóvel, à mercê da conduta do sujeito ativo. Ainda, no fato criminoso, ambos os lados são ocupados por seres humanos, com poderes de autodeterminação em suas ações dentro desse contexto. Sob essa óptica, vêm a teoria da imputação objetiva e a vitimodogmática oferecer soluções mais justas para as situações em que a vítima se coloca em perigo ou permite que alguém o faça (GRECO, 2004).

O Projeto de Código Penal trazido pela Lei do Senado nº 236, de 2012, busca introduzir na legislação brasileira a teoria da imputação objetiva, cuja a previsão encontra-se no artigo 14 que diz:

Art. 14. A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza ofensa, potencial ou efetiva, a determinado bem jurídico.

Parágrafo único, O resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou incremento de risco tipicamente relevante, dentro do alcance do tipo (BRASIL, 2012).

A definição proposta no artigo 14 de fato criminoso é salutar, porém peca ao adotar no parágrafo único a imputação objetiva, já que seus conceitos ainda estão em evolução (LEITE, 2015).

Porém, a adoção de tal teoria não está imune a críticas. Ainda que adepto da teoria da imputação objetiva, Tavares (2015) ressalta que nem mesmo o criador Roxin conseguiu introduzir no Código Penal Alemão os critérios de imputação objetiva, porque se trata de critérios normativos ainda em evolução, não devendo a lei tratar exaustivamente, já que podem sofrer modificações doutrinárias.

Afirma o supracitado autor, que os ensinamentos de Roxin foram importados erroneamente e a linguagem utilizada é imprecisa. A redação do parágrafo único fala em “risco tipicamente relevante”, porém a expressão correta seria risco juridicamente relevante ou não autorizado, pois nem todos os riscos serão típicos como, por exemplo, avançar um sinal vermelho sem que cause um acidente. Alerta o autor para a redundância: “tipicamente relevante” e “dentro do alcance do tipo”, pois se é tipicamente relevante está dentro do tipo. Ainda, as expressões “criação” e “incremento”

são sinônimas, este erro é fruto da equivocada tradução da obra de Roxin, nota-se que a expressão que o projeto queria utilizar era “aumentar” (TAVARES, 2015).

Há, ainda, críticas relacionados ao alcance do tipo que está relacionado às hipóteses de autocolocação ou heterocolocação em perigo, da assunção de responsabilidade pelo exercício de certas funções e estaria também a autorresponsabilidade. A autorresponsabilidade não está bem esclarecida pelo legislador, e, portanto, para fazer referência ao alcance do tipo na lei é necessário primeiramente definir como ela limitará a imputação, do contrário, o enunciado legal será inútil ao interprete pela imprecisão da terminologia (TAVARES, 2015).

Conforme visto, devido às deficiências das diversas teorias refletidas à luz do direito, resgata Roxin a Teoria da Imputação Objetiva desenvolvida por Honig com objetivo de suprir essas lacunas. Essa teoria coloca o tipo objetivo no centro das discussões, deixando o tipo subjetivo, dolo e culpa, em posição subsidiária. Somente o resultado que for típico da ação do agente será imputado, através dos critérios: criação de um risco não permitido e realização do risco no resultado. O risco permitido é aquele inerente da sociedade moderna e deve ser suportado em razão de seu benefício. Já o risco não permitido é aquele reprovável pelo Estado, mas só serão relevantes aqueles riscos forem causa de um resultado delituoso típico. Ainda como visto, está em trâmite o Projeto de Lei PLS 236/2012, o qual versa sobre a teoria da imputação objetiva prevista no artigo 14. Relevante ressaltar que há casos em que a conduta da vítima será essencial para fins de imputação objetiva, sendo eles o consentimento da vítima, sua autocolocação em perigo e, ainda, a heterocolocação consentido em risco, temáticas que serão desenvolvidas e esclarecidas na sequência.

## **4 A RELEVÂNCIA DA CONDUTA DA VÍTIMA PARA FINS DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA PENAL**

### **4.1 CONSENTIMENTO DO OFENDIDO**

Na história do Direito Penal, a vítima sempre ocupou um papel de mero sujeito passivo, a parte ofendida, que suportava os danos típicos causados. No entanto, com base na doutrina moderna, percebe-se tamanha “passividade” um conceito ultrapassado. Atualmente, a vítima passa a ser encarada de forma dinâmica perante o fato delituoso, baseando-se em um agir comunicativo (MASI, 2011).

A teoria da imputação objetiva idealizada por Roxin se serve da análise da autocolocação da vítima em perigo, assim como da heterocolocação em perigo consentido, tudo por meio da verificação do instituto do consentimento. O comportamento da

vítima, consentindo com a criação do risco, torna-se excludente de responsabilidade penal, por meio da tipicidade. Dessa forma, compreende-se que o comportamento da vítima ante ao crime justifica a perda da relevância jurídico-penal do fato (FONSECA, 2009).

O consentimento do ofendido é a manifesta concordância da vítima com a conduta do agente que causa um dano ao bem jurídico de elevado valor social, gerando efeitos na esfera penal. É fundamentada na dignidade da pessoa humana, podendo ser definida como a capacidade de autodeterminação da pessoa segundo sua vontade, devendo esta ser exteriorizada para que seja válida. Não custa lembrar que a dignidade da pessoa humana é uma garantia constitucional, prevista no ordenamento pátrio no art. 1º, inciso III (LUCA, 2005).

Entre as teorias que buscam explicar o consentimento do ofendido, ganha relevo aquela que defende a possibilidade do ofendido renunciar aos seus direitos através do consentimento, eliminando, assim, o conceito de delito. No entanto, essa permissão só terá validade jurídica se o ofendido for capaz e os bens forem de livre disposição (GRECO, 2004).

Sustenta Greco (2004) que o consentimento do ofendido era tido, até então, como excludente de ilicitude. Com a teoria da imputação objetiva, o consentimento passa a ser tratado como excludente do tipo penal, sob o argumento de que, ao consentir no crime, está a vítima interagindo com o agente, ela está se posicionando perante o delito e isso deve ser levado em conta pelo Direito Penal. Para que o consentimento seja considerado válido, é necessário avaliar outros elementos, tais como a ausência de qualquer vício de vontade, a capacidade do ofendido em consentir e que o bem jurídico seja disponível, de acordo com os bons costumes e a ordem pública (LUCA, 2005).

O consentimento é a demonstração da liberdade e da autonomia individual, ou, ainda, pode ser definido como a capacidade de autodeterminação da pessoa por sua vontade. Para o Direito Penal são relevantes somente as vontades que sejam exteriorizadas. Consentindo a vítima que outrem lesione o seu bem jurídico, não poderá o Estado punir o agente com a mesma intensidade de que se essa o tivesse protegido (LUCA, 2005).

O Código Penal brasileiro não inclui o consentimento do ofendido no rol das excludentes de ilicitude previstas no artigo 23, dessa forma, deverá ser compreendido como causa suprallegal de justificação (FONSECA, 2009). Contudo, há artigos no Código Penal em que se pode identificar o consentimento da vítima, como, por exemplo, no caso do artigo 150, que trata da violação de domicílio, no qual pode o titular do bem jurídico consentir com a entrada e permanência do agente em sua residência (GRECO, 2004).

Outros exemplos são os artigos 151 e 153 que tratam, respectivamente, da violação de correspondência e da inviolabilidade de segredos. Todavia, perante os olhos da teoria da imputação objetiva, o mais correto seria incluir o consentimento dentro do artigo 20 do Código Penal como causa de exclusão de tipicidade. Assim, havendo consentimento por parte da vítima, estar-se-ia diante de um erro de tipo, excluindo-se o dolo, mas sendo possível a aplicação da culpa (GRECO, 2004).

Para que o consentimento seja considerado válido, é necessário que a vítima tenha capacidade de compreender os desdobramentos de sua decisão, que seu meio de obtenção seja isento de vício de vontade (erro, fraude, coação) e, ainda, que o bem jurídico consentido seja disponível. O consentimento pode ser tácito ou expresso, desde que haja a clara autorização do agente a praticar o fato criminoso (FONSECA, 2009).

No tocante à capacidade do agente, não há um consenso em face da idade mínima necessária para o ofendido consentir na esfera penal. Esta divergência ocorre mormente porque o ordenamento jurídico não trata expressamente do consentimento do ofendido como causa de excludente de ilicitude. De acordo com Greco (2004), a idade mínima para consentir seria de 18 anos de idade e no pleno uso de suas faculdades mentais. Já Prado (2007) não define idade mínima, pois sustenta que o consentimento na esfera penal é diferente da esfera civil. Alega que o importante para o Direito Penal é a capacidade natural de valorar, bastando que o consentimento seja uma expressão da liberdade de decisão da pessoa.

Outro requisito necessário para que o consentimento do ofendido seja considerado válido é que ele seja ato livre de vontade. Será considerado válido o consentimento expressado anteriormente à conduta do agente. Logo, não possui eficácia jurídica o consentimento dado posteriormente ou no momento da prática do fato. De regra, o consentimento é demonstrado de forma expressa, mas também são aceitos de forma tácita, desde que seja perceptível (PIERANGELI, 1995).

Por último, deve-se analisar a disponibilidade do bem jurídico no qual recai o consentimento do ofendido. Para isso, cabe uma diferenciação dos bens jurídicos que podem ser disponibilizados, daqueles que o titular não pode abrir mão. De forma simplificada, entende-se que os bens jurídicos que pode o agente livremente dispor são os bens patrimoniais (disponíveis por sua natureza), assim como alguns atributos da personalidade, tais como a honra, a liberdade moral e pessoal, a liberdade sexual e domiciliar. A seu turno, seriam indisponíveis os bens relacionados à vida, à integridade física, à família, ao sentimento religioso, entre outros. Deste modo, não pode o titular renunciar a tutela de bens jurídicos que contrariam a ordem pública (GRECO, 2004).

Sem definição legal, o direito penal brasileiro trata o consentimento do ofendido como causa de exclusão de tipicidade e/ou como causa supralegal de justificação, estando esta situação restrita a bens disponíveis e a casos específicos. No ordenamento brasileiro, persiste a diferenciação do consentimento como excludente de tipicidade daquele tratado como causa excludente de antijuridicidade, sendo este reservado somente aos casos de bens jurídicos totalmente disponíveis pela vítima. O consentimento justificante se restringiria a um exclusivo rol de bens jurídicos, sobretudo em relação à propriedade, à integridade moral e à liberdade individual (LUCA, 2005).

Como visto, na sociedade moderna, o conceito de imputação de crime não se pode mais se desvencilhar da conduta do sujeito passivo, que sofre as consequências do delito. A teoria da imputação objetiva traz novos requisitos de imputar o resultado ao agente, sendo um desses requisitos o consentimento do ofendido. O consentimento é a concordância da vítima para que o agente pratique o fato, mediante a observância de alguns requisitos, principalmente a livre disposição do bem jurídico e a capacidade do ofendido. A imputação objetiva é a aplicação das normas por meio da análise objetiva do fato, havendo reflexo direto na exclusão da tipicidade. O consentimento é apenas uma das situações em que a vítima participa da configuração analítica do fato criminoso. Para além disso, estudar-se-ão outras hipóteses relevantes de participação do ofendido, tais como a autocolocação em risco e a heterocolocação em perigo (GRECO, 2004).

## **4.2 A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NA AUTOCOLOCAÇÃO EM RISCO E HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA**

É necessário analisar as abordagens dogmáticas desenvolvidas que buscaram solucionar o problema jurídico-penal da participação da vítima de crime. Merecem destaque as concepções elaboradas por Roxin que, aparentemente, são as mais desenvolvidas e estudadas. Desse modo, o referido autor distingue a conduta da vítima de crime entre os institutos da autocolocação e da heterocolocação em risco (MELIÁ, 2001).

Preliminarmente, há que se diferenciar a autocolocação em risco da heterocolocação em perigo consentida. Para Roxin, a autocolocação em risco ocorre quando alguém sofre um dano por sua própria ação ao se colocar em uma situação de perigo, embora outrem tenha contribuído para realizá-lo. Por outro lado, na heterocolocação em perigo consentida, outrem que coloca alguém em perigo, embora este tenha plena consciência do risco que está assumindo (ROXIN).

Cabe salientar que se questiona a real necessidade de distinção da participação da vítima de crime em autocolocação e heterocolocação em risco. Para Stratenwerth (2013), essa diferenciação é desnecessária, pois, nesses casos, a responsabilidade penal deve ser resolvida por meio do consentimento do ofendido, justificando ou excluindo a tipicidade. Com base nesse posicionamento, inexistiria base capaz de diferenciar a autocolocação da heterocolocação, uma vez que o critério utilizado para resolução de ambos os casos é o consentimento válido do ofendido na exposição ao perigo.

Em concordância com a diferenciação, aduz Meliá (2001) que não se trata de uma mera proposta de classificação fenomenológica de pressupostos diversos. Os institutos devem ser tratados separadamente, sendo que a cisão conceitual já foi imposta amplamente na jurisprudência e doutrina alemã.

Consoante Roxin (2002), haverá casos em que a heterocolocação e a autocolocação em perigo serão equivalentes. Para isso, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, sendo eles: que a vítima conheça o perigo na mesma proporção que aquele que realiza a colocação em risco; o dano se tenha dado em decorrência do risco assumido e não de um diferente; e aquele que se coloca em risco deve ser igualmente responsável pelo fato gerador do risco. Diante desses requisitos, estará a vítima assumindo o risco.

Neste sentido, como regra, tem-se que a autocolocação em risco acarreta na impunidade ao passo que a heterocolocação em perigo, em princípio, afigura-se como punível. Para distinguir o âmbito de intervenção da vítima, a teoria da imputação objetiva se serve da ideia do domínio dos fatos, na qual, na participação em autocolocação em risco, a vítima domina o fato, ela mantém o controle em suas mãos. Por outro lado, na heterocolocação em perigo, é outrem quem dirige a situação arriscada (MELIÁ, 2001).

A autocolocação em risco da vítima admite a evolução dogmática do conceito de vítima, trazendo uma noção de vítima relacional que, em determinado caso, cria para si um perigo. Como requisito à compreensão da conduta dinâmica da vítima, impõe-se considerar que sua participação se dá de maneira livre, voluntária e arriscada; em tese, não desejaram as partes que se consumasse o resultado lesivo, eis que assumiram apenas o risco (FONSECA, 2009).

A autocolocação da vítima em risco desenvolvida pela teoria da imputação objetiva surgiu através de uma construção jurisprudencial alemã para ser aplicada a três casos restritos, quais sejam: o compartilhamento de agulhas por usuários de drogas, um deles vindo a morrer de AIDS; na participação de um suicídio; e na transmissão de AIDS por via sexual, quando o parceiro consente a relação, mesmo que ciente do risco (GRECO, 2004).

O estudo da autocolocação em perigo foi desenvolvido pela dogmática alemã no final da década de oitenta até os tempos presentes. Ainda há muitas discussões a respeito da aceitação desse instituto como uma figura autônoma, apesar de configurar jurisprudência pacificada na Alemanha. As decisões de maior relevância são aquelas em que autor e vítima compartilhavam de uma atividade de risco, mas só uma delas saía lesionada, como é o caso dos usuários de drogas que compartilham agulhas e drogas. Ou ainda, aquelas em que a pessoa desejava ou pedia para que um terceiro a pusesse em situação de perigo ou que a lesasse (GRECO, 2004).

Conforme Roxin (2002), a autocolocação da vítima em risco tem como pressuposto a liberdade e a consciência da vítima ao se colocar em perigo. Essa autonomia da vítima repercute diretamente na tipicidade penal da conduta do agente. Logo, se o sujeito, agindo dentro dos limites de cuidado objetivo, envolve-se em um acidente, este poderá até causar a morte de outrem, mas não haverá um crime de homicídio.

Corroborando esse entendimento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS, Apelação Crime nº 70064658578), por sua vez, retificou a condenação de um condutor acusado de homicídio culposo decorrente do atropelamento de duas pessoas, na qual um dos indivíduos foi a óbito. As provas dos autos apontam que as vítimas, agindo de forma imprudente, autocolocaram-se em risco, pois passaram por trás do caminhão, ignorando o fato de que o mesmo já avançava por sobre o passeio público, realizando manobra sinalizada sonoramente e pelo pisca-alerta. O Tribunal entendeu, por maioria de votos, que as vítimas concorreram para o acidente, pois quebraram o princípio da confiança, no qual, aquele que age adequadamente ao cuidado, dentro do risco permitido, confia que todos irão agir com o mesmo dever de cuidado. Não há, nos autos, provas de que a conduta do réu foi imprudente, já que em depoimento, afirma ter tomado todos os cuidados necessários para realizar a manobra. Em sede de Apelação Penal, os Desembargadores fundamentaram a absolvição do réu, uma vez que as vítimas se autocolocaram em risco.

Como visto, a decisão foi fundamentada na autocolocação da vítima em risco e na quebra do princípio da confiança por parte da vítima. O réu tomou todas as precauções respeitando as regras de trânsitos necessárias à realização da manobra. Agiu, assim, dentro do risco permitido pela sociedade moderna, não havendo qualquer violação no dever de cuidado nesta circunstância. Pelo exposto, foi o réu absolvido (TJ-RS, Apelação Crime nº 70064658578).

Tratando-se a heterocolocação em perigo de um grupo autônomo de casos, então surge a necessidade de sua delimitação em relação à autocolocação em risco. Essa delimitação vem sendo desenvolvida pela doutrina e jurisprudência segundo o critério do domínio do fato. O emblemático caso do “teste de velocidade” aumentou

o interesse na busca da sistematização da heterocolocação, que tem se mostrado complexa nas relações de trânsito, como mostra o referido caso:

El caso resuelto por el Tribunal Supremo Federal (BGH) em 2008, ha sido objeto de una controversia especialmente amplia e intensa. Unos jóvenes habán organizado una competición automovilística (una "prueba de aceleración"), consistente en que dos automóviles, circulando el uno al lado del otro una velocidad de 240 km/h, adelantasen a un tercer vehículo no implicado en la competición. Al efectuar esta maniobra, muy difícil de realizar a causa de la estrechez de la calzada, uno de los coches participantes derrapó y volcó, muriendo uno de sus pasajeros. La cuestión es si ambos conductores fueron responsables de un homicidio imprudente, a pesar de que los pasajeros estaban de acuerdo con la prueba de aceleración y filmaron toda la carrera y de que quien sufrió finalmente el fatal accidente era además quien había dado la señal de salida (ROXIN).

Para argumentar sua decisão, o Tribunal Alemão buscou a diferenciação entre autoria e participação para distinguir a autocolocação da heterocolocação em perigo, especialmente em relação ao fundamento do domínio do fato. Conclui-se que a ação do motorista só poderia ser considerada atípica caso as vítimas tivessem controle da ação pela conduta perigosa, o que não ocorreu. Deste modo, o domínio do fato, segundo o Tribunal, seria o critério capaz de diferenciar a autoria da participação em autocolocação ou heterocolocação em perigo (ROXIN).

Corroborando com esse entendimento, a jurisprudência alemã também puniu por homicídio culposo o condutor que transportava um trabalhador que assentiu em viajar na área de carga do veículo, desconsiderando os avisos do motorista. Em consequência de um acidente, o trabalhador foi lançado para a calçada resultando em sua morte (ROXIN).

No Brasil, em caso análogo, puniu-se o condutor por homicídio culposo, dando-o como incurso no artigo 302, caput, do Código de Trânsito Brasileiro<sup>1</sup>. Argumentou-se que "o réu agiu sem cautela e o dever de cuidados inerentes à condução do veículo". Ocorre que o réu, dirigindo um caminhão, transportava diversas pessoas na carroceria, e em decorrência de falha no freio desgovernou-se, causando acidente que resultou na morte de um passageiro que assentiu em ser transportado na carroceria, local inadequado para o transporte de pessoas (TJ-PE, Apelação Crime Nº 2903537).

<sup>1</sup> "Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Pena – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão de 1/3 (um terço) à metade, se o agente: [...]". In: BRASIL. Lei Nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o **Código de Trânsito Brasileiro**. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2018.

Em caso semelhante, julgado pelo Tribunal do Rio Grande de Sul, manteve-se a condenação de um réu por homicídio culposo. *In casu*, o condutor de motocicleta guiava sem habilitação e sob influência alcoólica, vindo a chocar-se em um muro, causando a morte da vítima. Ressalta que a defesa admite ter a vítima contribuído para o delito: “A vítima contribuiu significativamente para o sinistro, tendo este possivelmente ocorrido porque aquela se desequilibrou por estar embriagada”, mas conclui que a culpa da vítima não afasta a responsabilidade do réu (TJ-RS, Apelação Crime Nº 70053376992).

Conforme acima demonstrado, reconhecida a figura da vítima relacional no Direito Penal, sua conduta perante o crime pode levar a perda da relevância jurídico-penal. A conduta da vítima de crime, analisada por intermédio da teoria da imputação objetiva, preferencialmente pelos métodos desenvolvidos por Claus Roxin, servindo-se da autocolocação em risco e da heterocolocação em perigo consentida, estabelece meios de imputar o fato a alguém. Mediante pesquisa jurisprudencial, restou constatado que a teoria já foi aceita no direito penal brasileiro e tem sido aplicada como causa supralegal de exclusão de tipicidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder de punir é exclusivo do Estado, no qual o resultado referente ao crime era concentrado na figura do delinquente. Esse agente foi estudado, a fim de que se entendesse a sua origem e as características que o levaram a delinquir. Constatou-se que a vítima não é mero objeto passivo do crime, podendo contribuir para seu desfecho, a partir do movimento vitimológico que resultou na preocupação com a reparação à vítima e da análise da vítima que interage no cenário do crime.

Observou-se que os estudos sistemáticos da vítima dentro da dogmática penal foram relevantes, visto que não se admite nesse contexto somente a figura do criminoso, libertando-se da imagem estereotipada do autor culpado e da vítima inocente. O intuito é atribuir um tratamento mais adequado e justo ao fenômeno criminal, considerando o comportamento da vítima na aplicação da pena ou até mesmo sua isenção. Não se trata em desamparar a vítima da proteção do Estado, mas sim de estabelecer limites e mecanismos para apreciar a vítima como sujeito responsável no Direito Penal. Verificou-se que os estudos acerca do comportamento da vítima e a sua análise no Direito Penal já se encontram, mesmo que timidamente presentes, não só na dogmática estrangeira, mas também na brasileira.

O estudo apresentou questões pontuais acerca da teoria da imputação objetiva, definindo premissas fundamentais, como a criação de um risco juridicamente de-

saprovado e sua realização no resultado, a partir do olhar de Roxin. Apurou-se que essa teoria colocou a tipificação objetiva no centro das discussões, deixando o tipo subjetivo, dolo e culpa, em posição subsidiária e certificando que somente o resultado típico da ação do agente será imputado, através dos critérios: criação de um risco não permitido e realização do risco no resultado.

Ainda, o Projeto de Lei nº 236/2012, ora em tramitação no Senado Nacional, demonstra uma aproximação da teoria da imputação objetiva com o Direito Penal brasileiro, ao incluir no artigo 14 da proposta, previsão à criação e incremento do risco tipicamente relevante. A nova redação peca ao empregar erroneamente a palavra incremento como sinônimo para aumento.

Concluiu-se que, na sociedade moderna, não se pode mais pensar na vítima como sujeito passivo, que sofre as consequências do delito, e que a teoria da imputação objetiva trouxe novos requisitos para imputar o resultado ao agente. A imputação objetiva é a aplicação das normas através da análise do fato, havendo entendimento majoritário de que ela exclui a tipicidade, pois o fato determina o tipo.

A conduta da vítima de crime, analisada por intermédio da teoria da imputação objetiva, a partir de Roxin, serviu-se da autocolocação em risco e da heterocolocação em perigo consentida para estabelecer meios de imputar o fato a alguém.

Os resultados da análise jurisprudencial, sob a ótica desse estudo, constataram que a teoria já se encontra recepcionada no direito penal brasileiro e tem sido aplicada como causa supralegal de exclusão de tipicidade. Sob o aspecto da autocolocação em risco, os julgados apresentados dão conta de que as vítimas se autocolocaram em risco, absolvendo os agentes envolvidos. No tocante à heterocolocação em perigo, os julgados reconhecem a diferenciação entre os dois institutos, ao imputar resultado na conduta atípica dos agentes.

Por fim, restou demonstrado que se trata de uma teoria embrionária, em evolução, haja vista que pode sofrer alterações, sendo, portanto, prematuro incluí-la no Código Penal. Ainda são necessários mais estudos sobre a conduta da vítima no âmbito da teoria da imputação objetiva, visto sua importância jurídico-penal na atualidade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 09 abr. 2018.

CORDEIRO, Euller Xavier. **Vitimodogmática aspectos introdutórios**. Disponível em: <<https://www.diritto.it/vitimodogmatica-aspectos-introdutorios/>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

FERRI, Henrique. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. Campinas: Bookseller, 1998.

FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima**. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, 2009. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4736>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013 (Coleção ciências criminais; v. 5).

GRECO, Alessandra Orceso Pedro. **A Autocolocação da Vítima em Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 (Séries Ciências do Direito Penal Contemporânea; v. 7).

JAKOBS, Gunther. **A Imputação objetiva no direito penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, Alaor. **Reforma Penal: A crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012)**. In: LEITE, Alaor (organizador). São Paulo: Atlas, 2015.

LUCA, Heloiza Meroto de. O consentimento do ofendido à luz da imputação objetiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, SP, 2005. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67689/70297>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

MASI, Carlo Velho. A teoria da imputação objetiva e sua influência na moderna dogmática jurídico-penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal**, n. 42, 2011.

MAYR, Eduardo; PIEDADE JR, Heitor; KOSOVISKI, Ester. **Vitimologia em debate**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Conducta de la vítima e imputación objetiva em derecho penal**. Estudio sobre los âmbitos de responsabilidade de víctima e autor em atividades arriesgadas. Barcelona: J. M. Bosch editor, 2001.

\_\_\_\_\_. Manuel Cancio. **Líneas Básicas de la Teoría de la imputación objetiva**. 1 reimp. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/34870945/Cancio-Melia-Manuel-Lineas-Basicas-de-La-Teoria-de-La-Imputacion-Objetiva>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PERNAMBUCO, Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação Crime Nº 2903537**. Relator Desem-

bargador Alexandre Guedes Alcoforado Assunção. Data do julgamento: 07 maio de 2014. Disponível em: <<https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159641987/apelacao-apl-2903537-pe/inteiro-teor-159641996?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido**: (na teoria do delito). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PRADO, Luiz Regis; MENDES DE CARVALHO, Érika. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: Uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luíz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime Nº 70064658578**. Relator Desembargador Jayme Weingartner Neto. Data do julgamento: 15 de jul. de 2015. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/211652162/apelacao-crime-acr-70064658578-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime Nº 70053376992**. Relatora Desembargadora Osnilda Pisa. Data do julgamento: 15 de maio de 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112952898/apelacao-crime-acr-70053376992-rs/inteiro-teor-112952913?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva do Direito Penal**. Trad. e Introdução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Claus. **La polémica en torno a la Heteropuesta en peligro consentida**. Sobre el alcance del principio de autoresponsabilidade em Derecho Penal. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/958.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2018. p. 05-06.

STRATENWERTH, Günter. Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes. **Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, 2013. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/957.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

TAVARES, Juarez. Projeto de Código Penal. A reforma da parte geral. In: LEITE, Alaor (Org.). **Reforma Penal**: A crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). São Paulo: Atlas, 2015.

# **A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE E O ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO SEGUNDO O TRT DA 4ª REGIÃO**

## **Sâmia Trombetta**

Graduada em Direito pela  
Universidade Feevale e Engenheira  
Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.  
Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.  
E-mail: [strombetta@trt4.jus.br](mailto:strombetta@trt4.jus.br).

## **Rafael Pereira**

Mestre em Qualidade Ambiental  
pela Universidade Feevale.  
Professor na Universidade Feevale.  
E-mail: [rafaelpereira@feevale.br](mailto:rafaelpereira@feevale.br).

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A estabilidade provisória da gestante é um instituto de grande valia na proteção ao trabalho da mulher, principalmente neste período em que ela se torna ainda mais vulnerável. O objetivo desta pesquisa é analisar a finalidade da garantia, bem como as divergências de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que levaram a uma instabilidade jurídica. A pesquisa será realizada em nível descritivo, através da análise de decisões judiciais e posicionamentos doutrinários, bem como a análise de leis, teorias e artigos jurídicos. O método de abordagem utilizado será o dedutivo, e os procedimentos técnicos empregados serão a revisão bibliográfica, análise documental e jurisprudencial.

O primeiro tópico da pesquisa tem o objetivo de esclarecer a finalidade da estabilidade provisória da gestante e as dúvidas interpretativas que surgiram com a edição da lei. No segundo tópico, apresenta-se um estudo do abuso do direito e como configurá-lo em relação à garantia provisória da gestante, trazendo-se o posicionamento firmado pelo TST na Orientação Jurisprudencial n. 399 da SBDI I. Por fim, no terceiro tópico, parte-se para a verificação das decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, se estas estão de acordo com o posicionamento firmado pelo TST na OJ n. 399, analisando-se os argumentos utilizados pelos Desembargadores nas suas decisões.

## 2 A FINALIDADE DO INSTITUTO DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE

Desde a Constituição de 1988, a gestante tem seu emprego garantido até cinco meses após o parto. Dispõe a alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: "II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto". Segundo Barros (2012, p. 783): "A medida legal atende ao elevado espírito social que essa situação particular reclama", pois a gestante pode ser vítima de retaliação patronal em um momento difícil de sua vida.

Segundo Gaia (2017), além de representar mecanismo de proteção à mulher no mercado de trabalho, a estabilidade permite também a proteção do nascituro, assegurando a ele, desde a concepção, pois já considerado sujeito de direitos, a segurança e o pleno desenvolvimento. Considerando a empregada titular do direito fundamental à dignidade, o instituto da estabilidade provisória impede que ela sofra dispensa discriminatória pelo simples fato de estar grávida, assegurando ao nascituro, de forma indireta, circunstâncias econômicas favoráveis para o seu desenvolvimento de forma digna.

O art. 226 da CF determina que o Estado deve dar à família uma especial proteção. O parágrafo 8º do referido artigo declara que esta proteção especial será dada a cada integrante da unidade familiar. Já o art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069 de 1990) traz: "A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência". Desta forma, pode-se concluir que o conceito de "criança" da Constituição também se estende ao nascituro, não havendo dúvidas de que o dever do Estado de proteger a família se estende plenamente ao nascituro. Cabrera (2017) refere, ainda, que a garantia de emprego é extremamente importante, pois evita diversas situações de estresse, que podem ocasionar o parto prematuro e agravar outros problemas de saúde. Assim, a estabilidade não é importante somente para a mãe, mas também para o futuro bebê e até mesmo para toda a entidade familiar, considerando-se que a mulher cada vez contribui mais para o sustento da sua entidade familiar.

Castro (2005, p. 945-968) afirma que a garantia à maternidade possui duas finalidades, quais sejam a "proteção biológica da mulher gestante e da criança e a proteção social que lhes é pertinente". Tais finalidades manifestam-se na estabilidade econômica e emocional da mulher, possibilitando a ela o sentimento de confiança que acaba sendo transmitido através de cuidados com a criança.

Todavia, a estabilidade não protege a gestante da dispensa de modo não arbitrário, por motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, cabendo ao empregador a comprovação destes motivos, sob pena de ter de reintegrá-la (MARTINEZ, 2014).

Após a edição da lei, surgiram inúmeras questões acerca da estabilidade da gestante, tais como o desconhecimento do empregador quanto ao estado gravídico da trabalhadora no momento da dispensa, o direito à reintegração ou indenização do período estável e a possibilidade da garantia às empregadas cujo contrato fosse celebrado por tempo determinado. Estas questões davam margem a uma instabilidade jurídica, pois ficava a cargo do Poder Judiciário decidir sobre a sua interpretação. Nesse sentido, a edição da Súmula 244 do TST buscou pacificar os entendimentos e, após sua última alteração, em 2012, passou a constar com o seguinte conteúdo (BRASIL, 2012):

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado (BRASIL, 2012).

Além das divergências citadas acima, permanece a divergência quanto à existência do abuso do direito de ação quando do ajuizamento da demanda após o término do período estabilitário.

### **3 A ESTABILIDADE PROVISÓRIA E O ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO DA GESTANTE**

Há duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema. Uma que entende que a empregada age com abuso do direito, negando o direito à indenização quando do ajuizamento tardio da ação (após o término do prazo da estabilidade) e outra que confere o direito, em razão da situação singular que é o período da gravidez.

O direito de ação é reconhecido para todo membro da sociedade, objetivando, de forma imediata, a proteção de quem se sente lesado e, de forma mediata (indireta), a defesa da ordem jurídica. Caso o objetivo daquele que invocou o Poder Judiciário não seja a efetiva proteção jurídica, configura-se o abuso do direito de ação (ALMEIDA, 1999).

Quanto ao direito de ação, consagrado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, é dever do Estado garantir a jurisdição ao indivíduo quando há violação de um direito material, uma vez que vedada a autotutela e a autodefesa. A Constituição brasileira adotou a Teoria Eclética quanto ao direito de ação, a qual engloba tanto a lesão como a ameaça por meio da via preventiva. Apesar dessa teoria considerar o direito de ação autônomo e abstrato, o seu exercício depende do preenchimento das três condições da ação, quais sejam, a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido, não bastando que o autor possua abstratamente o direito de ação, devendo demonstrar desde o início o interesse pela demanda intentada (BOVINO, 2012).

Nas palavras de Almeida (1999, p. 13-32): "Abusa do direito que a norma lhe reconhece [...] quem dele faz uso antissocial". Assim, o que caracteriza o abuso do direito é o seu exercício em desacordo com o propósito social que decretou seu reconhecimento e proteção, ou seja, seu exercício com desvio de finalidade. Este limite

baseado na finalidade social do direito é fruto da interpretação do art. 170, III, da Constituição Federal, o qual determina o exercício do direito de propriedade em respeito à sua função social, devendo ser estendido a todos os ramos do Direito. Também configura o abuso do direito o seu exercício de má-fé ou em afronta aos bons costumes. Nas palavras de Bovino (2012, p. 38), “[...] comete abuso de direito, enfim, aquele que transgredir os limites subjetivos da norma, quer por negar os limites objetivos ou por excedê-los quando do seu exercício, ferindo a destinação do direito”.

Considerando-se a Teoria do Diálogo das Fontes, na qual se busca uma conexão intersistemática entre o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e outros diplomas legais, a fim de eliminar contradições entre os diversos ramos do Direito, compatibilizando seus regramentos, visto que todos emanam da Constituição Federal, não há dúvida acerca da aplicabilidade destes regramentos na esfera trabalhista, concluindo-se que a boa-fé objetiva, instituto disciplinado pelo Código Civil de 2002 (art. 422<sup>1</sup>), pode ser aplicada nestas relações. A boa-fé objetiva refere-se a uma regra socialmente oposta, ou seja, em um dever de agir dentro dos padrões de honestidade socialmente assentados e aceitos (SAMPAIO, 2007).

Assim, a boa-fé objetiva deve ser observada, necessariamente, no ramo juslaboralista, sob pena de se configurar o abuso do direito, previsto no art. 187 do Código Civil<sup>2</sup>. Assim sendo, Sampaio (2007, p. 35-36) elenca como requisitos do abuso do direito: “A existência de um direito protegido pelo ordenamento jurídico; o exercício desse direito além dos limites de sua função social, da boa-fé e dos bons costumes; a necessidade de que essa extrapolação de limites seja manifesta”.

No Direito pátrio brasileiro, é consagrada a teoria objetiva quanto ao abuso do direito. Desta forma, o abuso se verifica mesmo quando ausente a intenção de prejudicar a outrem. Também não necessita para sua configuração que cause dano efetivo a outrem, pois o ato ilícito ofende a própria sociedade, que deve ser protegida sem estar condicionada ao dano sofrido por um de seus membros (ALMEIDA, 1999). Diferentemente da teoria objetiva, há outra corrente doutrinária que nega a autonomia da teoria do abuso do direito, enquadrando-o como uma espécie de ato ilícito, situando-o no domínio da responsabilidade civil, devendo, pois, ser avaliado exclusivamente pela aplicação da teoria da culpa, ou seja, através da verificação do elemento intencional do agente (BRAIANI, 2005).

<sup>1</sup> “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, 2002).

<sup>2</sup> “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).

A punição do abuso do direito é justificada na necessidade de garantir as condições necessárias à sobrevivência da sociedade, “fazendo respeitar os seus valores e os fins práticos que persegue, traduzidos nas normas que edita” (ALMEIDA, 1999, p. 33). À vista disso, quando o ato abusivo se configura e é reconhecido judicialmente, “pode gerar o dever de indenizar, a nulidade do ato ou o proferimento de decisão impeditiva das consequências e dos efeitos que o sujeito do ato abusivo visava obter” (SAMPAIO, 2007, p. 38-39).

Na esfera trabalhista, apesar da CLT não dispor de forma expressa a sanção quando o abuso do direito de ação se configura, o art. 9º do referido diploma legal pune com a nulidade os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar os preceitos consolidados e, como não fez distinção entre preceitos de direito material e processual, pode-se afirmar que também devem ser punidos os atos praticados em flagrante abuso no exercício do direito de ação (ALMEIDA, 1999).

A dispensa sem justa causa pelo empregador de empregada gestante estável é ato eivado de nulidade, surgindo a necessidade de sua reintegração. A reintegração não prevalece em algumas hipóteses, como quando tal solução é desaconselhável devido à incompatibilidade entre as partes, quando já esgotado o período estável no proferimento da sentença ou nos casos de extinção da empresa. Nestes casos, cabe ao julgador converter a obrigação de reintegrar em obrigação de pagar a respectiva indenização. Entretanto, segundo Sampaio (2007), a estabilidade possui amparo no princípio da continuidade da relação de emprego, e quando não configuradas as hipóteses de exceção acima descritas, a titular da estabilidade não poderá apenas postular a indenização estável, sob pena de infringir o princípio da boa-fé objetiva, incorrendo em evidente abuso do direito. Segundo a autora,

Tal conduta é ainda mais censurável quando o empregado estável, deliberadamente, deixa escoar o período estável, para só então ajuizar ação para tentar remediar a sua dispensa ilegal, com o patente intuito de apenas receber as vantagens pecuniárias e não retornar ao emprego (SAMPAIO, 2007, p. 38-39).

Estando a estabilidade assegurada no rol dos direitos fundamentais, ela deve ser exercida com base no princípio geral da boa-fé, entendendo-se contrária à boa-fé quando utilizada para uma finalidade social diversa daquela para a qual foi atribuída ao seu titular, ou, ainda, quando exercitada de modo a tornarem-na desleal. Utilizando esta valoração em torno da boa-fé do ato, Barros (2012) entende que se a empregada ingressa em Juízo, de forma injustificada, só depois de exaurido o período da garantia de emprego, inviabilizando a reintegração, não há como lhe assegurar as vantagens pecuniárias correspondentes, pois está privando o empregador da con-

traprestação dos serviços, e esse comportamento pode ser considerado exercício abusivo do direito de ação, uma vez que se desvincula da sua finalidade. Caso a ação seja ajuizada após o transcurso de apenas parte do período, a autora entende que a melhor solução seria a reintegração e a indenização dos seus frutos a partir do ajuizamento da ação, em nome do princípio da boa-fé. Segundo a autora, o ideal seria a introdução em nosso ordenamento, à semelhança da lei chilena, de um prazo para reivindicar em Juízo a nulidade da dispensa, evitando que a reintegração seja inviabilizada pelo exercício abusivo do direito de ação.

Braiani (2005), apesar de em um primeiro momento acreditar que o ajuizamento da ação pela empregada após o término da estabilidade deveria ser considerado abusivo caso o empregador não tivesse conhecimento da gravidez no momento da dispensa, após aprofundar-se no estudo da matéria, concluiu que o fato da ciência ou não pelo empregador é indiferente para a consideração do abuso do ato praticado pela empregada, pois, pela teoria subjetiva, o empregador comete ato ilícito ao dispensá-la, passível de reparação, pois o ato praticado é ilegal e fere os limites objetivos do preceito contido na Constituição Federal. Baseia-se a conclusão também no fato de que o objetivo da norma é a proteção à maternidade e ao nascituro, de forma que a empregada não está agindo contrariamente aos fins econômicos e sociais da norma, e que a boa-fé do ato deve ser presumida, uma vez que deve ser considerado o fato da instabilidade emocional do período pós-parto na análise dos seus atos. Consigna, ainda, a jurista, que situação diversa acontece quando a gestante omite intencionalmente seu estado com o objetivo de obter vantagem sem a contraprestação de seu trabalho. Este ato sim é ilícito, devendo ser reprimido, não apenas lhe retirando o direito à reintegração ou indenização, mas também lhe impondo sanção pela má-fé empregada para obter vantagem ilícita.

Bonilha e Verquietini (2011) afirmam que muitas das questões controvertidas foram apaziguadas após a edição da Súmula 244 do TST, uma vez que a referida norma define a responsabilidade do empregador como objetiva, bastando apenas a confirmação da gravidez e a despedida sem justa causa, sendo desnecessária a ciência prévia do empregador ou que a ação ingresse antes do fim do período estável, baseado no fato de ser bastante desproporcional o confronto entre os interesses empresariais e o bem jurídico tutelado, cuja preocupação preponderante é a vida da criança.

Quanto ao transcurso de razoável lapso de tempo entre a dispensa e a propositura da ação trabalhista, Trindade (1999) pondera que a situação deve ser analisada sob três óticas distintas. A primeira se configura quando o empregador despede sem justa causa a gestante sabendo que ela está grávida. Neste caso, não há dúvida quanto ao direito da empregada de receber os salários do período, já que, tendo ple-

no conhecimento dos fatos, o empregador assumiu os riscos da própria negligência. A segunda situação é a do empregador que, não conhecendo o estado da gestante, dispensa-a agindo de boa-fé, e a empregada pleiteia a reintegração e os frutos após o decurso da estabilidade provisória. Nestes casos, o fato da empregada não pleitear logo que conhecido seu estado, demonstra que não tem interesse em retornar ao emprego, devendo ser reconhecida a renúncia ao direito, inclusive quanto aos reflexos monetários correspondentes, pois age em patente má-fé ou exercício abusivo de seu direito, não se admitindo que se beneficie da própria torpeza. A terceira situação se configura quando o empregador também dispensa a empregada agindo de boa-fé (desconhecendo seu estado) e a obreira pleiteia a reintegração e outras verbas decorridos 5, 6 ou 7 meses da ruptura. Neste cenário, admitindo-se que o empregador tomou ciência da gestação com o ajuizamento da ação, não se pode obrigá-lo a pagar as verbas de todo o período entre o afastamento e o ingresso da ação, pois tinha interesse na prestação dos serviços por parte da empregada durante o período estabilitário, e a culpa pela inércia da empregada não deve ser transferida a ele. Desta forma, o mais justo nesta última situação seria:

[...] a empregada apenas receber os salários e corolários do período compreendido entre a propositura da ação e a reintegração (se esta ocorrer ainda durante o lapso temporal estabilitário) ou da data do exaurimento do período de garantia de permanência no emprego (TRINDADE, 1999, p. 367-368).

O posicionamento do TST acerca do abuso do exercício do direito de ação foi pacificado em 02/08/2010, quando da publicação da Orientação Jurisprudencial n. 399 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI I) cujo teor é o seguinte:

399. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010).

O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário (BRASIL, 2010a).

Com a publicação da OJ 399, o TST adotou a teoria objetiva, não eximindo o empregador das suas obrigações, mesmo alegando desconhecer a gravidez da empregada no momento da dispensa (VOLPATO, 2014). A Corte aderiu ao fundamento de que a regra inscrita na Constituição Federal não admite exceção (PINTO, 2011).

O Tribunal utilizou como fundamento a alegação de que o abuso de direito não se presume, pois para que seja configurado é necessária a comprovação de que a parte se utiliza da ação com o fim malicioso de retirar da parte contrária a possibilidade de reparar o direito violado. O decurso do tempo para o ajuizamento da ação revela apenas a inércia e a negligência da parte e, para tanto, a prescrição se presta à penalidade, resguardando o interesse social da segurança das relações jurídicas (BRASIL, 2010b). Estando, pois, a gestante agindo dentro do prazo prescricional de dois anos, age no exercício regular do direito à reparação do ilícito patronal (BRASIL, 2009a).

De outra banda, a Corte afirma que se cria interpretação jurisprudencial contrária ao disposto na Constituição Federal ao exigir que o ajuizamento da ação se dê antes de exaurida a garantia de emprego, produzindo-se uma discriminação ilógica, uma vez que o empregado que não tem nenhuma proteção contra despedida sem justa causa ou arbitrária pode ajuizar a ação no prazo de dois anos, enquanto que a gestante, portadora de estabilidade provisória, se veria obrigada ao ajuizamento da ação antes de terminada a garantia constitucional (BRASIL, 2009b).

A Corte ainda refere que o objetivo final da proteção à maternidade tem caráter dúplice, sendo dirigida ao nascituro e não propriamente à gestante. Desta forma, objetivamente, não se examina a culpa da empregada ao ajuizar tardiamente a ação (BRASIL, 2007). Assim, ao passo que se trata de proteção ao nascituro, predominam os benefícios constitucionais, mesmo que a empregada desconhecesse a gravidez ao tempo da dissolução contratual (BRASIL, 2009c).

Demonstradas as divergências doutrinárias acerca da estabilidade provisória da gestante, bem como o entendimento consagrado pelo Tribunal Superior do Trabalho quanto ao abuso do direito de ação, passa-se, no próximo tópico, à análise dos julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, nos quais se verificará que, apesar da publicação da OJ n. 399 no ano de 2010, permanece a divergência quanto à existência ou não do abuso de direito quando do ajuizamento tardio da ação.

## **4 ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO**

Neste último tópico será realizada uma análise dos julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – Rio Grande do Sul, com o intuito de verificar se a demora no ajuizamento da ação pode configurar abuso do direito de ação da empregada gestante, bem como os argumentos utilizados pelos Desembargadores nas decisões.

Escolheu-se o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região tendo em vista que, como ficará demonstrado, ainda permanece divergente o posicionamento das Turmas em relação ao assunto, mesmo após a edição da OJ n. 399 do TST.

Para tanto, realizou-se a pesquisa jurisprudencial no site do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, utilizando-se no campo “todas as palavras” as expressões: “gestante” + “abuso do direito de ação” + “demora”, limitando-se a pesquisa para o período de 01/03/2013 a 01/03/2018, ou seja, dos últimos cinco anos, salientando-se que as decisões foram proferidas após a publicação da OJ n. 399 do TST (02/08/2010) e solicitando-se como “tipo de decisão” os acórdãos da classe dos recursos ordinários, em processos físicos e eletrônicos, de todos os órgãos julgadores.

O objetivo da pesquisa será verificar, através da análise dos acórdãos, em que os julgadores baseiam as decisões do assunto em estudo, examinando os argumentos adotados.

Trata-se de um estudo de caso múltiplo, método relevante quando se busca uma descrição de um fenômeno social, “para contribuir ao nosso conhecimento dos fenômenos individuais, grupais, organizacionais, sociais, políticos e relacionados”. A utilização do estudo de caso é favorecida quando se pretende responder a questões do tipo “como” e “por que”, bem como no exame dos eventos contemporâneos e quando se estuda algo que o pesquisador tem pouco ou nenhum controle, mediante observação direta dos eventos em estudo, cabendo ressaltar que a pesquisa do estudo de caso pode incluir tanto estudo de caso único, quanto de casos múltiplos (YIN, 2015, p. 3-20).

O método de abordagem utilizado será o dedutivo, o qual parte do geral, descendo ao particular, e cujo modelo de raciocínio consiste numa construção lógica que chega a uma conclusão a partir das premissas (princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis) (GIL, 2014).

A pesquisa ao site retornou como resultado 15 (quinze) acórdãos, com as decisões que seguem.

Nas ações de números 0021654-11.2015.5.04.0251, 0020337-23.2015.5.04.0333, 0020948-02.2015.5.04.0292, 0020284-41.2015.5.04.0204 e 0020036-26.2016.5.04.0015, todas interpostas após o término do período estável, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região entendeu que estaria configurado o abuso do direito de ação. Os argumentos utilizados pelos julgadores foram os seguintes: que não há como se deferir a indenização do período estável, uma vez que era dever da empregada comunicar o empregador da sua gravidez, em tempo hábil para a sua reintegração, e a finalidade do dispositivo constitucional é a proteção do nascituro e não a indenização, descaracterizando a sua destinação quando, sem

razões fundadas, é ajuizada a ação após o término do período, quebrando o caráter comutativo<sup>3</sup> do contrato e configurando-se o abuso do direito de ação (BRASIL, 2017a); o fato de ajuizar a ação após o término da garantia de emprego revela que a autora jamais teve a intenção de manter seu emprego, indicando sua intenção de apenas receber os valores, sem a contraprestação de seu trabalho, o que não pode ser admitido, já que configura abuso de direito, o qual deve ser obstaculizado (BRASIL, 2016a); é dever da empregada comunicar seu estado em tempo hábil para que seja possível a reintegração, pois a finalidade do instituto é a proteção do nascituro e não a indenização (BRASIL, 2016b); a conversão em indenização é para quando comprovada a resistência no curso da própria garantia e a CF não concebeu a hipótese de salário sem a contraprestação de trabalho, não havendo ato ilícito do empregador, pois não existiu a recusa em manter a trabalhadora no emprego (BRASIL, 2017b); e a demora injustificada para o ajuizamento da lide desvirtua a destinação da norma que é a proteção do nascituro e não a indenização (BRASIL, 2017c).

De outra banda, nas ações de números 0000816-08.2012.5.04.0007, 0010180-94.2013.5.04.0871, 0001756-76.2013.5.04.0802, 0020248-58.2013.5.04.0013, 0001553-06.2012.5.04.0332 e 0010318-80.2011.5.04.0661, também ajuizadas após o término do período estável, o TRT4, seguindo a OJ 399, decidiu que não se configurava abuso do direito de ação, sob os seguintes argumentos: a demora no ajuizamento da ação não importa em perda do direito ou a sua limitação (BRASIL, 2013a); se a gestação se deu durante o contrato de trabalho é irrelevante o conhecimento do estado pelo empregador, haja vista que a finalidade da garantia é a proteção do recém-nascido (BRASIL, 2014a); o ordenamento constitucional não determina nenhum outro requisito para a fruição do benefício, senão a confirmação do estado gravídico, pois a finalidade da norma é a proteção do nascituro (BRASIL, 2014b); o ingresso tardio da ação, apesar de obstar a reintegração, não impede o pagamento da indenização substitutiva, e o direito de ação não pode sofrer limitação quando exercido dentro do prazo prescricional (BRASIL, 2015); o ajuizamento da ação após o período estável impede a reintegração, mas não a indenização correspondente, visto que não se pode limitar a garantia constitucional (BRASIL, 2014c); e a norma constitucional é de proteção ao trabalho da mulher, não cabendo o abuso do direito quando ajuizada a ação dentro do biênio seguinte ao término do contrato de trabalho (BRASIL, 2013b).

<sup>3</sup> “A um dever do empregado corresponde um dever do empregador. O dever de prestar o trabalho corresponde ao dever do empregador de pagar salário, que se constitui num direito do empregado, daí sua comutatividade e bilateralidade” (MARTINS, 2010, p. 101).

A pesquisa retornou como resultados, ainda, quatro ações ajuizadas antes do término do período estabilitário, que seguem.

Processo de número 0020643-37.2015.5.04.0124, em que foi deferida a indenização somente desde o ajuizamento da ação até o final do período estabilitário ao argumento de que, não obstante o entendimento da OJ n. 399 quanto ao prazo para ajuizamento da ação, a estabilidade provisória visa à preservação do emprego. A possibilidade de conversão do período em indenização é possível quando não for viável a reintegração e essa indenização deve ser vista de forma acessória e não principal. Desta forma, a desembargadora, apesar de filiar-se ao entendimento de que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador é irrelevante quando da dispensa imotivada, uma vez que a garantia não está condicionada a esta exigência, inferiu que os efeitos jurídicos desta obrigação (manutenção do trabalho, reintegração ou indenização) só serão devidos a partir da ciência do empregador, que no caso se deu somente quando do ajuizamento da ação. Baseou a decisão no fato de que não se pode permitir que a grávida que oculta seu estado receba a indenização integral do período, pois a justiça repugna o acobertamento da malícia e o enriquecimento indevido. A gestante tem o dever de informar seu estado, pois além do seu direito, o empregador também tem o direito à exigência do trabalho correspondente (BRASIL, 2016c).

No processo 0020207-17.2015.5.04.0791 foi reconhecida devida a indenização baseado no fato de que a responsabilidade do empregador é objetiva, não estando afetada pela conduta negativa da autora de retorno ao trabalho, considerando-se não se tratar de renúncia à estabilidade, sendo o único requisito o fato de estar grávida no momento da dispensa e devida desta forma a indenização (BRASIL, 2016d).

Na ação número 0020451-64.2016.5.04.0029 não restou configurado o abuso do direito de ação, à luz da OJ n. 399 do TST, sendo devida a indenização de todo o período estabilitário (BRASIL, 2017d).

Por fim, no processo número 0020212-52.2015.5.04.0334 a decisão deferiu a indenização apenas do período entre o ajuizamento da ação e a audiência inicial, oportunidade em que foi ofertado, pela reclamada, o retorno ao trabalho, o que foi expressamente recusado pela autora, tendo a decisão sido baseada no entendimento de que a ré não pode ser responsabilizada pela inércia da autora e pela caracterização da renúncia ao direito, materializada na recusa de retorno ao trabalho. Ao se recusar de retornar ao trabalho, a autora manifestou que não pretendia a continuidade da prestação dos serviços, subvertendo o sentido original da norma, utilizando-se do direito sem a observância de limites éticos (BRASIL, 2016e).

## 4.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS ACÓRDÃOS ANALISADOS

Dos acórdãos analisados constatou-se que: a) 11 dos 15 acórdãos se referem a processos ajuizados após o término do período estável; b) destes 11, em 5 processos (45,5% dos casos) o TRT4 julgou que a gestante não teria direito à estabilidade por estar configurado o abuso do direito de ação e, por consequência, também não teria direito à indenização substitutiva; c) nos outros 6 processos (54,5%), o TRT4 entendeu não se configurar abuso do direito de ação, deferindo a indenização substitutiva de todo o período estável; d) nos 4 processos ajuizados antes do final do período estável, o TRT4 proferiu decisão no sentido de não haver abuso do direito de ação; e) destes 4 processos, em 2 a indenização deferida abrangia todo o período estável e nos outros 2, a indenização foi deferida parcialmente, sendo que em um a partir do ajuizamento da ação e no outro a partir do ajuizamento da ação até a data da audiência em que a gestante se recusou a retornar ao trabalho.

Conforme demonstrado acima, pode-se notar que, mesmo após a edição da OJ n. 399, o TRT4 permaneceu com entendimento não pacificado em relação ao tema da estabilidade provisória da gestante, corroborando as posições distintas da doutrina analisada no tópico 2 deste trabalho.

A partir dos acórdãos analisados, pode-se notar que as decisões conflitantes dentro de um mesmo tribunal acabam por gerar uma insegurança jurídica nos jurisdicionados. A segurança e a igualdade estão previstas na Constituição Federal como direitos fundamentais dos cidadãos. O princípio da segurança, na medida em que busca restringir a atuação estatal (fixando seus limites), visa garantir a estabilidade e a paz social. Esta estabilidade refletida na previsibilidade dos efeitos jurídicos sobre as condutas gera o sentimento de tranquilidade dos cidadãos, permitindo que possam programar as ações futuras confiantes que estarão agindo dentro das regras legais. Já a igualdade é a base da segurança jurídica, dado que não se pode falar nesta quando se apresentam decisões conflitantes sobre assuntos e fatos exatamente idênticos (BARBOZA, 2014). Nas palavras de Wambier (2011, p. 1.149-1.200), “é necessário que haja uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados”, a fim de resguardar o princípio da igualdade. A autora refere, ainda, que decisões diferentes e concomitantes estimulam a propositura de ações e o ato de recorrer. Lobo e Moraes (2011) afirmam que ao identificar que um tribunal não possui entendimento estável, o jurisdicionado se sente motivado a recorrer, ainda que a decisão de primeiro grau esteja em conformidade com a jurisprudência dos tribunais superiores, acreditando que no seu caso possa haver mudança de paradigma, impulsionando o indesejável movimento da multiplicidade de recursos.

Os precedentes judiciais, que por um lado exercem no dia a dia uma grande influência no agir e pensar dos juristas, não devem impedir a evolução do Direito em harmonia com as mudanças sociais. Não se pode deixar de lado que a sua função primordial é de evitar que o litigante dependa da sua sorte na distribuição do feito ou do recurso para este ou àquele órgão (STRECK, 1995).

Esta insegurança jurídica pode ser vista na crítica da doutrina quanto ao ecletismo do sistema brasileiro entre *common law* e *civil law*, na medida em que no sistema da *common law* o juiz necessita fundamentar e justificar a decisão, já no *civil law* basta que a decisão esteja de acordo com a lei. Desta forma, com o ecletismo do sistema brasileiro, os juízes apenas aplicam a jurisprudência, sem a devida fundamentação, levando ao “poder discricionário da *common law* sem a proporcional necessidade de justificação” (STRECK, 1995, p. 290-292). Segundo Barreiros (2015, p. 198), trata-se de uma “deformidade” na utilização dos precedentes no Brasil, onde,

Não raro, decisões judiciais informam estarem aplicando um dado precedente, de cujo teor apenas referem a ementa, sem a preocupação de fazer o cotejo fático necessário para que se afira se o caso a ser julgado se insere ou não na linha argumentativa da *ratio decidendi* do precedente utilizado (BARREIROS, 2015, p. 198).

Para evitar oscilações na interpretação da lei e com a necessidade de uma maior segurança jurídica nas decisões é que se busca uma uniformização da jurisprudência, cujo caráter fundamental é manter o controle político sobre a atividade jurisdicional (STRECK, 1995). Ao não se admitir que casos semelhantes sejam decididos de modos opostos, a uniformização da jurisprudência garante maior segurança jurídica aos jurisdicionados, pautando suas condutas segundo o entendimento já decidido no passado (MIESSA, 2016).

Por outro lado, o crescente desejo pela uniformização das decisões judiciais e o uso assistematizado dos precedentes podem corromper a própria lógica do instituto. Na busca de soluções rápidas, dado o crescimento desenfreado do número de processos, sob a justificativa de concretizar o princípio da isonomia, casos distintos são julgados como se fossem iguais, suplantando-se a força uniformizadora em prejuízo da necessária consideração das peculiaridades de cada caso. Barreiros (2015) afirma que um sistema de precedentes eficaz deve conferir respostas iguais para casos análogos sem descuidar das particularidades do caso concreto, evitando-se a utilização do precedente a uma situação jurídica não ajustada a ele.

Faz-se necessária, portanto, a interpretação das súmulas e orientações jurisprudenciais no ato decisório, evitando-se a cega aplicação de um precedente sem a dev-

ida interpretação do caso particular, devendo o magistrado pautar-se pela prudência, dando lugar à suficiente cognição, elaborando uma conformação entre a súmula/jurisprudência, o caso e a sua própria convicção (GRILLO, 2011). Quando já fixada uma regra, esta não deve ser desrespeitada, sendo plausível que se aplique a todos os casos iguais, sob pena de afronta ao princípio da isonomia (WAMBIER, 2011). Assim, quando a jurisprudência conflitante perdura no sistema, fazendo com que duas demandas idênticas tenham resultados totalmente opostos, acaba por ferir a igualdade formal e substancial prevista na Constituição (LOBO, 2011).

Um modelo decisório que conferisse importância central à argumentação, reconstruindo racionalmente o sistema para decidir o caso concreto à luz dessa reconstrução (entendendo-se racionalidade jurídica como o conjunto de raciocínios utilizados para resolver o caso concreto a partir do direito posto), traria maior transparência, pois “ao expor os fundamentos da decisão, os órgãos jurisdicionais permitem que as partes e a esfera pública como um todo possam controlar sua racionalidade à luz das normas positivas de um determinado ordenamento jurídico”. O que se deve evitar é que os juízes emitam apenas opiniões e não decisões bem fundamentadas, desta forma, a segurança jurídica seria menos dependente das pessoas, estando vinculada às razões de decidir e não à opinião dos magistrados. Assim sendo, é possível criar segurança jurídica a partir da argumentação, resultando no proferimento de decisões relativamente padronizadas (RODRIGUEZ, 2013, p. 106-112).

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No presente estudo observou-se que, com a edição da lei acerca da estabilidade provisória da gestante, surgiram algumas divergências interpretativas, levando a uma instabilidade jurídica, as quais foram parcialmente pacificadas em 2012, com a edição da Súmula 244 do TST. O principal objetivo deste estudo foi a análise do abuso do direito de ação e como configurá-lo em relação à garantia provisória da gestante. Após breve explanação acerca do direito de ação e o abuso na sua utilização, concluiu-se que pela Teoria do Diálogo das Fontes, é possível a utilização dos institutos da boa-fé objetiva (disciplinado pelo Código Civil) e do abuso do direito baseado na sua finalidade social (proveniente da Constituição Federal) no âmbito trabalhista. Dessa forma, apesar da CLT não dispor de forma expressa a sanção quando o abuso do direito se configura, fica claro que, além da reparação do dano, deve-se buscar também, na medida do possível, o desfazimento do ato. Assim, a estabilidade deverá ser exercida com base no princípio geral da boa-fé e o seu exercício em desacordo com o propósito social a que foi reconhecida, caracteriza o abuso do direito, e a sua

punição justifica-se na necessidade de garantir condições mínimas necessárias à sobrevivência da sociedade. A partir desses preceitos, vislumbraram-se duas correntes doutrinárias acerca da configuração ou não do abuso do direito de ação quando do ajuizamento da ação após o período estabilitário. A primeira corrente assevera que se a gestante ingressa em Juízo depois do término da estabilidade, de forma injustificada, inviabilizando a reintegração, não tem direito à indenização, pois se configura abuso do direito de ação. Já a segunda corrente, baseada no entendimento da Orientação Jurisprudencial n. 399 da SBDI I, adota a teoria objetiva, referindo que o abuso do direito não se configura, pois está submetido apenas ao prazo prescricional de dois anos, previsto na Constituição Federal, concluindo que se produz uma discriminação ilógica ao exigir o ajuizamento da ação antes do prazo prescricional, uma vez que o empregado em geral, que não tem nenhuma proteção em relação à dispensa sem justa causa, pode ajuizar a ação em dois anos, enquanto a gestante, portadora da estabilidade, ficaria obrigada a ajuizar a demanda dentro do período estabilitário.

Como forma de se comprovar que ainda permanece a divergência nos tribunais quanto à existência ou não do abuso do direito de ação, no último tópico realizou-se uma análise dos julgados proferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, demonstrando-se em quais fundamentos basearam-se as decisões e os argumentos adotados. Através da análise, concluiu-se que, em aproximadamente metade dos casos, a gestante não teria direito à estabilidade por estar configurado o abuso do direito de ação, demonstrando-se, assim, que apesar da edição da OJ n. 399, permanece o entendimento não pacificado e as posições distintas sobre o tema. Com a análise dos julgados, percebeu-se que se mantém uma insegurança jurídica sobre o tema em estudo, ante a existência de decisões conflitantes dentro de um mesmo tribunal. Como forma de se evitar tal insegurança, existe uma busca crescente pela uniformização das decisões, principalmente através da utilização do sistema de precedentes. Ponderou-se, entretanto, que por muitas vezes o uso dos precedentes sem a observação peculiar de cada caso, na busca de soluções rápidas dado o crescimento do número de demandas, gera um efeito diverso do pretendido. Um sistema eficaz importa na interpretação das súmulas e orientações jurisprudenciais no ato decisório, com a devida transparência argumentativa do magistrado, expondo claramente os fundamentos utilizados na decisão, permitindo que as partes e toda a sociedade controlem suas ações pautando-se segundo entendimentos já proferidos, sem ficar à margem da sorte na distribuição do seu feito para um órgão ou outro.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Abuso do direito no processo do trabalho**. Belo Horizonte: Inédita, 1999.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 236-237 (Coleção direito, desenvolvimento e justiça: série produção científica).
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) *et al.* **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3).
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2012.
- BONILHA, Alexandre Santos; VERQUIETINI, Wagner Luiz. A polêmica em torno da estabilidade provisória da gestante. **Jornal Trabalhista Consulex**. Brasília, v. 28, n. 1376, p. 5, mai. 2011.
- BOVINO, Marcio Lamonica. **Abuso do direito de ação: a ausência de interesse processual na tutela individual**. Curitiba: Juruá, 2012.
- BRAIANI, Kátia Liriam Pasquini. A estabilidade da empregada gestante e o abuso do direito. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, n. 27, p. 167-176, jul./dez. 2005.
- BRASIL. Presidência da República. **Ato das disposições constitucionais transitórias**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct)>. Acesso em: 29 ago. 2017.
- BRASIL, Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2017.
- BRASIL, Presidência da República. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2017.
- BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2017.
- BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos em Recurso de Revista nº 776813-79.2001.5.04.5555**. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Data do Julgamento: 20 ago. 2007. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4239404.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 05 fev. 2018.
- BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos em Recurso de Revista nº 137300-40.2002.5.09.0654**. Relator Ministro Vieira de Mello Filho. Data do Julgamento: 23 abr. 2009. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4977673.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 05 fev. 2018.
- BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos em Recurso de Revista nº 57700-79.2007.5.12.0049**. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Data do Julgamento: 11 fev. 2010. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=5046739.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial nº 399 da SBDI I**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_381.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html)>. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 169500-32.2006.5.02.0371**. Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Data do Julgamento: 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4851899.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 15400-11.2007.5.04.0281**. Relator Ministro Antônio José Barros Levenhagen. Data do Julgamento: 09 dez. 2009. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=5022341.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 244 do TST**. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html)>. Acesso em: 01 nov. 2017.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0000816-08.2012.5.04.0007**. Relatora Desembargadora Iris Lima de Moraes. Data do Julgamento: 28 ago. 2013. Disponível em: <[https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:XT4\\_IUs3q3cJ:i-frame.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp\\_sdcpsp.baixar%3Fc%3D47046308+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Ccabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%22demora%22+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispsl&site=jurispsl\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurispsl&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8](https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:XT4_IUs3q3cJ:i-frame.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D47046308+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Ccabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%22demora%22+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispsl&site=jurispsl_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurispsl&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0010318-80.2011.5.04.0661**. Relatora Desembargadora Beatriz Renck. Data do Julgamento: 29 out. 2013. Disponível em: <[https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:uXkYIbXoGAKJ:i-frame.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp\\_sdcpsp.baixar%3Fc%3D47809651+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Ccabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispsl&site=jurispsl\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurispsl&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8](https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:uXkYIbXoGAKJ:i-frame.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D47809651+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Ccabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispsl&site=jurispsl_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurispsl&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0001553-06.2012.5.04.0332**. Relatora Desembargadora Rosane Serafini Casa Nova. Data do Julgamento: 26 mar. 2014. Disponível em: <[https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:aOrubAlvDU-wJ:i-frame.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp\\_sdcpsp.baixar%3Fc%3D49222754+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Ccabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispsl&site=jurispsl\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurispsl&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxy21reload=1&access=p&oe=UTF-8](https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:aOrubAlvDU-wJ:i-frame.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D49222754+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Ccabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispsl&site=jurispsl_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurispsl&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxy21reload=1&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0010180-94.2013.5.04.0871**. Relator Desembargador João Paulo Lucena. Data do Julgamento: 22 maio 2014. Disponível em: <[https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:NrEgNybuP7QJ:i-frame.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp\\_sdcpsp.baixar%3Fc%3D49870424+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Ccabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispsl&site=jurispsl\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurispsl&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxy21reload=1&access=p&oe=UTF-8](https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:NrEgNybuP7QJ:i-frame.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D49870424+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Ccabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispsl&site=jurispsl_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurispsl&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxy21reload=1&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

r=lang\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0001756-76.2013.5.04.0802**. Relatora Desembargadora Rosane Serafini Casa Nova. Data do Julgamento: 03 set. 2014. Disponível em: <[https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:3DvuhcxDq-18J:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp\\_sdcpsp.baixar%3Fc%3D51001050+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabusado+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8](https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:3DvuhcxDq-18J:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D51001050+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabusado+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0020248-58.2013.5.04.0013**. Relatora Desembargadora Rosane Serafini Casa Nova. Data do Julgamento: 25 mar. 2015. Disponível em: <[https://www.trt4.jus.br/search?q=-cache:w4t9muq1swMJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje\\_2grau\\_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D1499991%26v%3D2999982+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabusado+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8](https://www.trt4.jus.br/search?q=-cache:w4t9muq1swMJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D1499991%26v%3D2999982+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabusado+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0020207-17.2015.5.04.0791**. Relator Desembargador Roberto Antonio Carvalho Zonta. Data do Julgamento: 27 jan. 2016. Disponível em: <[https://www.trt4.jus.br/search?q=-cache:4bWn0giHN60J:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje\\_2grau\\_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D3560987%26v%3D7121974+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabusado+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8](https://www.trt4.jus.br/search?q=-cache:4bWn0giHN60J:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D3560987%26v%3D7121974+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabusado+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0020212-52.2015.5.04.0334**. Relatora Desembargadora Vania Maria Cunha Mattos. Data do Julgamento: 31 mar. 2016. Disponível em: <[https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:9OedZWRJARgJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje\\_2grau\\_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D3855487%26v%3D7710974+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabusado+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8](https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:9OedZWRJARgJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D3855487%26v%3D7710974+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabusado+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0020337-23.2015.5.04.0333**. Relatora Desembargadora Vania Maria Cunha Mattos. Data do Julgamento: 12 maio 2016. Disponível em: <[https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:zTUfYE39N2QJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje\\_2grau\\_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D4634218%26v%3D9268436+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabusado+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%22demora%22+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=-jurispssl&site=jurisp\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8](https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:zTUfYE39N2QJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D4634218%26v%3D9268436+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabusado+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%22demora%22+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=-jurispssl&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0020948-02.2015.5.04.0292**. Relatora Desembargadora Iris Lima de Moraes. Data do Julgamento: 18 maio 2016. Disponível em: <[https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:ZlyFSP8DtQMj:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje\\_2grau\\_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D4442212%26v%3D8884424+%E2%80%9C-gestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8](https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:ZlyFSP8DtQMj:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D4442212%26v%3D8884424+%E2%80%9C-gestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0020643-37.2015.5.04.0124**. Relatora Desembargadora Flavia Lorena Pacheco. Data do Julgamento: 07 dez. 2016. Disponível em: <[https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:\\_CbA-sfhs6lJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje\\_2grau\\_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D7498272%26v%3D14996544+%E2%80%9C-gestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8](https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:_CbA-sfhs6lJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D7498272%26v%3D14996544+%E2%80%9C-gestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0020036-26.2016.5.04.0015**. Relatora Desembargadora Iris Lima de Moraes. Data do Julgamento: 08 mar. 2017. Disponível em: <[https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:IgmVko1Ly7cj:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje\\_2grau\\_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D8363702%26v%3D16727404+%E2%80%9C-gestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8](https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:IgmVko1Ly7cj:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D8363702%26v%3D16727404+%E2%80%9C-gestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0020284-41.2015.5.04.0204**. Relator Desembargador Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa. Data do Julgamento: 20 jul. 2017. Disponível em: <[https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:qwYGX-WfOaGoJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje\\_2grau\\_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D11973059%26v%3D23946118+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8](https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:qwYGX-WfOaGoJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D11973059%26v%3D23946118+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0021654-11.2015.5.04.0251**. Relatora Desembargadora Rosane Serafini Casa Nova. Data do Julgamento: 30 ago. 2017. Disponível em: <[https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:U36TCTAib9QJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje\\_2grau\\_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D15156947%26v%3D30313894+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%22demora%22,+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8](https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:U36TCTAib9QJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D15156947%26v%3D30313894+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%22demora%22,+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0020451-64.2016.5.04.0029**. Relator Desembargador João Paulo Lucena. Data do Julgamento: 04 out. 2017. Disponível em: <[https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:KFDnJNiYUSwJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje\\_2grau\\_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D15156947%26v%3D30313894+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%22demora%22,+inmeta:DATA\\_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp\\_sp&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8](https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:KFDnJNiYUSwJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D15156947%26v%3D30313894+%E2%80%9Cgestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%22demora%22,+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&client=jurispssl&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 13 mar. 2018.

br:8080/pje\_2grau\_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D15806725%26v%3D31613450+%E2%80%9C-gestante%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cabuso+do+direito+de+a%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D+%2B+%E2%80%9Cdemora%E2%80%9D,+inmeta:DATA\_DOCUMENTO:2013-03-01..2018-03-01++&-client=jurispssl&site=jurisp\_sp&output=xml\_no\_dtd&proxystylesheet=jurispssl&ie=UTF-8&l-r=lang\_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CABRERA, Caio Uenner. A estabilidade provisória da gestante ocupante de cargo comissionado. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, v. 2, n. 01, p. 88-98, jan./mar. 2017. Disponível em: <<http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/112/88>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. A concretização da proteção da maternidade no direito do trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**. São Paulo, a. 69, n. 08, p. 945-968, ago. 2005.

GAIA, Fausto Siqueira. A estabilidade provisória da gestante e o diálogo da coerência: uma compreensão fenomenológica. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria, v. 12, n. 2, p. 497-516, ago. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/25518/pdf>>. Acesso: em 04 nov. 2017.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GRILLO, Guilherme Levien. O império das súmulas e orientações jurisprudenciais na interpretação judicial trabalhista: horizontes metodológicos de crítica e superação hermenêutica. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 141, p. 141-161, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.revis-tadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000162b-b10c14cede1861d&docguid=11b18d250672411e09e8f00008558bb68&hitguid=11b-18d250672411e09e8f00008558bb68&spos=1&epos=1&td=2&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&end-Chunk=1>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

LOBO, Arthur Mendes; MORAES, João Batista. Desafios e avanços do novo CPC diante da persistente insegurança jurídica: a urgente necessidade de estabilização da jurisprudência. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, v. 58, n. 400, p. 111-131, fev. 2011.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIESSA, Élisson. **Impactos do novo CPC nas súmulas e orientações jurisprudenciais do TST**. Salvador: Juspodivm, 2016.

PINTO, Raymundo Antonio Carneiro; BRANDÃO, Cláudio. **Orientações jurisprudenciais do TST: comentadas**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SAMPAIO, Rossana Talia Modesto Gomes. A boa-fé objetiva x a estabilidade no emprego. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região**, Fortaleza, v. 30, n. 30, p. 33-43, jan./dez. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria

do Advogado, 1995.

TRINDADE, Édson Silva. Considerações sobre a estabilidade decorrente do estado gestacional. **Revista LTr: Suplemento Trabalhista**. São Paulo, v. 35, n. 69, p. 365-368, 1999.

VOLPATO, Luana Figueiró Silva; SOUZA, Guilherme Volpato de. Reflexões a respeito da orientação jurisprudencial 399 da SDI-1 e o prazo prescricional para o ingresso judicial da gestante *versus* boa-fé objetiva nas relações de trabalho. XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea – VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos. **Anais...** Santa Cruz: UNISC, 2014. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11790/1637>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**. v. 172, p. 121-174, jun. 2009. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. v. 9, p. 1.149-1.200, out. 2011. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000162bb2904abb2aed046&docguid=lc9414a20f25711dfab6f010000000000&hitguid=lc9414a20f25711dfab6f010000000000&spos=116&epos=116&td=126&context=58&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Tradução de Cristhian Matheus Herrera. 5. ed. Porto Alegre: Bookmann, 2015.

# **ALIENAÇÃO PARENTAL NA GUARDA COMPARTILHADA E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS**

## **Carine Clemes da Silva**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: clemescarine@gmail.com.

## **Bárbara Raquel de Azeredo da Silva**

Mestre em Direito pela  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos.  
Professora na Universidade Feevale.  
E-mail: barbarar@feevale.br.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema ora desenvolvido visa ampliar a discussão sobre as consequências jurídicas para aqueles que praticam a alienação parental, uma vez que sua incidência vem aumentando na sociedade, o que causa uma grande preocupação para as pessoas e para a própria justiça. A alienação parental surge, normalmente, quando o casal passa pelo divórcio, eis que questões mal resolvidas durante o casamento afloram, como o rancor e o ódio, provocando disputas de guarda e de atenção do(s) filho(s). O genitor que fica com a guarda da criança/adolescente tenta destruir os laços de afeto existentes entre ela/ele e o outro genitor, fazendo uso de mentiras, falsas acusações de abuso, inclusive sexual, denegrindo a imagem do ex-cônjuge para seu(s) filho(s). A conduta alienante provoca danos irreparáveis nas crianças e adolescentes e podem perdurar por toda a vida.

O objetivo principal desta pesquisa é verificar como o Poder Judiciário tem tratado a alienação parental, analisando algumas decisões sobre o assunto, bem como quais são os meios utilizados para coibir essa prática, especificamente a concessão da chamada guarda compartilhada.

Para atingir os objetivos propostos, este trabalho está dividido em dois grandes capítulos. No primeiro capítulo, estuda-se o conceito da alienação parental, e de Síndrome da Alienação Parental e as consequências que a criança desenvolve. Já no segundo capítulo, verifica-se acerca dos meios que o Poder Judiciário detém para coibir a prática da alienação parental, bem como a guarda compartilhada e a guarda unilateral, além de se analisar a Lei nº 12.318/2010 e as sanções previstas para os alienantes.

## 2 DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental não é uma novidade na sociedade, porém ainda é pouco conhecida, despertando a curiosidade de todos. Ela normalmente surge quando ocorre a separação do casal, o que acaba afetando a família como um todo. Na maior parte dos casos, a criança e/ou adolescente é usado para prejudicar o outro cônjuge que não aceita a maneira como o relacionamento termina, manipulando-o com o intuito de romper os laços familiares que existem entre ele e seu genitor, vindo a prejudicar a convivência familiar (SOUZA, 2014).

Para Maria Berenice Dias (2017), a alienação parental está conectada diretamente com a separação do casal, que vem a modificar as estruturas familiares e, como consequência, a disputa dos pais pelos filhos:

Este tema começa a despertar a atenção, pois é prática que vem sendo denunciada de forma recorrente. Sua origem está ligada à intensificação das estruturas de convivência familiar, o que fez surgir, em consequência, maior aproximação dos pais com os filhos. Assim, quando da separação dos genitores, passou a haver entre eles uma disputa pela guarda dos filhos, algo impensável até algum tempo atrás. Antes, a naturalização da função materna levava a que os filhos ficassem sob a guarda da mãe.

O conceito de alienação parental pode ser extraído diretamente da Lei 12.318/10, em seu artigo 2º<sup>1</sup>, mas a palavra “Alienação” é de origem latina. É um nome feminino, *alienatio, alienationes*, que possui vários significados (perturbação da sua mente, distanciamento, desafeto, separação, ruptura, desunião, aversão). Esta palavra remete a coisas ruins, ela carrega o sentido de tornar estranho com sentimentos de raiva, repúdio (ENGELMANN, 2015).

A matriz da família contemporânea está passando por crises existenciais e na identidade conjugal, fruto das separações, que acabam por afetar a missão parental. Tem-se observado que os ex-cônjuges, estando ou não com a guarda dos filhos, passam por muitas dificuldades em aceitar a separação, desenvolvendo angústia e raiva por passarem por esta situação, tentando resolver o problema usando a criança e/ou adolescente como meio de solução (SENEDEZZI; SANTOS, 2014).

A união matrimonial, quando desfeita, acaba gerando a imposição da guarda dos filhos para um dos genitores, que fica com a responsabilidade de lhes dar assistência. Não é apenas um direito, mas um direito-dever, que envolve a participação na vida do infante, que tem o intuito de garantir a continuidade da vida familiar, amortecendo as consequências do rompimento conjugal. Deste modo, as visitas não podem ser dificultadas, só se realmente houver algo relevante (FONSECA, 2017).

Porém, o alienador pratica diversos atos com o intuito de afastar a criança e/ou adolescente do outro genitor, influenciando-o de maneira negativa, criando várias estratégias de como romper o relacionamento existente entre ambos (FERNANDES; CARDONE, 2016). A estratégia, portanto, usada pelo detentor da guarda, que além dos pais podem ser os avós, ou qualquer outra pessoa que seja o guardião daquela criança e/ou adolescente, é destruir os laços entre o menor e o outro genitor, fazendo com que se afaste deste (IBDFAM, 2016).

Pode acontecer, inclusive, de ambos os genitores praticarem a alienação parental contra a criança e/ou adolescente, muito embora, a maior incidência seja por parte

<sup>1</sup> Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

da mãe, pois na maioria dos casos é ela quem permanece com a guarda quando ocorre a separação (SOUZA, 2014).

Segundo Priscila Maria Côrrea da Fonseca (2017), “a alienação parental é obtida por meio de um trabalho incessante levado a efeito pelo genitor alienante, muitas vezes até mesmo de modo silencioso ou não explícito”.

Os ex-cônjuges, na maioria das vezes, não conseguem distinguir a vida conjugal da relação de pai/mãe e filho, não aceitam a forma como acabou o relacionamento e usam tudo que está ao seu alcance para acabar com o ex-cônjuge, inclusive o filho. Em muitos casos, a criança ou adolescente se encontra numa fase que precisa de apoio, carinho, amor de ambos os genitores, mas se encontra envolto nesse problema, que deixará marcas por toda a vida (CAYRES; GIMENEZ, 2016).

A Lei 12.318/10 tem um rol taxativo com sete condutas que demonstram estar ocorrendo a alienação parental: a) realização de campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; b) criar dificuldades para o exercício da autoridade parental; c) dificultar o contato de criança ou adolescente com genitor; d) dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; e) omitir deliberadamente ao genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; f) apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; g) mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (BRASIL, 2010).

Na maioria das vezes, quando acontece a separação, quem fica com a guarda do menor é a mãe, conforme mencionado anteriormente, e essa situação toda é desagradável, porque ocorre uma série de mudanças e decisões a serem tomadas (FARIAS; SILVA, 2014). Nesse ínterim, surgem algumas divergências entre os ex-cônjuges em relação à educação do filho, como as roupas que podem ser usadas, a alimentação; um permite certa conduta, o outro proíbe. O menor fica como uma marionete nas mãos dos pais, as opiniões mudam conforme a situação, apenas para prejudicar cada vez mais o relacionamento do não guardião da criança ou adolescente. Nesse comportamento abusivo é que sugere a alienação parental (ROQUE; CHECHIA, 2015).

As razões que levam os genitores a praticarem a alienação parental podem surgir por diversos motivos. Pode ser pela mudança do padrão de vida após o divórcio, por sentimento de vingança, agravando ainda mais se a separação foi motivada por traição (DIAS, 2017).

Outro elemento importante que contribui para o aumento dos conflitos na alienação parental é a questão da fixação dos alimentos após a separação. Qualquer

dos genitores pode achar pesada a responsabilidade de todo mês desembolsar certa quantia para o custeio das despesas do menor, gerando maior revolta. Do mesmo modo acontece para quem está do lado oposto, que acha injusto receber apenas aquela quantia, pois quando estava casado(a) a vida financeira era razoável e agora tem que dar conta do recado sozinho(a) (CORREIA, 2011).

Frisa-se, porém, que o divórcio não é o causador da alienação parental, que pode ocorrer sempre que houver alguma mudança brusca na estrutura familiar, fazendo com que os sentimentos que estavam guardados para aparentar e assegurar a harmonia dentro do lar aflorem. E cada pessoa reage de uma maneira ao passar por certas situações, nem todos têm um emocional equilibrado para suportar tais mudanças (NUSKE, GRIGORIEFF, 2015).

Cumprir lembrar que na atualidade existem vários tipos de família, dentre elas as tradicionais, formadas por pai, mãe e filho(s), que vivem juntos; monoparentais, filhos que vivem apenas com um dos pais; reconstituídas, quando o pai ou a mãe casa com outra pessoa; as ampliadas, quando os avós e tios vivem junto com a família tradicional; binuclear, quando os pais se separam e fazem dois lares para os filhos, mantendo tudo que o filho precisa; e as homoparentais, que são formadas por duas pessoas do mesmo sexo (ENGELMANN, 2015).

Quando duas pessoas resolvem se unir em casamento, espera-se que ele perdure ao longo dos anos, mas, infelizmente, não é o que vem acontecendo, e os casamentos não estão tendo uma durabilidade muito longa (GONÇALVES, 2014). Este fato, como já exposto, tende a resultar em uma alienação parental, que colabora para o descumprimento do dever fundamental de afeição pelo alienante, ficando o progenitor alienado impossibilitado de desenvolver sua estima pelo filho, restando lesado o crescimento da criança (DUQUE; LEITE, 2016).

Através desta alienação parental, surgiu a Síndrome da Alienação Parental, uma doença psicológica que a criança ou adolescente desenvolve. A Síndrome da Alienação Parental é a soma de medos e ansiedades que a mãe ou o pai impõe para o filho, para romper os laços com o outro genitor. Geralmente acontece quando um dos genitores não aceita a separação, e quer se vingar a qualquer custo do outro, usando o filho (SANTOS, 2011).

O conceito de Síndrome da Alienação Parental desenvolvido por Richard Gardner (*apud* JONAS, 2017) diz que:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justifica-

ção. 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.

A Síndrome da Alienação Parental não pode ser confundida com a alienação parental, pois uma é a consequência da outra. A alienação parental é o comportamento que um dos genitores desenvolve para afastar o filho do convívio com o outro genitor; a Síndrome de Alienação Parental são as consequências deste comportamento, os problemas que ficam no emocional e subconsciente da criança (SANTOS, 2011).

Na disputa pela guarda do menor ocorre um distúrbio na cabeça da criança, uma desordem mental, observando-se a primeira manifestação da Síndrome de Alienação Parental quando há xingamentos contra o pai ou a mãe sem motivo algum (SOLDERA; PORTELA, 2017).

O acórdão exposto a seguir traz alegações desta natureza. A mãe, mesmo não obtendo a guarda da menor, usa da alienação parental para tentar reverter a guarda da filha para ela, alegando abuso sexual contra o pai. É tão grave a situação que a criança já desenvolveu a Síndrome de Alienação Parental, reproduzindo o mesmo ódio que sua mãe sente pelo ex-cônjuge sem nenhum motivo.

[...] amadurecido o feito, a conclusão a que se chega é que a infante, vítima da Síndrome de Alienação Parental, em suas manifestações, rejeita a figura paterna — não pelo fato de Edson não ser um bom pai, mas, sim, para atender a um verdadeiro penhor de lealdade engendrado por sua mãe, que exerce grave influência psicossomática na sua conduta, caracterizando verdadeira simbiose comportamental, uma vez que a criança reproduz exatamente o antagonismo materno (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Os fatos não existentes que são ditos para a criança repetidamente convencem o menor de que são verdadeiros, pois este é levado a acreditar que realmente aconteceram e a viver nessa ilusão criada pelo alienador. Com o passar do tempo, nem mesmo o alienador distingue o que é mentira ou verdade (DIAS, 2009).

As principais vítimas são, portanto, as crianças e os adolescentes, que primeiro sofrem com o divórcio dos pais e, após, são usados como instrumento de vingança, desenvolvendo comportamento agressivo e depressivo, vivendo em profunda tristeza, sentindo-se culpados pela separação dos pais (FERNANDES, 2013).

A foto abaixo retrata as consequências que a alienação parental pode causar na vida das pessoas envolvidas. Um pai sendo condenado injustamente, por um crime

que não cometeu. Após a separação, sua ex-companheira ficou com a guarda dos filhos, um menino e uma menina, na época com idades de 6 e 8 anos. O pai das crianças foi condenado a 27 anos de prisão por abusar sexualmente dos dois filhos. Desde que foi preso, tentava provar sua inocência, há 15 anos.

**Figura 1 - pai abraça filhos após sair da prisão**



**Fonte: Globonews (2018) <sup>2</sup>**

Ficou demonstrado, neste caso, que a mãe das crianças as obrigou a mentir que sofriam abusos sexuais pelo pai, para prejudicá-lo. Quando eram menores, fugiram de casa para não sofrerem maus tratos por parte da mãe, foram morar em abrigos. Quando atingiram a maioridade, procuraram a justiça para tirar o pai, que estava preso injustamente, do presídio. Na data de 01 de março de 2018, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade de votos, absolveu o pai das acusações de abuso. Na investigação dos fatos, constatou-se que não houve laudo provando que as crianças foram abusadas.

A alienação parental interfere na formação psicológica do menor, de uma forma negativa. Aquele que detém a guarda do menor, sendo ou não os pais, incita agressivamente o menor contra o(s) genitor(es), destruindo os vínculos afetivos existentes (VIEGAS; RABELO, 2011). Pode ser considerada como a difamação feita por um dos

<sup>2</sup> GLOBONEWS, Reproduções. Família se abraça após liberdade de pai. **G1**, São Paulo, mar./2018. Disponível em: <[http://gazetaweb.globo.com/porta1/noticia/2018/03/pai-e-solto-apos-ser-condenado-injustamente-por-abuso-de-filhos\\_50231.php](http://gazetaweb.globo.com/porta1/noticia/2018/03/pai-e-solto-apos-ser-condenado-injustamente-por-abuso-de-filhos_50231.php)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

genitores contra o outro; acusações de falsas memórias que nunca aconteceram. Em decorrência do desenvolvimento da alienação, o menor pode desenvolver depressão crônica, comportamento agressivo, angustia, raiva, medo, desejo de vingança e, em casos muito graves, pode levar ao suicídio (WAQUIM, 2014).

Quando a criança alienada se afasta do alienador, muitos problemas podem permanecer, e se não for feito um tratamento adequado trará prejuízos à vida deste indivíduo por toda a sua existência. Quando se fala em agressão, logo se pensa em violência física, mas não existe apenas esta forma de agredir, há também a violência verbal, que se manifesta com palavras, a psicológica, que se manifesta impondo pensamentos e maneiras de agir que provocam o medo no indivíduo, e a violência econômica, que consiste em explorar pessoas (ENGELMANN, 2015).

Para o médico psiquiatra David Zimmerman (*apud* PROCHNO; PARAVIDINI; CUNHA, 1999, p. 1461-1490), a alienação parental decorre das mudanças da contemporaneidade, como uma nova patologia:

À mudança do perfil caracterológico do paciente aliam-se outros fatores importantes, como os de natureza sociocultural (modificações nos papéis e nas funções dos integrantes de uma família nuclear; casamentos, descasamentos e recasamentos; crescente clima de violência; dominância dos valores e ideais provindos da influência maciça da mídia; estilo de viver mais estressante [...], e, muito particularmente, os fatores de ordem econômica.

Para Richard Gardner (*apud* JONAS, 2017), a Síndrome de Alienação Parental (SAP), apresenta-se em três estágios: Leve, Médio e Grave.

Estágio I Leve – No estágio leve os filhos possuem fortes vínculos emocionais com os dois genitores. As crianças expressam do seu desejo de que os problemas sejam solucionados evitando que se sintam confusas quando ouvirem os comentários do genitor alienador, onde surge a redução da imagem e da importância do outro genitor. Ainda nesse estágio o alienador “esquece” de informar compromissos, reuniões, festas escolares, recados e menciona que o outro genitor esqueceu-se de comparecer aos compromissos alegando esquecimento, cria situações e ocasiões para que o menor não queira visitá-lo.

Estágio II Médio - No estágio moderado, é o momento no qual alguns conflitos mais severos surgem, normalmente quando é feita a entrega da criança ao genitor que não mantém a guarda da criança, nos períodos de visitas, podendo haver discussões, gerando agressões. O alienador une suas diferentes armas para afastar o outro genitor e destruir o laço afetivo na vida da criança. Durante esse estágio, a criança começa a recusar a sair com o outro genitor, finge situações e argumentos inexistentes, e na hora da visita a criança apresenta um comportamento ofensivo, após algum tempo esse comportamento apresentado se torna mais brando.

Estágio III Grave – Nesse estágio as crianças já demonstram sentimentos de raiva, ódio e a recusa diante do alienador, no tempo em que o outro responsável é protegido, amado por completo e irracional. É na etapa mais avançada da Síndrome de Alienação Parental que surgem alguns casos de falsas denúncias de abuso sexual. Esse terceiro estágio é considerado grave, e a criança aponta comportamentos de gritos, agressividade, momentos de violência, crises de pânico, principalmente no momento que antecede à visita.

Quando uma criança é orientada a praticar atos de rejeição, ela não consegue mais voltar atrás, pois não tem ainda o discernimento para tal, sua capacidade de cognição ainda está em formação. Nesse alvoroço todo, ela tem medo de decepcionar o alienador, e do comportamento do pai alienado, ficando oprimida ao tentar mudar seu comportamento (ENGELMANN, 2015).

Mesmo com todo aparato que a justiça possui nos dias de hoje, quando se depara com casos de alienação parental existe certa dificuldade em resolvê-los, pois ainda é um assunto novo no mundo jurídico. Quem olha de fora não consegue ver os problemas que estão inseridos dentro da família, por isso a necessidade de pessoas qualificadas para atender esses casos, porque podem acontecer muitas injustiças e prejudicar ainda mais essas crianças reféns de seus alienadores (ENGELMANN, 2015).

## **4 MEIOS UTILIZADOS PELO ESTADO PARA COIBIR A PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

A alienação parental, portanto, é um problema antigo que vem sendo muito discutido na atualidade. O Ministério Público, em conjunto com Procuradores da Justiça, quer minimizar a ocorrência da alienação parental, chegando à conclusão de que o meio mais eficiente para combater esse problema é a guarda compartilhada (IBD-FAM, 2017).

Ao longo dos anos, as famílias vêm sofrendo muitas mudanças, que acabam por destruir o convívio entre os casais, que por consequência advém o divórcio. Nesse contexto todo, muitas decisões precisam ser tomadas, entre elas, a guarda dos filhos. No código civil anterior era preciso descobrir qual dos cônjuges havia dado causa ao divórcio, para então decidir sobre a guarda dos menores. Com o advento das transformações da lei, hoje não é necessário saber quem deu causa a separação, mas aquele que tem melhores condições, não apenas financeira, mas também psicológica para ficar com a guarda dos filhos menores (GONÇALVES, 2013).

Com o intuito de proteger os menores, a Lei da Alienação Parental entrou em vigor no ano de 2010. Com o advento da lei, aumentaram os relatos de casos desse

abuso na justiça, promovido por pais e mães, onde a criança é privada de estar em contato com os genitores. Sendo assim, a lei prevê sanções para quem desrespeitar as regras, como multas e até a privação de conviver com o filho (IBDFAM, 2017).

Atualmente, os tribunais estão optando pela guarda compartilhada como forma de evitar a alienação parental após o divórcio, para que a criança não fique muito tempo convivendo apenas com um dos genitores, mas que esse tempo seja distribuído de forma justa, sempre pensando no melhor para aquela criança, não em benefício para os pais. É o que acontece na decisão abaixo citada, em que o Estado interfere na alienação parental. Nesse acórdão foi constatada a prática da alienação por parte do pai e, como consequência, a guarda do menor ficou em poder apenas da mãe:

PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 227, DA CF/88 - CONSTATAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL REALIZADA PELO PAI EM LAUDO PERICIAL - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, EM DISSONÂNCIA COM O PARECER DO MP, PARA DECLARAR A OCORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL, BEM COMO, PARA DETERMINAR QUE SEJA REALIZADO ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO E/OU BIOPSISSOCIAL, SOB PENA DE A REITERAÇÃO DE ATOS DESSA NATUREZA PELO GENITOR ALIENADOR IMPORTAR EM SUSPENSÃO DA AUTORIDADE PARENTAL (RORAIMA, 2016).

No ordenamento jurídico atual, existem duas modalidades de guarda, a compartilhada e a unilateral. A guarda unilateral ocorre quando apenas um dos genitores detém a guarda, e o outro o direito à visitação. Essa modalidade de guarda dificulta a convivência do menor com ambos os genitores continuamente. Por isso, tem-se cada vez mais incentivos para escolher a guarda compartilhada, que pode, inclusive, ser requerida a qualquer tempo, por qualquer um dos genitores ou perante o acordo dos dois (GONÇALVES, 2013).

Quando se opta pela guarda unilateral, é importante ressaltar que, na escolha de qual genitor ficará responsável, são levados em conta alguns critérios, por exemplo: como ele vai influenciar no afeto das relações com o outro genitor que não detém a guarda; a saúde e segurança do menor; a educação que ele pode oferecer para esta criança que está em plena formação; e também a análise das condições financeiras do responsável. Por outro lado, aquele que não detém a guarda do menor tem o dever de supervisionar se os interesses da criança estão sendo atendidos, desempenhando um dever de cuidado material e afetivo do menor (GONÇALVES, 2013).

O direito de companhia deve ser recíproco entre pais e filhos, qualquer mudança que ocorra, tanto de residência, como qualquer outra na rotina do filho, deve ser informada ao outro responsável. É grande o entendimento da doutrina de que o pai

detentor da guarda não deve dificultar as visitas do outro para com o filho, não pode obstar esse contato. O direito de visita se estende também aos avós paternos e maternos da criança e outros parentes, isso é uma premissa básica para o desenvolvimento da criança. A convivência entre pais e filhos é um benefício, mas também gera obrigações e deveres ao detentor da guarda. Quando este nega ou dificulta as visitas, de quaisquer dos familiares, pode vir a gerar o direito de indenização para o pai preterido (LÔBO, 2010).

Enquanto não houver uma decisão definitiva de quem irá ficar com a guarda do menor, o Juiz pode expedir uma decisão temporária, regulamentando as visitas, desde que não traga prejuízos ao menor, obrigando o responsável a proporcionar mais facilidade para o filho frequentar a escola e obter maior aproveitamento escolar (BANDEIRA, 1998).

Visando solucionar diversos problemas relacionados à guarda unilateral, dentre os quais está a alienação parental, foi criada a Lei 11.698/2008, que mudou radicalmente o modelo de guarda do menor. A lei veio ao encontro de um obstáculo, pois havia se difundido o pensamento de que, para decidir pela guarda compartilhada, o casal deveria resolver todos seus conflitos antes de optar por essa modalidade de guarda (LÔBO, 2010).

A guarda compartilhada revela a inexistência de dar a guarda do filho menor aos dois cônjuges separados, pois a lei institui que a família tem o dever de cuidar da criança, oferecendo-lhe todos os recursos para seu desenvolvimento, tanto psicológico como intelectual, e todas as outras necessidades que o menor tem direito, como segurança, saúde e lazer (GONÇALVES, 2013).

Após o divórcio, na escolha da guarda compartilhada, o menor deve viver de maneira equilibrada com os dois genitores. Nesses moldes, os pais estão responsabilizados em conjunto pelas decisões concernentes aos filhos, em todos os aspectos (LEITE, 2015).

O menor tem o direito de convivência em família, mesmo com os pais estando separados, morando em casas distintas. Novos estudos demonstram como faz diferença na vida desses menores o convívio em família, eles se desenvolvem mais, evitando carregar muitos traumas para a vida adulta. Tem-se percebido que, desta forma, além de conviverem melhor para conseguir dar um apoio maior aos filhos, se torna mais fácil encontrar soluções para resolver os percalços no caminho dos filhos, o que traz benefícios não só para eles, mas para os próprios pais que estão se acostumando com uma nova situação (GONÇALVES, 2013).

Os casos mais comuns da guarda compartilhada são daqueles pais que moram perto, viabilizando a convivência de ambos, onde a criança tem o livre acesso tanto à

casa de um quanto a do outro. A própria Lei 11.698/2008 assegura que os dois cônjuges tenham a responsabilidade de cuidar e zelar pelo filho, que sejam responsáveis pelos direitos e deveres para com os filhos, numa ação conjunta, para não sobrecarregar apenas um dos genitores. Ambos podem fiscalizar a vida do filho, sujeitando-se a sanções impostas se agirem dolosa ou culposamente em desfavor do menor (GONÇALVEZ, 2013).

Não significa que os menores terão duas casas, será fixada apenas uma, a melhor para a criança, mas todas as decisões serão feitas em conjunto, nos assuntos relativos ao menor (SILVA, 2012).

Muitas mudanças ocorreram nas famílias, muitos laços matrimoniais foram rompidos, e as sobras de toda essa mudança são os filhos destes pais separados. São quase dez milhões de crianças que passaram a ter uma vida diferente, lares separados. Nesse contexto, o Estado resolveu cuidar melhor dessa situação, desenvolvendo então a referida lei que regula a Guarda Compartilhada, valorando o afeto que é necessário para o desenvolvimento da criança, que deve conviver com os dois genitores de maneira uniforme, com intimidade, com amor, respeitando todas as diferenças existentes entre pais e filhos, pois o futuro da humanidade depende desses jovens (CHERULLI, 2016).

A guarda compartilhada tem como objetivo, portanto, o melhor para a criança, muitas vezes isso não significa que a criança queira ficar somente com os pais. Em muitos casos, ela dá preferência por ficar com os avós, e o Magistrado, ao analisar toda a situação, objetivando sempre o melhor para a criança, pode dar a guarda para os avós. Não se pode esquecer também que os pais, na guarda compartilhada, são responsáveis por todos os atos que os filhos menores praticam e respondem civilmente pelos filhos. É uma diferença bem notável da guarda unilateral, pois só é responsável na guarda unilateral aquele que é detentor da guarda, apenas um dos genitores (GONÇALVES, 2013).

A guarda compartilhada, lembrando, foi instituída com o propósito de diminuir a incidência da alienação parental e como consequência a Síndrome da Alienação Parental. Muitos casos de separação não chegam ao Judiciário, ficam apenas em acordo entre as partes, nestes casos, a alienação parental acontece de uma forma mais intensa e silenciosa, pois não tem a interferência da justiça (SANTOS, 2011).

Com todo o exposto, fica claro que a preferência hoje é pela guarda compartilhada, que faz com que ambos os pais participem ativamente da vida dos filhos, sem, necessariamente, alternância de residência. Por óbvio que esta espécie de guarda não soluciona todos os problemas relatados até o momento, mas vem sendo usada como uma ferramenta de fundamental importância.

Com toda a evolução jurídica que se obteve ao passar dos anos, a alienação parental ainda não é reconhecida como deveria. O reconhecimento, nos processos judiciais, ainda deixa a desejar na questão da aplicação das sanções necessárias para coibir esta prática existente dentro das famílias. A mídia tem colaborado para a divulgação da alienação parental, quando expõe alguns casos em matérias de jornais. Nas varas de família chegam muitos casos da prática da alienação parental, para comprová-la o magistrado pede laudos psicológicos das crianças envolvidas, que na maior parte provém de pais que estão se divorciando (SOUZA, 2017).

A Lei da Alienação Parental impõe várias sanções punitivas para aqueles genitores que a usam para prejudicar o relacionamento do outro genitor com o menor, tentando destruir os laços existentes. Uma das punições que pode ocorrer é a reversão da guarda. Importante destacar que a perda do poder familiar é a punição mais severa que a lei impõe. No julgado exposto abaixo, a guarda do menor era compartilhada entre ambos os genitores, mas houve indícios de alienação parental por parte da genitora que veio perder a guarda da criança para o pai, provisoriamente:

GUARDA E VISITAÇÃO. PAIS SEPARADOS. INTERESSE DO MENOR. ACUSAÇÃO DE ABUSO SEXUAL NÃO PROVADA. INDÍCIOS DE SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL. IMPLANTAÇÃO DE FALSAS MEMÓRIAS NA MENTE DA CRIANÇA EM DESENVOLVIMENTO. O MELHOR INTERESSE DO MENOR SE SOBREPÕE AO INTERESSE PARTICULAR DOS PAIS. CONFLITOS ENTRE OS GENITORES QUE AFASTAM, POR ORA, A POSSIBILIDADE DA MANUTENÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA. MODIFICAÇÃO DO JULGADO. PODER GERAL DE CAUTELA. TRANSFERÊNCIA DA GUARDA PROVISÓRIA DA MENOR AO PAI. RESPEITO À REAPROXIMAÇÃO GRADATIVA DO PAI COM A FILHA DE FORMA IMPARCIAL. CONVIVÊNCIA REGULAR COM A LINHAGEM PATERNA. DIREITO DA CRIANÇA PARA GARANTIR SEU REGULAR CRESCIMENTO E BEM ESTAR. MÃ-FÊ. INOCORRÊNCIA [...] (RIO DE JANEIRO, 2011).

Como referido anteriormente, a Lei da Alienação Parental foi promulgada para melhor atender os interesses da criança e do adolescente. Encontra-se nela um rol<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Art. 2º, Parágrafo único, da Lei nº 12.318/2010: São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (BRASIL. Planalto. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Institui a Lei da Alienação Parental. Brasília, 26 de agosto de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2018.)

taxativo de punições para quem atenta contra seus filhos, praticando os atos da alienação parental.

Verificada a alienação parental, o magistrado, dependendo da proporção do caso, tem em suas mãos os procedimentos judiciais necessários para a resolução do conflito. O genitor alienador poderá receber multa pecuniária, poderá perder o poder familiar, a guarda compartilhada poderá ser revertida de ambos os modos, terá que fazer acompanhamento com psicólogos para verificarem se a saúde mental do alienador está bem, desta maneira, o juiz tem como acompanhar a situação para não ser injusto ao proferir as decisões pertinentes ao caso (BRASIL, 2010).

Uma das punições que o alienante pode vir a arcar por seus atos prejudiciais para seu filho é aplicação de multa. No caso abaixo, a mãe da menina impedia as visitas do pai, acusando-o de pedofilia. Sempre que o pai conseguia ver a filha, a mãe fazia escândalos apavorando a criança e humilhando ele de forma contínua. A genitora foi condenada ao pagamento no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), caso descumpra a decisão judicial de direito a visitas do pai:

PROCESSUAL CIVIL E FAMÍLIA. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E REVISÃO DE ALIMENTOS PATERNOS. DECISÃO AGRAVADA QUE REDUZIU O ENCARGO ALIMENTAR E FIXOU VISITAS PATERNAS DESACOMPANHADAS, SOB PENA DE MULTA. FORTES INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL (LEI 12.318/2010). MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE SE SOBREPÕE NO CASO EM APREÇO. DIFERENÇAS ENTRE OS GENITORES QUE NÃO DEVEM SE IMISCUIR, O QUANTO SEJA POSSÍVEL, NA ESFERA EMOCIONAL DA CRIANÇA. MULTA ESCORREITAMENTE FIXADA, A FIM DE SALVAGUARDAR O VÍNCULO PATERNO-FILIAL. ALIMENTOS QUE MERECEM SER AJUSTADOS, DADO QUE FIXADOS EM ÍNFIMO PATAMAR. 1. Ainda que o genitor revele menor capacidade econômica que a genitora, não pode sua contribuição ser tão ínfima, merecendo pequeno ajuste, em sede de alimentos provisórios, em prol da filha, de 4 (quatro) anos, cujas necessidades são presumidas e facilmente extrapolam os alimentos fixados. 2. Ante os fortes indícios da prática de atos de alienação parental pela genitora, em tentativas reiteradas de obstaculização das visitas paternas, bem como notório intento de desprestigiar a imagem do pai, de modo escorreito fixada multa pelo Juiz singular. Contudo, deve ser adequado o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a fim de se ajustar à realidade econômica das partes, ao tempo em que garantirá o direito fundamental ao pleno convívio familiar (art. 227 CF/88) [...] (PARANÁ, 2015).

Quando o Juiz achar necessário providenciar medidas protetivas para esses menores, a Lei Maria da Penha autoriza a aplicação dessas medidas de proteção. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, garante que os menores não podem

sofrer nenhum tipo de abuso ou violência, que os filhos devem ser cuidados por seus pais, que estes os protejam e garantam o cumprimento das suas necessidades básicas, como lazer, moradia, alimentação e educação, se assim não for, pode ser decretada a prisão preventiva do agressor.

Percebe-se pelo exposto, que a legislação nacional procura sempre proteger os interesses da criança e do adolescente contra possíveis abusos, além de prever diversas espécies de punições quando a dignidade deste pequeno estiver em risco.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A alienação parental não é um assunto que surgiu recentemente em nossa sociedade, é um problema antigo, que vem sendo cada vez mais conhecido e discutido na atualidade. Este problema está relacionado, em sua maioria, aos términos de relacionamento, quando um casal vem a se separar, envolvendo os filhos. Na maior parte dos casos, os filhos são usados para prejudicar o pai ou a mãe que não ficou com a guarda do filho.

A Lei nº 12.318/10 conceitua a alienação parental como uma interferência na formação psicológica da criança ou adolescente promovida por um dos genitores, ou por outros familiares, na condição de guardiães, que venha a obstruir o convívio do filho com um dos ex-cônjuges.

Para a justiça, a alienação parental é considerada uma forma de violência praticada por aquele que é detentor da guarda do filho e é necessária a ajuda de psicólogos para conseguir detectar se ela ocorre ou não, pois os Magistrados não têm a preparação específica para solucionar o problema. Através da alienação parental surgiu a Síndrome da Alienação Parental, que é considerada uma patologia, uma doença psicológica, é a soma de todos os medos que os pais colocam nos filhos para romper os laços de afeto.

A Síndrome da Alienação é um assunto sério, ainda existe muito preconceito por parte da população, que acha que é bobagem, que não existe esse problema. A pessoa que foi alienada desenvolve sintomas de ansiedade, profunda tristeza, se torna um adulto inseguro, dissimulado, uma pessoa que não consegue controlar as emoções, não consegue se relacionar com alguém de maneira equilibrada, desenvolve depressão, podendo inclusive atentar contra sua própria vida.

Uma das alternativas encontradas para amenizar estes problemas é a guarda compartilhada, que é regida por uma lei própria, a Lei nº 13.058/2014. Quando há divergência entre os pais sobre quem vai ficar com a guarda dos filhos, o magistrado tem o dever de impor a guarda compartilhada, para que os dois genitores possam

conviver ativamente com seu filho, pois é inegável a importância da família para o bom desenvolvimento desses indivíduos que estão em fase de crescimento.

É sabido que a família é a base de toda a sociedade, é no meio familiar que se desenvolvem laços de afeto e carinho, e os filhos aprendem os princípios norteadores da vida. Aquele que é encarregado de cuidar de seu filho precisa ter uma boa saúde mental, precisa ser uma pessoa equilibrada, pois assim fará sua parte para construir uma nova sociedade.

## REFERÊNCIAS

IBDFAM. **Alienação parental é crime?** Santo Agostinho, 12 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/ibdfamnamidia/12837/Aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+%C3%A9+crime%3F>>. Acesso em: 06 abr. 2016.

IBDFAM. **Alienação parental: o que a justiça pode fazer?** Santo Agostinho, 17 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/10420/Aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+o+que+a+Justi%C3%A7a+pode+fazer%3F>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

BANDEIRA, Marcos. **Direito Civil: Guarda e Tutela na Prática Forense**. 1. ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições. 1998.

BRASIL. Lei da Guarda Compartilhada. **Lei nº 13.058/2014**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Unicef. **Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente**. Assinada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Parte I. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10127.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm)>. Acesso em: 01 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 09 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm)>. Acesso em: 08 mai. 2017.

CAYRES, Giovanna Rossetto Magaroto; GIMENEZ, Jessica dos Santos. Alienação Parental e seus Efeitos com Base na Lei 12.318/2010 e o Papel do Poder Judiciário. **Revista Aporia Jurídica (Online)**, Revista Juridica da Faculdade Cescage, v. 01, n. 05, p. 03, jan./jul. 2016. Disponível em: <[file:///C:/Users/User/Downloads/43-190-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/43-190-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2017.

CHERULLI, Jaqueline. Da Dupla Residência na Lei Brasileira da Guarda Compartilhada. **Revista de Direito de Família e Sucessões**, v. 08, p. 115-123, abr./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a-d82d9b0000015b9fd9d48166703341&docguid=leef50e00134411e6a612010000000000&hitguid=leef50e00134411e6a612010000000000&spos=8&epos=8&td=69&context=76&>>

crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&start-Chunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 24 abr. 2017.

CORREIA, Eveline de Castro. Análise dos Meios Punitivos da Nova Lei de Alienação Parental. **Portal de e-governo**, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Nov. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/an%C3%A1lise-dos-meios-punitivos-da-nova-lei-de-aliena%C3%A7%C3%A3o-parental>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

DIAS, Arlene Mara de Sousa. **ALIENAÇÃO PARENTAL** - uma realidade silenciosa. Disponível em: <<https://oab-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2185595/artigo-alienacao-parental-uma-realidade-silenciosa>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

DIAS, Maria Berenice. Finalmente, alienação parental é motivo para a prisão. **Revista Consultor Jurídico**, abri. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/maria-berenice-dias-agora-alienacao-parental-motivo-prisao>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. Maria Berenice. **Síndrome da Alienação Parental**, o que é isso? Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:CE2ghxkcWsoJ:www.mariaberenice.com.br/uploads/1\\_\\_s%25EDndrome\\_da\\_aliena%25E7%25E3o\\_\\_parental,\\_o\\_que\\_%25E9\\_isso.pdf+%&c-d=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:CE2ghxkcWsoJ:www.mariaberenice.com.br/uploads/1__s%25EDndrome_da_aliena%25E7%25E3o__parental,_o_que_%25E9_isso.pdf+%&c-d=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 19 jun. 2017.

DUQUE, Bruna Lyra; LEITE, Leticia Durval. Dever Fundamental de Afeto e Alienação Parental. **Revista de Direito de Família e Sucessões**, v. 7, p. 15-31, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a-d6adc60000015c63afc80a8a21f4a7&docguid=l733f46b001f911e6a2dc010000000000&hitguid=l733f46b001f911e6a2dc010000000000&spos=1&epos=1&td=45&context=45&-crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&start-Chunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

ENGELMANN, Fernanda. **SAP - A Síndrome da Alienação Parental**. Blumenau: 3 de Maio, 2015.

FARIA, Gisley Alves de; SILVA Joarley Quéuria. A Alienação Parental: sua identificação no decorrer da separação. **Revista Saber Eletrônico On-line**, Jussara, n. 01, p. 76, jan./jul. 2014. Disponível em: <[http://www.unifaj.edu.br/revistas/05\\_2014/artigo\\_6.pdf](http://www.unifaj.edu.br/revistas/05_2014/artigo_6.pdf)>. Acesso em: 06 abr. 2017.

FERNANDES, Maysa Meireles; CARDONE, Rachel dos Reis. Alienação Parental e o Dano Moral Familiar. **Revista de Direito de Família e Sucessões**, v. 07, p. 77-94, jan./mar. 2016. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a-d6adc50000016152bbc3b395361756&docguid=l7350f9f001f911e6a2dc010000000000&hitguid=l7350f9f001f911e6a2dc010000000000&spos=1&epos=1&td=33&context=49&-crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&start-Chunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

FERNANDES, Nathalia Nayara Soares. A Síndrome da Alienação Parental diante do divórcio dos pais: Uma perspectiva à luz da Lei 12.318/10. **Revista Direito & Dialogicidade**, Universidade Regional do Cariri, v. 04, n. 01, jul. 2013. Disponível em: <<http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/Dir-Dialog/article/view/585>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome da Alienação Parental. **Pediatria**, São Paulo, v. 28, n. 03, p. 2. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:QhHs-NIbOE9wJ:www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32874-40890-1-PB.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

JONAS, Aline. Síndrome de Alienação Parental: Consequências da Alienação Parental no Âmbito Familiar e Ações para Minimizar os Danos no Desenvolvimento da Criança. **Psicologia.pt**. O Portal dos Psicólogos. 2017. Disponível em: <<http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1143.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

GLOBONEWS, Reproduções. Homem condenado por abusar sexualmente dos filhos é libertado após provar inocência. **G1**, São Paulo, mar. 2018. Disponível em: <[http://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2018/03/pai-e-solto-apos-ser-condenado-injustamente-por-abuso-de-filhos\\_50231.php](http://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2018/03/pai-e-solto-apos-ser-condenado-injustamente-por-abuso-de-filhos_50231.php)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

GARDNER, Richard A. O DSM-IV tem o equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? **Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia**, New York, EUA. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

GONÇALVES, Antonio Baptista. O Alerta das Consequências da Síndrome da Alienação Parental para as Crianças e Adolescentes. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**, v. 4, p. 309-343, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015c64842adfc59e0ff4&docguid=Iff16eb40810111e4b-fd3010000000000&hitguid=Iff16eb40810111e4bfd301000000000&spos=2&epos=2&td=6&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMulti-Summ=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso: 01 jun. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários à Lei 13.058, de 22.12.2014 – Dita, Nova Lei da Guarda Compartilhada. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, v. 03, p. 77-94, abr./mar. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015b9c79aff5a9c73ac6&docguid=lcc6ad620dce611e4a-3ba010000000000&hitguid=lcc6ad620dce611e4a3ba010000000000&spos=1&epos=1&td=69&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMulti-Summ=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUSKE, João Pedro Fahrion; GRIGORIEFF, Alexandra Garcia. Alienação Parental: Complexidades Despertadas no Âmbito Familiar. **Pensando Famílias**. Porto Alegre, v. 19, n. 01, p. 77-87, abri./jun. 2015. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1679-494X2015000100007&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2015000100007&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 09 jun. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento nº 1.394.041-1**. Relatora Desembargadora Ivanise Maria Trats Martins. Data do Julgamento: 09 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/268716715/andamento-do-processo-n-1394041-1-agravo-de-instrumento-17-12-2015-do-tjpr>>. Acesso em: 25 maio. 2018.

IBDFAM. **Programa busca combater a Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org>>.

br/noticias/6126/Programa+busca+combater+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental>. Acesso em: 21 mar. 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Medida Cautelar nº 00612.60.2010.8.19.0000**. Relator Desembargador Antonio Saldanha Palheiro. Data do Julgamento: 13 dez. 2011. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/388268407/cautelar-inominada612586020108190000-rio-de-janeiro-tribunal-de-justica?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 70066790718**. Relator Desembargador José Pedro de Oliveira Eckert. Data do Julgamento: 17 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&sruid=i0ad6adc50000015ca2cae69d9ea31409&epos=8&spos=8&page=0&td=409&savedSearch=&searchFrom=&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

ROQUE, Yader de Castro; CHECHIA, Valéria Aparecida. Síndrome da Alienação Parental: Consequências Psicológicas nas crianças. **Revista Fafibe On-Line**, Bebedouro, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 473-485, abr./ago. 2015. Disponível em: <<http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibe-online/sumario/36/30102015191548.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

RORAIMA. Tribunal de Justiça de Roraima. **Agravo Regimental nº 0010137087010010.13.708701-0**. Relator Desembargador Jefferson Fernandes da Silva. Data do Julgamento: 21 jun. 2016. Disponível em: <<https://tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/352393980/agravo-regimental-agreg-10137087010-001013708701-0>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

SANTOS, Patrícia costa dos. **Considerações Sobre as Consequências Jurídicas da Síndrome da Alienação Parental**. 2011. 26 f. Artigo Científico (Pós Graduação em Direito) - Escola da Magistatura do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011, p. 2-4. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2011/trabalhos\\_12011/PatriciaCostadosSantos.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/PatriciaCostadosSantos.pdf)>. Acesso em: 10 out. 2016.

SENEDEZZI, Caio Eduardo; SANTOS, Alexandre dos. Alienação Parental: O filho como objeto de vingança. **Anais...** Semana de Psicologia/Conferência de Estudo Psicológico. v. 1, n. 1, ago. 2014. Disponível em: <<http://seer.funecsantafe.edu.br/index.php?journal=ASP&page=article&op=view&path%5B%5D=995>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Guarda Compartilhada na Legislação Vigente e Projetada. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 29, p. 239-249, jan./jun. 2012. Disponível em: <[SOLDERA, Guido Augusto; PORTELA, Carlos de Paula. Síndrome da Alienação Parental \(SAP\) e Behaviorismo: Análises Conceituais das Descrições dos Sintomas. \*\*Revista Funec Científica\*\*, Santa Fé do Sul, v. 05, n. 07, p. 106. Disponível em: <<http://seer.funecsantafe.edu.br/index.php?journal=rfc&page=article&op=view&path%5B%5D=2341>>. Acesso em: 11 jun. 2017.](http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc60000015c70414b7c2cb957d4&docguid=I61a45740c03711e1890100008517971a&hitguid=I61a45740c03711e1890100008517971a&spos=4&epos=4&td=521&context=20&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 03 jun. 2017.</p>
</div>
<div data-bbox=)

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação Parental sob a Perspectiva do Direito à Convivência Fa-**

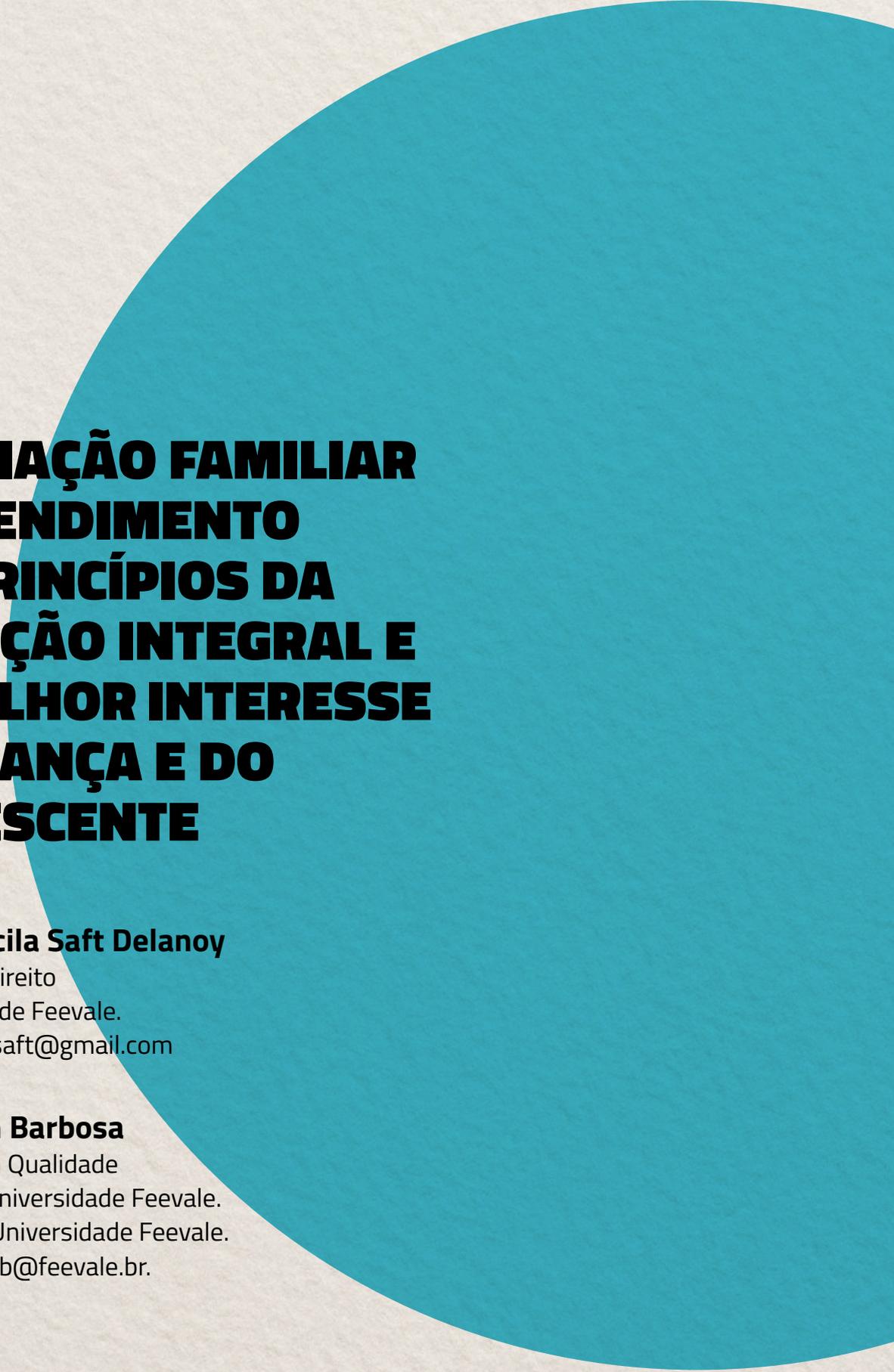
**miliar**. 1. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2014.

SOUZA, Monaliza Costa de. As Garantias dos Filhos Frente à Alienação Parental. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 29, p. 143-189, nov. 2011. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:iUbnTit4G54J:seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/download/71802/40736+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, César Leandro de Almeida. A Alienação Parental. **Conteúdo Jurídico**, v. p. abr. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31843>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

WAQUIM, Bruna Barbieri. Alienação Parental: Entre o Direito e a Psicologia. **Revista dos Tribunais**, v. 939, p. 09, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015ba244cf071d50b852&-docguid=Id6e5cc00744011e39d7c010000000000&hitguid=Id6e5cc00744011e39d7c010000000000&spos=31&epos=31&td=69&context=91&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

PROCHNO, Caio César Souza Camargo; PARAVIDINI, João Luiz Leitão; CUNHA, Cristina Martins. Marcas da alienação parental na sociedade contemporânea: um desencontro com a ética parental. **Rev. Mal-Estar Subj.**, Fortaleza, v. 11, n. 4, p. 1461-1490, dez. 2011. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1518-61482011000400007&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482011000400007&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 18 mar. 2018.



# **A MEDIAÇÃO FAMILIAR EM ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

**Débora Priscila Saft Delanoy**

Graduada em Direito  
pela Universidade Feevale.  
E-mail: [deborasaft@gmail.com](mailto:deborasaft@gmail.com)

**Valéria Koch Barbosa**

Doutoranda em Qualidade  
Ambiental na Universidade Feevale.  
Professora na Universidade Feevale.  
E-mail: [valeriakb@feevale.br](mailto:valeriakb@feevale.br)

## **1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente artigo tem como objetivo desvelar se a utilização da Mediação Familiar interdisciplinar pode ser usada como ferramenta para a preservação das garantias constitucionais no reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos.

Inicialmente, apresenta-se uma síntese histórica da evolução dos direitos da criança e do adolescente na sociedade e nas instituições e, conseqüentemente, o advento dos Princípios da Proteção Integral e do Melhor Interesse da criança e do adolescente, além de se discorrer a respeito das previsões constitucionais e infraconstitucionais de amparo ao menor.<sup>1</sup> Com o propósito de identificar de que maneira o instituto da Mediação atende aos princípios supracitados, faz-se necessário conceituar os institutos da Arbitragem, da Conciliação e da Mediação, apresentando suas características, particularidades e limitações. Posteriormente, abordam-se mais especificamente as diretrizes e a eficácia da Mediação Familiar Interdisciplinar como ferramenta ao atendimento dos Princípios da Proteção Integral e do Melhor Interesse da criança e do adolescente.

## **2 A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

### **2.1 SÍNTESE HISTÓRICA DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA SOCIEDADE E NAS INSTITUIÇÕES**

As sociedades humanas são o reflexo da sua história e do seu tempo. As mudanças que ocorrem sempre são conseqüências das transformações lentas e graduais das atitudes daqueles que as compõem. Assim, a visão e o compromisso dos pais e dos demais entes sociais com seus filhos e com todos aqueles que são denominados menores vêm sofrendo mudanças com o passar do tempo (SANTOS, 2005). A mudança de postura em relação à infância, que é essencialmente uma transformação de ordem cultural, dá-se ao longo de um extenso período, sendo impossível estabelecer uma cronologia precisa (GÉLIS, 2009).

O pai, no qual residia a condução dos cultos religiosos, era a autoridade do lar enquanto vivesse. Quase todos os povos reconheciam a autoridade absoluta do chefe

<sup>1</sup> Neste texto monográfico, para referência a crianças e adolescentes, utilizam-se as expressões como "crianças", "menores", "infantes", entre outras, apenas com o intuito de evitar repetições excessivas, sem, todavia, adentrar nas especificidades de sua significação.

da família (o *pater*) sobre todos os que dela faziam parte, desconhecia-se qualquer sujeito como superior hierárquico (COULANGES, 2004). O *pater familias*, expressão que transcende o conceito de pai (genitor), encerrava em si o conceito de poder, de autoridade máxima, de respeitabilidade inquestionável. O pátrio poder, em regra, era voltado aos interesses apenas do pai. Tal concepção dava a esse ser o direito de vida e morte, o direito de reconhecer o filho ao nascer ou o rejeitar, o direito de repudiar a mulher, emancipar um filho – excluí-lo da família e do culto – ou adotar – introduzir um estranho no lar. Assim eram as relações intrafamiliares na sociedade helênica clássica, a organização social mais remota da qual se têm relatos documentais (SANTOS NETO, 1994).

Passados cerca de dois milênios e hoje tutelada de uma forma incontestável, demonstra Priore (1999) que a criança de um passado recente também não tinha, dos indivíduos adultos e da sociedade organizada, o mesmo tratamento que lhe é dado atualmente. No Brasil e no mundo, durante muitos séculos, a criança foi ignorada pela sociedade e pelo Estado, em razão da sua dependência e vulnerabilidade (PRIORE, 1999).

Ninguém pensava nelas (as crianças) como criaturas inocentes, nem na própria infância como uma fase diferente da vida, claramente distinta da adolescência, da juventude e da fase adulta por estilos especiais de vestir e comportar. As crianças trabalhavam junto com seus pais, quase imediatamente após começarem a caminhar, e ingressavam na força de trabalho adulta como lavradores, criados e aprendizes, logo que chegavam à adolescência (DARTON, 1986, p. 47).

A distância social entre crianças e adultos era imensa, abissal. Tais condições, associadas às crenças religiosas dominantes à época, faziam com que se considerasse a morte de uma criança como “mais um anjo no céu” (FREYRE, 2003, p. 450). Das crianças, eram cobradas condutas contidas, sem qualquer manifestação entusiástica comum da idade. Elas deveriam saber comportar-se devidamente, e tanto a sociedade quanto a Igreja recomendavam a prática de punições para reforçar o respeito ao pai (BRAGA, 2015).

Para Ariès (1981), na atualidade a criança é considerada essencialmente um ser diferente do adulto, possuidora de valores próprios, como fantasia, ingenuidade e ludicidade. Construído paulatinamente, tal conceito ainda não encontra amparo universal, mas é amplamente aceito e pode-se considerá-lo francamente predominante à luz do hodierno Direito brasileiro (ARIÈS, 1981). Gradualmente, a criança passou a ser objeto de interesse e preocupação, migrando do âmbito privado (Igreja e família) para constituir-se em elemento de preocupação nacional, deixando de ocupar uma

posição secundária e irrelevante na família e na sociedade para ser percebida como patrimônio de uma nação (NOGUEIRA, 2016).

Agora, à infância corresponde uma tomada de consciência da criança em particular, consciência essa que não existia. A invenção da infância surge com a valorização das brincadeiras, as pequenas escolas, o ensino diferenciado, o desenvolvimento científico da medicina e da psicologia, que permitiu que se compreendessem esses pequenos humanos como seres diferenciados em necessidades e possibilidades e com o direito irrevogável da tutela do Estado e de toda a sociedade (ARIÈS, 1981). Esse processo de mudança social se observa na forma de transmutação de condutas e normas. Desse modo, foi reconhecida a necessidade de proteção como direito inalienável, garantido sob a forma de lei, mais notadamente ao elaborar e instituir a Doutrina da Proteção Integral.

## **2.2 OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

A adoção da Doutrina da Proteção Integral no direito brasileiro sobreveio de um lento processo evolutivo na proteção à infância. Tal princípio foi influenciado, segundo Oliveira (2017), pelos princípios que compuseram a Convenção da Organização das Nações Unidas com relação aos Direitos da Criança.

Veronese (1996, p. 90) afirma que tais prerrogativas constitucionais derivaram de grande participação envolvendo toda a coletividade social e foram estruturadas em importantes bases sólidas: “A concepção da criança e do adolescente como ‘sujeitos de direitos’ e a afirmação de sua ‘condição peculiar de pessoa em desenvolvimento’”. O conjunto de direitos arrolados essencialmente no artigo 227 da Carta Magna – os quais representam direitos fundamentais, de suma importância não somente pela sua matéria, mas também pelos seus titulares, devendo esses direitos serem assegurados pelo Estado – recebeu um forte aliado, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual veio corroborar a efetivação e o controle dessa tarefa, tendo como objetivo materializar esse mandamento constitucional (VERONESE, 1996).

Neste diapasão, Cucci e Cucci (2011) mencionam que a doutrina da proteção integral é basilar, pois configura um conjunto de princípios e normas jurídicas direcionadas à efetivação dos direitos fundamentais adquiridos neste longo processo de transição social e política do Brasil. A partir dessa nova diretriz, a criança e o adolescente passam a ocupar posição exclusiva que assegura a esses sujeitos tão especiais direitos fundamentais, como educação, personalidade, dignidade, respeito e liberdade de convivência, conforme previsão da Constituição Federal (LEAL, 2001).

Dias (2016, p. 1) assevera que “a proteção integral, com prioridade absoluta, é assegurada exclusivamente a crianças e adolescentes. A responsabilidade não é exclusiva dos pais, também é atribuída à sociedade e ao Estado”. Assim, faz-se necessária a insistente vigilância do Estado e da sociedade no que diz respeito à violação dos princípios de proteção à infância e à juventude, segundo afirmam Alves e Siqueira (2013), ao verificarem que essas instituições devem observar a efetividade desses direitos, pois comumente encontram-se casos de violações dos direitos dirigidos aos sujeitos vulneráveis, tais como a violência doméstica, a negligência ou a violência física, psicológica e sexual.

Se a família e a sociedade faltarem, será de competência do Estado a intervenção para resguardar direitos que foram violados. Assim, se houver abuso ou omissão dos pais no direito do menor de desenvolver sua personalidade de forma harmoniosa, o Estado deverá intervir para a integralidade e a garantia desse direito. A intervenção do Estado se faz inevitável no âmbito privativo do lar para que se efetive a proteção do direito à vida da criança, principalmente quando há casos de maus-tratos pelos próprios pais (ALBERGARIA, 1995), assim, “não se trata de repressão aos adultos, mas de proteção aos menores. Se nessa proteção for necessário coibir e reprimir os adultos, essa consequência tem que ser assumida” (MARTINS, 1988, p. 261).

Outro relevante princípio atribuído às crianças que foi conquistado na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, acolhida e ratificada pelo Brasil como princípio constitucional previsto no artigo 5º, LXXVII, § 2º<sup>2</sup> da Carta Magna, é o Princípio do Melhor Interesse da criança e do adolescente, advindo do princípio 2º da referida Declaração.

Princípio 2º. A criança gozará de proteção especial; ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança (ONU, 1959).

Para Kreuz (2011), esse importante princípio serve como ferramenta na resolução de disputas relacionadas às crianças, na busca contínua do que for mais benéfico ao desenvolvimento do menor em questão. Não se resume apenas à observação da lei pelo Judiciário, mas principalmente à administração pública, usando-se esse

<sup>2</sup> “[...]”

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

[...]”.

princípio como norteador para a implementação de políticas públicas, bem como na aplicação dos critérios de proteção pelos órgãos de atendimento às crianças e aos adolescentes (KREUZ, 2011).

Ainda no âmbito familiar, no que concerne aos litígios que versam sobre a guarda dos filhos menores entre os pais ou entre a família extensa, deve-se observar o princípio em questão. A criança ou o adolescente deverão ser ouvidos, expondo suas opiniões, e essas devem ser consideradas de acordo com a maturidade de cada indivíduo. Contudo, não serão eles capazes de decidir a sua própria sorte, tendo em vista que são indivíduos em desenvolvimento e, por essa razão, não estão ainda ajuizados o suficiente para definir seus próprios destinos. O desenlace não deverá considerar unicamente o interesse premente, mas especialmente o interesse futuro (KREUZ, 2011).

Daí a importância da intervenção multidisciplinar:

O princípio do melhor interesse da criança, em face de seu conteúdo amplo e indeterminado, certamente, nem sempre será fácil de, no caso concreto, desvelar o alcance e em que realmente consiste. Daí a relevância da intervenção multidisciplinar, notadamente de profissionais das áreas de psicologia, assistência social, psiquiatria etc. de modo que a avaliação não se limite ao aspecto meramente jurídico (PEREIRA; MELO, 2003, p. 267).

Desse modo, caberá ao Judiciário, com a colaboração de agentes auxiliares da Justiça (conselheiros tutelares, psicólogos e psiquiatras), a validação do melhor interesse da criança e do adolescente, ainda que com medidas contrárias ao interesse dos pais (LIMA; VERONESE, 2012).

## **2.3 AS PREVISÕES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DE AMPARO ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES**

O Brasil delongou a legitimar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Essa legitimação ocorreu no ano de 1988, com a Carta Magna, que trouxe em seu bojo algumas modificações em relação à família, outrora calcada no princípio da autoridade, trazendo então no novo texto a entidade familiar, com seus deveres e suas responsabilidades, porém agora primando pela igualdade (MENEZES, 2008).

Ainda, a Emenda Constitucional nº 65, de 2010, no seu artigo 227, trouxe os deveres primordiais da família, da sociedade e do Estado para com a infância e a juventude, sendo absolutos e primordiais os direitos “à vida, à saúde, à alimentação, à

educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, resguardando ainda esses sujeitos de toda e qualquer forma de “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Outro marco para assegurar direitos fundamentais atinentes à pessoa humana, mais especificamente de proteção à criança e ao adolescente, foi o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgado na década de 90, traçando consigo uma longa jornada de superação e de conquistas dos direitos fundamentais pautados na Doutrina da Proteção Integral (ISHIDA, 2008). A partir da sua vigência, no decorrer da sua implementação, estruturas foram criadas, como mecanismos e serviços para que suas funções fossem efetivadas, dando as condições para o exercício da cidadania de crianças e de adolescentes, buscando de forma significativa a perceptividade desses sujeitos no país (SILVA, 2015).

Com base nesse novo paradigma, o Código Civil (CC) de 2002 também trouxe inovações inerentes aos institutos que versam sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, mais especificamente concernentes ao pátrio poder, recebido como inovação ao ser denominado “poder familiar”. Maciel (2002, p. 132) expõe que, apesar das inúmeras críticas à terminologia da antiga família patriarcal romana, o legislador optou por manter a expressão “poder” e incluir a denominação “familiar”. Ainda, o CC incluiu, em dois de seus artigos (1.583 e 1.584), modificações que ocorreram após o advento da Lei nº 11.698, de 2008, a qual instituiu o instituto da guarda compartilhada. Relevante também mencionar a Lei nº 12.010/2009, denominada Lei de Adoção, pois, além das alterações inovadoras ao ECA, revogou quase que totalmente os artigos do CC que tratavam do instituto da adoção.

Destarte, o poder familiar é um “direito-dever”, é a prática da autoridade decorrente da responsabilidade dos pais para com os filhos; não é uma autoridade discricionária, mas uma autoridade baseada no melhor interesse do menor no que tange à esfera patrimonial e pessoal (MADALENO; MADALENO, 2017, p. 31). Nessa ótica, “A separação dos cônjuges não pode significar a separação de pais e filhos. [...] o princípio do melhor interesse da criança trouxe-a ao centro da tutela jurídica, prevalecendo sobre o interesse dos pais em conflito” (LÔBO, 2010, p. 168).

Apresentado esse panorama acerca dos direitos de crianças e adolescentes e alguns dos dispositivos legais a eles destinados, subsequentemente aborda-se o foco principal deste estudo, qual seja, o instituto da mediação como instrumento apto a atender aos princípios de proteção dos infantes.

## **3 A MEDIAÇÃO EM ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

### **3.1 ARBITRAGEM, CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO: ASPECTOS CONCEITUAIS**

Atualmente, a insatisfação dos litigantes com os trâmites da Justiça estatal no Brasil, principalmente em função da morosidade, é notória. Isso porque o instrumento colocado à disposição da jurisdição ocasiona embates, tornando-se consideravelmente burocrático e vagaroso (TARTUCE, 2016). Dessa forma, a justiça “tradicional” baseada na tríade autor-réu-juiz nem sempre tem oferecido a melhor solução para as demandas da sociedade, sendo imprescindível que se estimule uma solução menos morosa e também menos impessoal, que afaste a incerteza e a provisoriedade das respostas jurídicas convencionais (MACEDO; DAMASCENO, 2016, p. 1043-1044).

Elencados como “métodos extrajudiciais de solução de controvérsias”, a arbitragem, a conciliação e a mediação não são novidades na história humana. Práticas antigas de mediação são encontradas nas mais diversas culturas de tempos remotos, ainda que não seja incomum serem reapresentadas como um método inovador na solução de conflitos (GALVÃO; FILHO, 2016, p. 35-36).

Mais do que um simples meio de alijar o sistema judiciário, os métodos extrajudiciais de solução de controvérsias representam a possibilidade de promover a transformação do conflito apoiando-se em habilidades intrínsecas ao ser humano, criando um palco no qual os atores envolvidos na lide passam a ser o centro da discussão, têm a oportunidade de expor seus argumentos e são também apresentados à argumentação da contraparte, possibilitando-lhes buscar o acordo de forma mútua e voluntária, surgindo, ao fim e ao cabo, muito mais do que a imposição de uma decisão judicial, mas o convencimento das partes e o encontro da sensação subjetiva de que o melhor caminho na busca do equilíbrio foi atingido (STANGHERLIN, 2017).

Nesse sentido, o legislador preocupou-se ao compor o texto legal do Código de Processo Civil (CPC), especificamente em seu artigo 3º, § 3º<sup>3</sup>, “sobretudo a partir do incentivo à conciliação, mediação e outros métodos de resolução consensual de conflitos” (PINHO; PAUMGARTTEN, 2016, p. 2-3). Os meios alternativos de resolução de conflitos, na esfera do Poder Judiciário e sob a vigilância deste, buscam mudar a

<sup>3</sup> “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[...]

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

mentalidade da cultura do litígio de juristas e profissionais do direito por outra diversa: a da paz social (SPENGLER, 2017).

Dos métodos alternativos de solução de contendas, primeiramente apresenta-se o conceito da Arbitragem. A partir da atenta análise do texto normativo – Lei nº 9.307/1996, conhecida como Lei de Arbitragem –, verifica-se que é tida como um “método heterogêneo de resolução de conflitos” (REZENDE, 2016, p. 168-187). Nessa técnica, um terceiro isento ao conflito será escolhido pelas partes como árbitro para resolver a contenda que verse sobre patrimônio disponível. Para Pinto (2002, p. 66), “disponíveis são os direitos suscetíveis de livre disposição pelas partes, pois os direitos tidos como indisponíveis são impossíveis de serem vendidos, doados, cedidos, negociados; conseqüentemente serão insuscetíveis de arbitragem.”

Destaca-se que é o próprio ordenamento jurídico que impõe restrições quanto à matéria que será apreciada pelo juízo arbitral, sendo exclusivamente aplicado para lides que tratem sobre direitos patrimoniais disponíveis (JESSEN, 2016, p. 11). Assim dispõe o artigo 852 do CC: “é vedado o compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”

Na Conciliação, um terceiro neutro e imparcial assume uma postura mais ativa com o intuito de facilitar a restauração do diálogo e da relação social dos envolvidos, observados alguns limites (DIAS, 2016). Didier Jr (2017, p. 308) aduz que “ao terceiro não cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem”; esse terceiro participará de forma mais ativa na negociação, podendo inclusive sugerir algum tipo de solução, mas, ao final, as partes envolvidas decidirão por consenso ou não. A Conciliação será indicada quando não houver vínculo antecedente entre as partes envolvidas, conforme previsão no artigo 165, § 2º do CPC.

O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Spengler (2017, p. 73) explica que “justamente por isso, o conciliador sugere, orienta, interfere e aconselha as partes, sem analisar o conflito em profundidade”, para que se evite o processo judicial ou mesmo para extingui-lo, caso esse já exista. Conclui a autora: “a conciliação tem por alvo principal alcançar o acordo, por isso é um procedimento focado na necessária composição entre as partes. O objetivo é solucionar o litígio mediante um acordo”.

Para Tartuce (2016), as principais diferenças entre Mediação e Conciliação referem-se à elaboração das sugestões para a solução do conflito, assim como na profundidade da conversa em determinadas situações. Na Mediação, o terceiro imparcial não deve sugerir soluções; quanto às questões subjetivas, deve-se dispor de tempo suficiente nas sessões para uma abordagem aprofundada, pois envolvem relações contínuas. Já na Conciliação, as sessões são mais objetivas, pois o foco é chegar ao acordo; as relações, nesses casos, tendem a ser ocasionais.

Mesmo que diversas as técnicas, o legislador elaborou normas comuns para a Conciliação e para a Mediação, por isso, comumente há confusão entre esses meios de autocomposição (NETTO; SOARES, 2016). Pode-se afirmar, consoante as lições de Spengler (2017, p. 74), que a principal diferença entre os dois métodos é a origem do conflito, “se ele diz respeito a uma relação continuada, com existência de relação anterior entre os conflitantes – cunho subjetivo – ou se tratava de uma relação esporádica – de cunho objetivo.” Nessa linha, o benefício da Mediação difere dos demais meios de resolução, pois, nessa dinâmica, se as partes desejarem, o problema será resolvido de maneira que haja uma conservação da relação, permitindo que os envolvidos possam, se necessário/desejável, tencionar futuras atuações (TARTUCE, 2016).

Além disso, a conciliação tem por objetivo principal a pacificação do litígio processual mediante elaboração de um acordo. Já a mediação pretende humanizar o conflito, restabelecendo a comunicação rompida entre os litigantes e tornando-a viável e, se possível, harmoniosa. O acordo é efeito secundário da mediação, e não objetivo principal a ser perseguido, como é o caso da conciliação (SPENGLER, 2017, p. 74).

Ao mediador cabe, por meio de uma abordagem construtiva, restabelecer a comunicação entre os conflitantes. Restaurada a comunicação, os envolvidos têm a oportunidade de buscar, a partir de suas convicções, a ampliação de percepções, o que contribui para o encontro de uma solução para a contenda (GALVÃO; GALVÃO FILHO, 2016).

Nesse prisma, Dias (2016, p. 69) aduz que “a mediação deve levar em conta o respeito aos sentimentos conflitantes, pois coloca os envolvidos frente a frente na busca da melhor solução, permitindo que, através de seus recursos pessoais, se reorganizem”, sempre perseguindo, de forma contínua e conjunta, a meta de se obter soluções originais para finalmente resolver um impasse de forma realmente eficaz (BARBOSA, 2010). Ao descobrir o real motivo do conflito, é restabelecido o diálogo entre os envolvidos e, a partir disso, será construída uma forma de solucionar o dilema pacificamente, em que ambas as partes sairão satisfeitas (DUARTE, 2016).

## 3.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

Nas demandas de família, as decisões judiciais não raras vezes insatisfazem às partes em função de serem tomadas sobre os conflitantes, e não entre eles. Essas sentenças não logram êxito em dar fim aos conflitos, tanto é que ações são reiteradamente ajuizadas por parte da mesma entidade familiar. “A síndrome do perdedor-ganha dos tribunais provoca um verdadeiro desastre numa família que se desfaz” (ROSA, 2013, p. 3), além do tempo do processo que, às vezes, desenrola-se por anos sob o poder do Judiciário. Especificamente na seara do Direito das Famílias, adverte Tartuce (2017, p. 184):

Em causas familiares, é preciso dar atenção particularizada a cada conflito, evitando a padronização – especialmente porque os casos tendem a ser fundamentalmente distintos em suas bases fáticas. Assim, a generalização da aplicação de um entendimento pode acabar violando a isonomia material dos jurisdicionados, comprometendo seu acesso à justiça em pleitos muito sensíveis.

Diante disso, cresce a procura por meios de resolução de controvérsias que sejam mais eficazes e satisfatórios, encontrando nesses métodos de autocomposição uma resposta célere, pouco dispendiosa e – o que seria o objetivo primordial – pacificadora. Para Duarte (2016), a técnica autocompositiva de resolver conflitos conjugais e parentais que facilitará a comunicação interpessoal entre os envolvidos é a técnica da Mediação.

Uma das características principais desse instituto é a possibilidade de criação ou até mesmo a recriação de vínculos. Por isso é extremamente indicada para questões que tenham passado, presente e futuro e principalmente as que contam com envolvimento emocional (SIQUEIRA; PAIVA, 2016, p. 185).

Nesse sentido, citam-se as palavras de Tartuce (2016, p. 330) quando afirma que “no Direito de Família, o aspecto continuativo da relação jurídica recomenda que haja uma eficiente e respeitável comunicação entre os indivíduos, despontando a mediação como importante instrumento para viabilizá-la.”

Nessa linha, faz-se necessário adentrar no estudo dos princípios que dão as diretrizes para o terceiro neutro e imparcial – mediador ou conciliador – consoante o artigo 166<sup>4</sup> do CPC, conjuntamente com a Lei nº 13.140/2015. Tais princípios são: a

<sup>4</sup> “Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. [...]”.

independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade, a decisão informada, a busca do consenso e a boa-fé (GALVÃO; GALVÃO FILHO, 2016).

Uma síntese do que representa cada um desses princípios recomendados pelo CPC e pela referida Lei de Mediação é demonstrada na tabela que segue.

**Tabela 1- Princípios norteadores da Mediação**

Independência	É a atribuição para que conciliadores e mediadores atuem de forma autônoma sem sofrer pressões de quem quer que seja.
Imparcialidade	Tem-se como a garantia de que os mediadores não atuarão na causa tendo qualquer interesse no litígio.
Autonomia da vontade	É o resultado da liberdade, quando, ao fim das sessões, as partes definirão a melhor solução para o conflito usando diálogo, consenso e boa-fé.
Confidencialidade	É uma importante ferramenta para que as partes tenham segurança de que tudo o que foi dito nas sessões não será utilizado diversamente.
Oralidade e Informalidade	Apresentam os procedimentos autocompositivos com mais intimidade, com uma linguagem simples e descomplicada na base do diálogo entre os envolvidos, diferentemente dos rituais simbólicos dos atos jurisdicionais.
Decisão informada	Entende-se que as partes devem compreender corretamente o problema em questão e todas as consequências a partir do acordo.
Busca do consenso	É um dos principais objetivos da mediação, qual seja, que o acordo a ser celebrado seja fruto do consenso entre as partes.
Boa-fé	Entende-se que todos estão comprometidos em colaborar, afastando qualquer ideia de disputa ou de intenção de prejudicar a outra parte.

**Fonte: Elaborado pela acadêmica com base no texto: A mediação no novo código de processo civil (GALVÃO; GALVÃO FILHO, 2016, p. 37-39).**

Para Barbosa (2015, p. 92), “a prática da mediação fundamenta-se na linguagem ternária, qual seja, a arte de conjugar os três verbos em uníssono: pensar, sentir e agir”. Segundo a autora, a partir dessa afirmativa, conclui-se que a mediação é “um comportamento, uma ética, e arte de agir”, uma vez que prioriza sentimentos, valorando-os como atuação humana unida ao pensamento e à ação. Essa linguagem

consiste em possibilitar aos envolvidos, por meio de diversas alternativas, considerando seus próprios recursos pessoais, resgatar suas capacidades de solucionar suas divergências sozinhos de maneira pacífica (MACAGNAN; RUIZ, 2009). Dessa forma, destaca-se que,

Na mediação familiar, a decisão final é de forma livre e espontânea, segundo a consciência dos próprios envolvidos, como resultado de diálogo e da disposição das partes, após realização, muitas vezes, de várias sessões em que puderam externar sentimentos reprimidos que ofuscavam a racionalidade e impediam a conscientização das responsabilidades dos papéis que deveriam desempenhar no âmbito familiar ou que devam assumir com a separação ou divórcio do casal (MOLOGNI, 2003, p. 41).

Barbosa (2010, p. 1) leciona que “o instituto da mediação familiar interdisciplinar corresponde aos anseios de se dispor de ferramentas adequadas para o enfrentamento dos conflitos familiares, na conformidade dos paradigmas contemporâneos que norteiam o Direito de Família.” A função da interdisciplinaridade é organizar um conjunto de pensamentos que permitirá a integração de distintos modelos de pensar para atender às diferentes demandas das novas configurações de famílias (SPENGLER, 2017). Ademais, o diálogo entre os saberes de diversas áreas garante o alcance de uma melhor resolução individualizada de cada caso, não se aplicando o mesmo modelo para casos similares (mas jamais idênticos) e respeitando as particularidades dos indivíduos envolvidos (ALVES *et al.*, 2014).

A Mediação permite o resgate do diálogo com base na compreensão mútua do ex-casal, viabilizando, dessa forma, a percepção de que suas falas e ações são em prol de si mesmos, e não em nome dos filhos. Consequentemente, permite-lhes distinguir as funções da família, dada a consciência de que o que está se dissolvendo é o casal conjugal, e não o parental; esse último deverá ser fortalecido para que siga com seu papel (BARBOSA, 2015). Na realidade, a essência da Mediação é o relacionamento, objetivando restabelecer a comunicação entre os indivíduos e os grupos. Essa comunicação pode e deve ser construída de forma criativa, respeitando seus três fundamentos: “respeito à lei, respeito ao outro e respeito a si próprio.” (BARBOSA, 2015, p. 180).

Diante dessas metas, resta evidenciar se a mediação atende ou não aos princípios de proteção dos infantes.

### **3.3 A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA AO ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Atualmente, o fator determinante para a formação de uma família é o afeto. Para a manutenção da família, é necessária a especial assistência de seus membros, principalmente para resolver os conflitos que surgem a partir de pontos de vista diversos. Muitas famílias não conseguem lidar com os seus dilemas recorrentes, pois a carga emocional, seja de afeto ou desafeto, é tão grande que acabam por dissolver a união. Nessa dissolução, muitas vezes há filhos que nada compreendem do conflito e do modo com que seus pais resolveram lidar com ele, sendo vítimas do trágico desfecho de suas vidas em família (MOLOGNI, 2003).

Ainda sobre a situação dos filhos, Tartuce (2016, p. 332) assevera que “é essencial que os pais se conscientizem de que, embora sejam ex-cônjuges, sempre serão genitores dos filhos derivados da união [...]”. Em face disso, é preciso ter clareza de que os genitores não podem utilizar os filhos em eventuais disputas, pois eles “[...] precisam ser preservados de rancores e sentimentos de ruptura, com incentivo a conviver com ambos os genitores para que possam se sentir amados e protegidos mesmo ante o desenlace conjugal”.

Para a autora supramencionada, “no Direito de Família, o aspecto continuativo da relação jurídica recomenda que haja uma eficiente e respeitável comunicação entre os indivíduos, despontando a mediação como importante instrumento para viabilizá-la (TARTUCE, 2016, p. 331)”. Nos casos de conflitos familiares, o mediador familiar ajudará os ex-cônjuges a resgatarem o diálogo, melhorando a negociação sobre questões de separação ou divórcio. Os ex-cônjuges trazem seus argumentos, e o mediador busca a facilitação da comunicação entre eles com o objetivo de refletirem sobre o que é melhor para ambos, principalmente quando há filhos do relacionamento (DUARTE, 2012).

Os direitos e os deveres dos pais no que se refere aos filhos não terminam com a ruptura da relação conjugal, como se vê em alguns comportamentos de litigantes que ingressam com ações para desconstituir a sociedade conjugal – ações essas que podem ser cumuladas com pedido de fixação de alimentos, guarda e visitas. O problema central dessas questões não deve ser analisado unicamente sob o prisma jurídico, mas principalmente pelo prisma psicológico, emocional do menor envolvido no litígio (FERREIRA, 2007). Essa tendência à confusão dos ex-cônjuges entre o conflito conjugal e o parental, bem como pela razão de essas situações gerarem medo, insegurança e influenciarem diretamente na vida dos filhos, faz com que seja

imprescindível a busca pela efetividade dos princípios constitucionais de proteção a esses sujeitos (LAZZARINI, 2009).

Em se tratando de contendas entre os genitores, é importante não olvidar, segundo já se discorreu, que, a partir de um longo processo evolutivo, histórico e social, crianças e adolescentes, na condição de pessoas em desenvolvimento singular, sujeitos de direitos e merecedores destes, receberam a devida proteção e prioridade legitimada pela Carta Magna (OLIVEIRA, 2017). Nesse sentido, a Doutrina da Proteção Integral configura um conjunto de diretrizes para a adequada efetivação dos direitos fundamentais conquistados por esses sujeitos (CUCCI; CUCCI, 2011).

Duarte (2016, p. 67) menciona que “nos processos de separação e divórcio litigiosos depara-se com os mais variados conflitos entre os ex-cônjuges, principalmente quando também estão em jogo os filhos oriundos dessa união, com seus anseios, desejos e fantasias”. Dessa forma, é indispensável a intervenção interdisciplinar com o objetivo de encontrar soluções que atenderão de modo efetivo às partes envolvidas, diferentemente de uma decisão judicial, que nem sempre alcança tal fim (DIAS, 2016).

Dessa forma, a Mediação familiar interdisciplinar condiz com a via mais adequada na resolução de conflitos familiares, principalmente para aqueles que tratam sobre guarda ou alienação parental. É na prática dessa técnica que será possível o restabelecimento de um diálogo entre as partes para que ambos os genitores possam pensar em comum no que é melhor para os filhos. Com o diálogo restaurado, é possível criar um convívio saudável e harmonioso dos pais entre si e com a prole, devendo estar os filhos sempre em primeiro plano nas tomadas de decisões (SPENGLER; MARCANTÔNIO, 2013).

Assim, os sujeitos de direito, que vivenciam o sofrimento da ruptura da vida conjugal, em seus papéis de *homem* e *mulher*, serão liberados para alcançar a maturidade imposta pela transformação familiar, decorrente de separação, divórcio, ou dissolução da união estável, seja pela lógica do consenso, seja pela lógica do litígio, ou, ainda, pela lógica da mediação (BARBOSA, 2015, p. 167) (Grifos da autora.)

É imprescindível que os genitores percebam que, conquanto a relação conjugal tenha terminado, remanesce o vínculo eterno entre cada um e os filhos advindos dessa união. Por isso, é inadmissível, embora recorrente, que, nas disputas entre os ex-cônjuges, os filhos sejam usados de forma abusiva, violenta e sem qualquer respeito, com o intuito de ferir a outra parte. Com esses comportamentos, tem-se, manifestamente, a violação do Princípio da Proteção Integral, o qual impõe às famí-

lias que assegurem, entre outras garantias, o respeito, a liberdade, a dignidade e a convivência familiar, além da proteção contra qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (TARTUCE, 2016).

À vista disso, é importante que os genitores possam se comunicar de forma eficiente e respeitosa sobre todos os detalhes da vida dos filhos: sobre o exercício do poder familiar, o regime de convivência ou as visitas, a divisão de tempo, tarefas que dizem respeito aos menores, etc. Nesses casos, considera-se que a Mediação será o instrumento que poderá colaborar de maneira mais eficaz para a reflexão e o restabelecimento das responsabilidades dos pais, de forma a organizar e separar os sentimentos sobre a relação conjugal da relação parental (TARTUCE, 2016).

Com base nos ensinamentos de Barbosa (2015), pode-se afirmar que a Mediação familiar interdisciplinar se apresenta como importante ferramenta que será capaz de recuperar, nas relações afetivas, o diálogo, o respeito mútuo e uma reorganização do modelo familiar frente à ruptura conjugal, com uma nova dinâmica diante de relacionamentos que se desfizeram por recorrentes problemas de comunicação inadequada. É por intermédio da aplicação desse instituto que será possível não apenas a solução do conflito, mas a sua transformação para possibilitar que os envolvidos tenham uma condição de comunicação adequada e respeitosa entre si e, a partir disso, reorganizem a estrutura familiar e tratem de assuntos referentes aos filhos, o que é inerente a uma relação parental saudável, minimizando os danos oriundos da união que se desfez e garantindo a proteção e o melhor interesse da prole.

## **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Neste trabalho, analisou-se o instituto da Mediação Familiar como ferramenta de atendimento aos Princípios da Proteção Integral e do Melhor Interesse da criança e do adolescente, visando a contribuir com a melhor compreensão do conceito do instituto da Mediação Familiar e sua aplicação nos conflitos que envolvem os infantes. Tratou-se também dos métodos consensuais de resolução de conflitos, como a Arbitragem, a Conciliação e a Mediação, com uma abordagem mais aprofundada na Mediação Familiar e seus princípios norteadores.

A partir do estudo, evidenciou-se que a Mediação Familiar é a via consensual mais acertada para atender às garantias constitucionais de proteção e melhor interesse dos filhos nos casos de ruptura conjugal conflituosa, uma vez que possibilita o alcance de soluções que tenham como primazia a continuidade dos laços entre pais e filhos, mantendo uma convivência amparada no afeto e no cuidado essencial ao adequado desenvolvimento da prole.

## REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Jason. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- ALVES, Cássia Ferraza; SIQUEIRA, Aline Cardoso. Os direitos da criança e do adolescente na percepção de adolescentes dos contextos urbano e rural. **Psicologia: ciência e profissão**, Brasília, v. 33, n. 2, p. 460-473, 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932013000200015](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932013000200015)>. Acesso em: 04 set. 2017.
- ALVES, Amanda Pansard; CÚNICO, Sabrina Daiana; ARPINI, Dorian Mônica *et al.* Mediação familiar: possibilitando diálogos acerca da guarda compartilhada. **Revista Pesquisas e Práticas Psicossociais**, São João del-Rei, v. 9, n. 2, p. 193-200, jul./dez. 2014. Disponível em: <[pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1809](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809)>. Acesso em: 04 mai. 2018.
- ARIÈS, Phillipe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.
- BARBOSA, Âguida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.
- BARBOSA, Âguida Arruda. Mediação e linguagem. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e responsabilidade**. Porto Alegre: Magister, 2010.
- BRAGA, Douglas de Araújo Ramos. A infância como objeto da história um balanço historiográfico. **Revista Angelus Novus**, Universidade de São Paulo, a. 11, n. 10, 2015. Disponível em: <<http://www.journals.usp.br/ran/issue/viewFile/9262/839>>. Acesso em: 07 nov. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc65.htm)>. Acesso em: 06 fev. 2018.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CUCCI, Gisele Paschoal; CUCCI, Fábio Augusto. A Proteção Integral de Crianças e Adolescentes Como Dever Social da Família, da Sociedade e do Estado. **UNOPAR Científica, Ciências Jurídicas e Empresariais**, Londrina, v. 12, n. 2, p. 77-84, Set. 2011. Disponível em: <<http://www.pgskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/viewFile/910/871>>. Acesso em: 06 set. 2017.
- DARTON, Robert. **O grande massacre dos gatos e outros episódios da história da cultura francesa**. Rio de Janeiro: Graal, 1986. Disponível em: <<https://carnica221.files.wordpress.com/2014/09/o-grande-massacre-de-gatos-e-outros-episc3b3dios-da-histc3b3ria-cultural-francesa-robert-darnton.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2017.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **Mediação na alienação parental: A psicanálise no judiciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- FERREIRA, Verônica Aparecida da Motta Cezar. **Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica**. São Paulo: Editora Método, 2007.
- FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. 48. ed. São Paulo: Global, 2003.

GALVÃO, Fernanda Koeler; GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos. Da mediação e da conciliação na definição do novo código de processo civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina, PELAJO, Samantha (Org.). **A mediação no novo código de processo civil**: artigo 165. 2. ed. Rio Janeiro: Forense, 2016.

GÉLIS, Jacques. A Individualização da criança. In: Roger Chartier (Org.). **História da vida privada, 3**: da Renascença ao Século das Luzes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: Doutrina e Jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

JENSEN, Paulo Roberto. **Arbitragem na administração pública**: uma abordagem do compromisso do estado constitucional com os direitos fundamentais. 2016. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia) - Centro Universitário Autônomo do Brasil, Unibrasil, Curitiba, PR, 2016. Disponível em: <[https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/03/mestrado\\_unibrasil\\_-\\_PauloJensen.pdf](https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/03/mestrado_unibrasil_-_PauloJensen.pdf)>. Acesso em: 23 mar. 2018.

KREUZ, Sérgio Luiz. **Da convivência familiar da criança e do adolescente na perspectiva do acolhimento institucional**: princípios constitucionais, direitos fundamentais e alternativas. 2011. 167f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Universidade do Paraná, Paraná, PR, 2011. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29218/R%20-%20D%20-%20SERGIO%20LUIZ%20KREUZ.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 out. 2017.

LAZZARINI, Patrícia Daher. **A proteção da criança pelo exercício da guarda de menores e da visita**. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2009. Disponível em: <[www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16112011-162342/](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16112011-162342/)>. Acesso em: 11 mai. 2018.

LEAL, Luciana de Oliveira. **Liberdade da criança e do adolescente**: Aspectos constitucionais. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012 (Coleção Pensando o Direito no Século XXI Volume V). Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/99635/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina. O acesso à justiça e a quarta parede: a audiência do artigo 334 do CPC de 2015 como estratégia democrática? **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 1025-1047, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/462/pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

MACAGNAN, Naíma Nami Soresini; RUIZ, Ivan Aparecido. Reconciliação e conciliação no âmbito do direito de família. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 9, n. 1, p. 271-283, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/1025/752>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo. Debate o Novo Código civil: O Estatuto da Criança e do Adolescente no Novo Código Civil. Seminário realizado em 13 de setembro de 2002. Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: EMERJ. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/)>

edicoes/anais\_onovocodigocivil/anais\_especial\_2/Anais\_Parte\_II\_revistaemerj\_132.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2018.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINS, Anísio Garcia. **Direito do menor**. Comentário e notas. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1988.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família na constituição federal de 1988: Uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 119-130, jan./jun. 2008. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1232/1035>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka. Resolução dos conflitos através da mediação e acesso à justiça. **UNOPAR Científica, Ciências Jurídicas e Empresariais**, Londrina, v. 4, n. 1/2, p. 35-42, mar./set. 2003. Disponível em: <[pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/view/1374](http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/view/1374)>. Acesso em: 05 mai. 2018.

NETTO, Fernando Gama de Miranda; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo código de processo civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina, PELAJO, Samantha (Coords.) **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NOGUEIRA, Ione da Silva Cunha. O surgimento do sentimento de infância no Brasil e o cuidado com as crianças. **Revista Contrapontos**, Itajaí, v. 16, n. 3, set./dez., 2016. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rc/article/viewFile/8513/pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

OLIVEIRA, Denis Augusto de. **O direito à adoção pelo casal homossexual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração dos Direitos das Crianças**. Proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 1386 (XIV), de 20 de novembro de 1959. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 252-271, 2003. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_252.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_252.pdf)>. Acesso em: 06 jun. 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo código de processo civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina, PELAJO, Samantha (Org.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PINTO, Luiz Roberto Nogueira. **Arbitragem: A alternativa premente para descongestionar o Poder Judiciário**. São Paulo: Arte & Ciência. 2002. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=f0x16KNRz7oC&printsec=frontcover&dq=arbitragem&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEw-jLvNjXyvvZAhWBH5AKHZo6DU8Q6AEIKDAA#v=onepage&q=arbitragem&f=false>>. Acesso em: 23

mar. 2018.

PRIORE, Mary Del. **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 1999.

REZENDE, Renato Horta. Terceira onda e arbitragem: a arbitragem como expoente da autonomia privada e do acesso à justiça. **Revista Justiça do Direito**, v. 30, n. 1, p. 168-187, jan./abr. 2016. Disponível em: <[seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/5680](http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/5680)>. Acesso em: 20 mar. 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. **O princípio constitucional da efetividade da prestação jurisdicional nos litígios familiares e a mediação**. 2013. Disponível em: <<http://www.conradopaulinoadv.com.br/v2/wp-content/uploads/2013/05/Da-trama-ao-desenlace-ARTIGO-IBDFAM-13.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SANTOS, Ricardo Maria dos. As transformações do conceito de infância: Grande Esperanças de Charles Dickens. **Mediações – Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 10, n. 1, p. 9-24, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view-File/2124/1821>>. Acesso em: 22 out. 2017.

SILVA, Jailson de Souza e. A proteção da criança e do adolescente e o ECA: o desafio de ir além sem perder o já conquistado. In: SILVA, Fernando; GUIMARÃES, Beatriz (Org.). **Nas trilhas da proteção integral: 25 anos do estatuto da criança e do adolescente**. Recife: Instituto Brasileiro Pró-Cidadania, 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PAIVA, Caroline Zanetti. A utilização da mediação como forma de efetivação ao acesso à justiça e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista eletrônica do curso de Direito: UFSM**, Santa Maria, v. 11, n. 1, p. 180-197, mar./abr. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/20505>>. Acesso em: 04 mai. 2018.

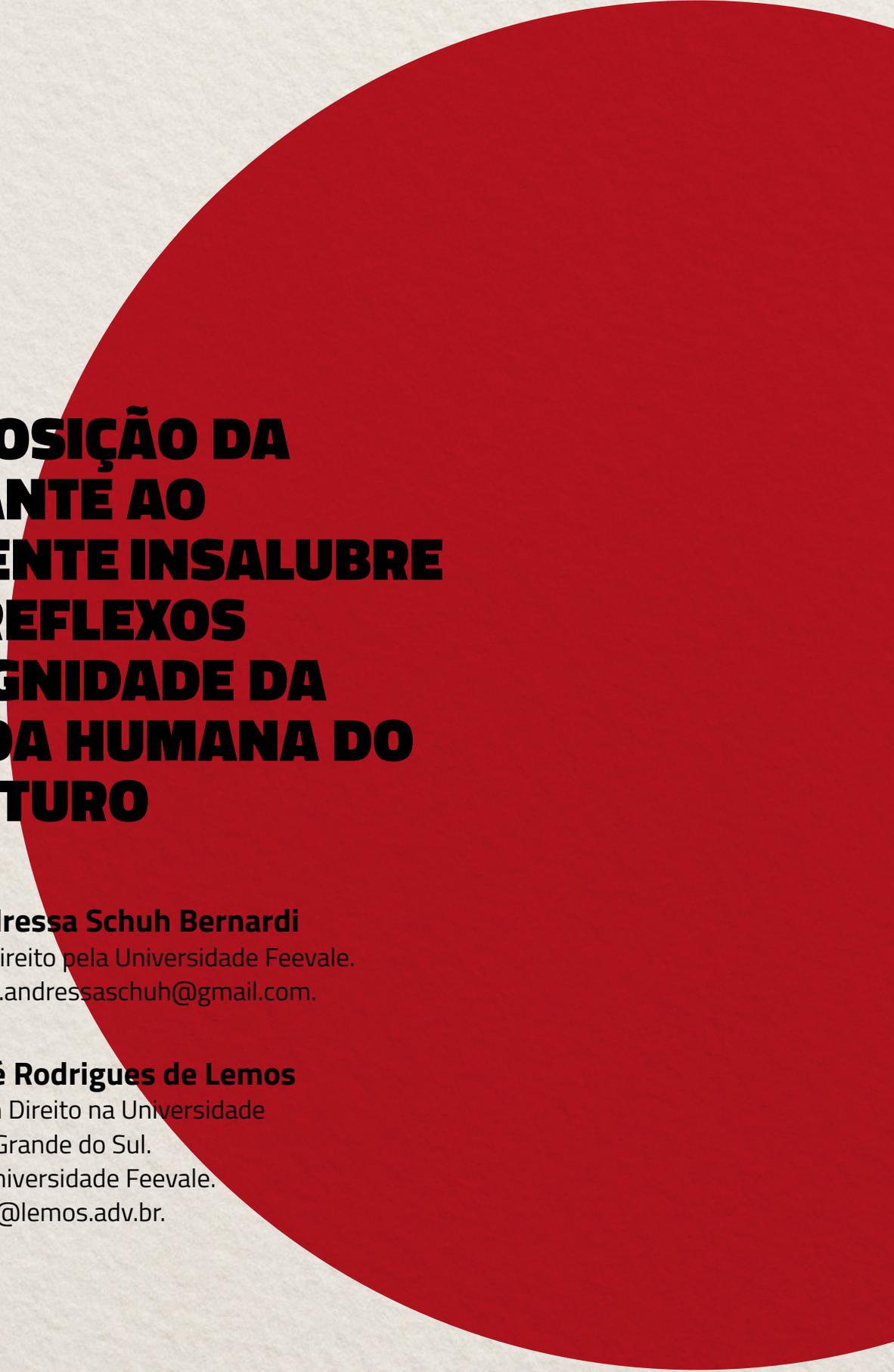
SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos: da teoria à prática**. 2. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STANGHERLIN, Camila Silveira. A conciliação no novo código de processo civil brasileiro: Perspectivas de um acesso à justiça qualitativo. **Revista Fonamec**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 1-404, mai. 2017. Disponível em: <<file:///C:/Users/D%C3%A9bora/OneDrive/Documentos/Feevale/v-fonamec.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Processo civil no direito de família: Teoria e prática**. 2. ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.



# **A EXPOSIÇÃO DA GESTANTE AO AMBIENTE INSALUBRE E OS REFLEXOS NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO NASCITURO**

**Bárbara Andressa Schuh Bernardi**

Graduada em Direito pela Universidade Feevale.

E-mail: [barbara.andressaschuh@gmail.com](mailto:barbara.andressaschuh@gmail.com).

**Fabício José Rodrigues de Lemos**

Doutorando em Direito na Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul.

Professor na Universidade Feevale.

E-mail: [fabricao@lemos.adv.br](mailto:fabricao@lemos.adv.br).

## 1 INTRODUÇÃO

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) sofreu forte alteração diante da promulgação da Lei 13.467/2017. Em assim sendo, o presente artigo abordará os reflexos na dignidade da pessoa humana do nascituro frente à exposição da gestante ao ambiente insalubre, diante da nova redação dada ao artigo 394-A, conforme proposta pela Lei 13.467/2017 para alteração da CLT. Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo tanto a reflexão no que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana, quanto a realização de estudo sobre as possíveis consequências que essa exposição poderá vir a causar à saúde do nascituro, quando este vier a ser exposto indiretamente aos agentes insalubres.

O presente artigo assumirá o nível exploratório e explicativo. Para tanto, buscará, inicialmente, em doutrina e revistas especializadas, informações sobre o assunto, para então conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana e os prejuízos à saúde do feto quando a gestante e a lactante forem expostas a um ambiente insalubre. Envolvendo, desse modo, levantamento doutrinário, tal exame busca demonstrar o equívoco do poder legislativo ao instituir normas que prejudiquem não somente a saúde física da gestante, como também a saúde do feto.

A pesquisa se propõe analisar, através do método histórico e dedutivo, especificamente, o conceito do princípio da dignidade da pessoa humana e os possíveis danos que podem vir acarretar à saúde do nascituro, diante da exposição aos agentes insalubres, através das consideráveis alterações promovidas pela Lei 13.467/2017.

O trabalho buscará situar o leitor acerca da necessidade de uma reflexão profunda acerca da nova redação dada pela Lei n. 13.467/2017 ao artigo 394-A da CLT, para que se verifique de que forma eventuais prejuízos estão sendo autorizados pela legislação trabalhista a um terceiro, alheio à relação trabalhista em análise, isto é, ao feto e/ou ao infante lactante. Nesse sentido, iniciando por uma necessária reflexão histórica acerca do princípio da dignidade humana, o artigo intentará definir o conceito, para que, ao final, se possa verificar com maior autoridade as hipóteses colocadas no artigo, quais sejam, a de que a presente legislação trabalhista, desconsiderando os interesses dos nascituros e/ou de lactantes, visa fornecer maior flexibilidade à relação trabalhista entre o empregador e a empregada gestante, mesmo às custas da saúde de indivíduos alheios à situação.

## 2 REFLEXÕES HISTÓRICAS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O artigo visa conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana de maneira histórico-filosófica até a sua inserção em tratados internacionais e sua inserção em constituições em estados democráticos. Após, abordará a sua inserção no texto da atual carta magna brasileira.

Através do iluminismo e da centralidade do homem, a dignidade passa a integrar a filosofia como fundamento de valor moral e autodeterminação de cada indivíduo. Durante o século XX, ganha *status* de objetivo político a ser buscado pelo Estado e pela sociedade; no entanto, após a Segunda Guerra Mundial, passa a integrar o mundo jurídico em razão do surgimento de um movimento pós-positivista, aproximando o Direito da filosofia moral e política. O segundo movimento incluiu a dignidade da pessoa humana em documentos internacionais e constituições de estados democráticos. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana tem previsão expressa na Constituição Federal Brasileira, e, seja devido à sua positivação expressa ou pela sua aceitação como mandamento jurídico, serve tanto como justificativa moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais (BARROSO, 2010).

A Constituição da República Federativa do Brasil disciplina, em seu artigo primeiro, a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, e, tendo em vista tratar-se de valor subjacente às regras do direito, em razão ao respeito ao ser humano, o direito positivo a protege. Vedam-se, portanto, atos que podem levar à violação destes preceitos. Diante da personalidade da pessoa humana, originam-se diversos outros bens tuteláveis, sendo a personalidade não um direito, mas, sim, um componente substancial de cada ser humano, ganhando destaque como direito à valorização da pessoa humana no valor mais substancial: o ser humano em sua essência (NASCIMENTO, 2010).

Ao analisar a dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet (2001a) entende não ser um aspecto específico da pessoa humana, mas, uma qualidade intrínseca de qualquer ser humano, que passou a ser entendido como um valor que o identifica como tal. Assim, em sendo dita particularidade intrínseca, irrenunciável e inalienável da pessoa humana, esta é incorporada como um elemento que qualifica o ser humano: não há possibilidade, portanto, que determinado indivíduo venha a ser titular de uma pretensão que lhe concederá a dignidade, posto que se trata de algo inerente à própria condição humana, sem que haja, contudo, a possibilidade de ser criada, concedida ou retirada, porquanto indissociável de cada ser humano (SARLET, 2001).

O princípio da dignidade da pessoa humana, albergado no pórtico do artigo 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), demonstra o compromisso assumido pela

República Federativa do Brasil com o valor mais caro do indivíduo, aquele que se apresenta na inviolabilidade da dignidade da pessoa humana em seu ser, na sua existência e na sua essência. Possui *status* basilar de todo o sistema jurídico brasileiro, elevando a tutela de proteção humana ao patamar máximo, impondo ao Estado e seus semelhantes um delimitador na inviolabilidade do atributo intrínseco do ser humano (ROCHA, 2009).

Do ponto de vista de Immanuel Kant (2007), o homem não é uma simples coisa, não sendo um objeto utilizado simplesmente como um meio. Pelo contrário, deve ser considerado em suas ações como um fim em si mesmo, ou seja, quando se utiliza daquele para satisfazer seus intuitos através de uma promessa, estar-se-ia valendo-se de tal como um meio, não como um fim. Desse modo, demonstra-se a violação aos direitos do homem, pois deixou-se de considerar este indivíduo como ser racional, que deve ser tratado como um fim em si mesmo.

Para Kant (2007), no reino dos fins, tudo terá um preço ou uma dignidade: em tendo um preço, determinada coisa poderá vir a ser substituída por outra equivalente. No entanto, quando uma coisa está acima de qualquer preço, não permitindo a substituição por outro equivalente, terá dignidade. Aquilo que deriva de uma certa satisfação e, não possuindo finalidade nas suas faculdades anímicas, terá um preço afetivo, porém, aquilo que pode ser um fim em si mesmo não tem meramente valor relativo, mas sim, valor íntimo denominado de dignidade (KANT, 2007).

Em suma, Ingo Sarlet (2001, p. 38-39) entende que, no relativo à proteção da dignidade da pessoa humana, “[...] percebe-se a existência de consenso no sentido de que a consideração e respeito pela pessoa como tal (inclusive antes mesmo do nascimento e independentemente de suas condições físicas e mentais)”. A ideia de que o princípio da humanidade e toda a natureza racional possui um fim em si mesmo, trazido por Kant (2007), reside no fato de sua universalidade, tendo em vista ser aplicável a todos os seres racionais e pelo fato de que a humanidade se representa não como um fim subjetivo, mas sim, como fim objetivo que constitui como lei a condição suprema que limita todos os fins subjetivos que podem decorrer da razão pura.

A proteção da dignidade percebe-se na existência de consenso no sentido de que a consideração e o respeito pela pessoa como tal, antes mesmo do nascimento e independentemente de suas condições físicas e mentais. Diante da premissa do caráter absoluto que a dignidade possui sendo a mesma inerente à essência do ser humano, resta inalienável, irrenunciável e intangível, impondo ao estado o dever de resguardar os direitos dos cidadãos, tendo resguardado na Carta Magna a inviolabilidade à dignidade da pessoa humana, tendo em vista não ser o homem uma simples coisa, mas sim, indivíduo de direitos, os quais devem ser respeitados.

Em assim sendo, tendo sido conceituada a dignidade da pessoa humana, verificar-se-á, na próxima seção do presente artigo, como a insalubridade, que, ao fim e ao cabo, visa proteger a dignidade da pessoa humana inerente à pessoa do trabalhador em geral, e, em especial, da trabalhadora gestante e/ou lactante, evoluiu historicamente no direito trabalhista brasileiro. A fundamentação histórica é importante para uma melhor compreensão da necessidade de proteção da trabalhadora gestante e/ou lactante, no sentido de ver sua própria dignidade da pessoa humana respeitada pela legislação trabalhista hodierna.

### **3 INSALUBRIDADE E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO**

O adicional de insalubridade foi incorporado à remuneração do obreiro, porquanto visa compensar aquele trabalhador que exerce suas funções laborativas em condições que venham a ser gravosas à sua saúde: o respectivo adicional, além de estar disciplinado na CLT, também se encontra expresso na Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXIII (BRASIL, 1988a).

O adicional de insalubridade passou a criar linhas de desenvolvimento a partir de movimentos liberados pela era Vargas em meados do ano de 1930, devido ao crescente desenvolvimento do Estado e, buscando o desenvolvimento industrial e modernização das relações trabalhistas, foi criado o Ministério do Trabalho e Comércio (MTIC). No ano de 1931, seguindo o MTIC, foi instituído o Departamento Nacional do Trabalho (DNT), que tinha o condão de visar maneiras de melhoria às condições de trabalho e à implementação de medidas de previdência social. Em 1934, criou-se uma inspetoria médica junto ao MTIC, a qual fiscalizava as empresas, com critérios estabelecidos pelos próprios inspetores, que selecionavam, dentre todos, os estabelecimentos que seriam fiscalizados (RODRIGUES, 2011).

A relação de atividades insalubres e seu limite, tolerância e grau respectivos estão previstos no Anexo da Norma Regulamentadora (NR) 15 da Portaria de n. 3.214/78 (BRASIL, 1978) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). O adicional deve ser pago mensalmente ao funcionário, juntamente com sua remuneração, tendo como base de cálculo o salário mínimo nacional em percentuais que podem variar de dez a quarenta por cento do salário mínimo nacional vigente. A insalubridade pode ser classificada em grau mínimo, médio e máximo, no entanto, em tendo a empresa adotado medidas a fim de elidir a presença de agentes insalubres, desaparece a obrigatoriedade do empregador em continuar realizando o pagamento do respectivo adicional (MARTINEZ, 2017).

Como é sabido, o adicional de insalubridade visa desestimular o empregador em expor seus funcionários a condições de trabalho prejudiciais à saúde. No entanto, não sendo possível a eliminação do agente prejudicial à saúde, se faz necessária adoção de medidas alternativas com a finalidade de elidir a exposição do trabalhador a agentes insalubres, como, por exemplo, a concessão de um maior período de descanso (CARDOSO, 2016).

Diante das considerações expostas, tem-se que o adicional de insalubridade deve ser pago de forma secundária, tendo em vista que o objetivo constitucional é a diminuição da exposição do empregado ao ambiente de trabalho prejudicial à sua saúde, sendo que o adicional de insalubridade seria apenas para compensar quando esses riscos não puderem ser elididos, os quais não devem ser pagos como indenização, mas sim, remunerar aquele trabalhador pela exposição às atividades degradantes a sua saúde.

O presente trabalho, uma vez conceituado o adicional de insalubridade, bem como no relativo a sua evolução histórica no direito trabalhista brasileiro, passará às alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017, também denominada Reforma Trabalhista.

## **2.1 AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.467/2017**

A Consolidação das Leis Trabalhistas sofreu grandes mudanças com a reforma promovida pela Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017a), especialmente no que concerne o objetivo do presente artigo, ressaltam-se grandes modificações quanto à exposição da gestante ao ambiente insalubre, em que se passou a autorizar a trabalhadora gestante e/ou lactante o exercício de suas atividades laborativas com exposição à insalubridade em grau mínimo e médio.

Cumprе salientar que, apenas um ano antes da Reforma Trabalhista, no ano de 2016, através da Lei 13.287/2016 (BRASIL, 2016a), houve a instituição de uma maior proteção à gestante: a lei referida acrescentou ao texto da CLT o artigo 394-A, o qual proibia a gestante ou lactante de laborar ou operar em locais insalubres.

O projeto de lei n. 814/2007 tinha como objetivo justamente o acréscimo do artigo 394-A à legislação trabalhista, tendo por fundamento evitar maiores prejuízos à trabalhadora gestante (BRASIL, 2007c)

A legislação trabalhista sofreu inúmeras modificações em seu texto, tendo em vista a introdução das alterações promovidas pela Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017a), que, dentre cerca de cem artigos, incisos e alíneas modificados, alterou consubstancialmente o artigo 394-A: em seu novo texto, não mais restringe o labor da gestante

em ambiente insalubre nos graus mínimo e médio. Quanto ao labor em atividade insalubre em grau máximo, indica que a gestante e/ou lactante deverá ser afastada do ambiente (MELO, 2017).

Ocorre, no entanto, que diferentemente do que foi defendido para aprovação da referida lei, em que se indicou, em síntese, não haver prejuízo à empregada gestante, não há adequação à realidade, tendo em vista que a atitude mais prudente a ser adotada seria criar uma norma que teria como objetivo justamente a eliminação da submissão a atividades insalubres. Todavia, o que se verifica no caso concreto é que a Reforma Trabalhista possibilitou a exposição da gestante e do feto a danos à saúde (SOUTO MAIOR, 2017).

No entanto, mesmo havendo adaptação ao trabalho e a atividade ainda vier a afetar a saúde da trabalhadora grávida e do feto, esta deverá desempenhar atividade laborativa compatível com sua condição pessoal. Incumbe-se ao empregador realocar essa funcionária a postos de trabalho isentos de riscos, condição esta que perdurará até o momento em que a saúde da trabalhadora permita seu reingresso à atividade anteriormente desenvolvida. Todavia, não havendo outra função em que possa ser desenvolvida pela trabalhadora junto à empresa ela deverá ser colocada em posição diferenciada do seu grupo ou categoria sem que isso venha a causar prejuízos à remuneração do cargo inicialmente desenvolvido na empresa, porém, não sendo possível ou necessária a mudança da trabalhadora, esta deverá ficar afastada, mediante licença remunerada, durante todo o período que seja necessário para proteger a saúde ou enquanto perdurar a incapacidade para o retorno às suas atividades laborativas anteriormente desenvolvidas (MEIRELES, 2017).

Diferentemente do texto de Lei 13.287/2016 (BRASIL, 2016a), que proibia o labor da funcionária gestante em ambiente insalubre, a nova redação dada pela Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017a) passou a permitir o labor em ambiente insalubre: apresentando, desse modo, claro retrocesso quanto às normas jurídicas protetivas à vida e à saúde, tanto do nascituro como da gestante, na medida em que há a inversão quanto à presunção absoluta de dano, afrontando indubitavelmente o texto constitucional. A saúde é um direito fundamental do cidadão brasileiro; por conseguinte, incumbe ao Estado o dever de inviolabilidade perante terceiros (NETO BETRAMELLI, 2017).

As alterações promovidas pela Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017a) vão contra diversas normas protetivas de Direito do Trabalho. Ditas modificações ferem não só normas infraconstitucionais como também a própria Constituição Federal Brasileira, já que autorizada a expor a empregada gestante a condições degradantes de saúde, assim como permite, no relativo ao nascituro, a exposição a condições que acarretam impactos significativos no seu desenvolvimento.

Nesse sentido, a Reforma Trabalhista fere, inclusive, normas protetivas de direito internacional, como é o caso de normativos promulgados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual possui normas de proteção à gestante e lactante devido seu estado puerperal: ditos regulamentos baseiam-se não somente em normas de direito internacional, como também na dignidade da pessoa humana, intrínseca de cada ser humano (BRASIL, 1934a).

Na próxima seção, o presente trabalho visará demonstrar de que maneira a exposição da gestante aos ambientes insalubres afeta sobremaneira o desenvolvimento do nascituro, buscando, também, demonstrar os efeitos de tal exposição à dignidade da pessoa humana do feito e/ou do infante lactante.

## **2.2 A EXPOSIÇÃO DA GESTANTE EM AMBIENTE INSALUBRE E OS REFLEXOS NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO NASCITURO**

A Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017a) alterou significativamente o artigo 394-A da CLT, tendo em vista que passou a permitir a exposição, tanto da gestante quanto do nascituro, a condições insalubres de trabalho. Deste modo, serão abordados, nesta seção, os efeitos causados especialmente à saúde e desenvolvimento do feto quando a empregada gestante é exposta aos agentes de riscos ocupacionais: verificar-se-á que ditas condições, afetando diretamente a dignidade da pessoa humana, causam desde a restrição ao crescimento até uma série de malformações congênicas.

Para Maria Helena Diniz (2014), depreende-se que o direito à vida é um bem jurídico fundamental que deve ser tutelado desde a sua concepção, devendo ser protegida como um todo, pois decorre de direito personalíssimo de cada ser humano.

O artigo 2º do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002b) dispõe que a “[...] personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida”, porém desde a concepção a lei resguarda direitos ao nascituro, incumbindo ao Estado e à sociedade o dever de zelar pelo desenvolvimento digno e sadio do feto. Dita proteção ocorre mediante a adoção de medidas concretas de proteção à maternidade, o que inclusive já vem sendo assegurado pela legislação brasileira. As normas que objetivam assegurar direitos às gestantes devem resguardar a essas mulheres a saúde, e conseqüentemente a saúde do feto, durante toda a gestação, garantindo condições de labor compatíveis com seu estado gestacional, permitindo um adequado desenvolvimento e acompanhamento da saúde e bem-estar da gestante e do seu filho, tanto na fase da gestação, como no parto e aleitamento (PEREIRA, 2017).

A Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988a) não estabeleceu restrições quanto ao labor feminino em ambiente insalubre, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988a) buscou consagrar a igualdade entre os direitos das mulheres e dos homens. Assim, quanto aos riscos ocupacionais, esses devem ser eliminados, reduzidos ou ainda distribuídos dentro do sistema de trabalho, em particularidade no relativo a cada sexo (BARROS, 2011).

Não obstante a isso e com o propósito de garantir saúde as novas gerações, a Lei n. 13.287/2016 (BRASIL, 2016a), aprovada em 11 de maio de 2016, acrescentou ao texto da Consolidação das Leis do Trabalho o artigo 394-A, ao afastar a funcionária gestante e lactante do labor em ambientes insalubres, tendo em vista que determinadas condições de trabalho podem prejudicar tanto a saúde da gestante como a do feto. Todavia, mediante a aprovação da Lei n. 13.467/2017, de 13 de julho de 2017 (BRASIL, 2017a), também conhecida como Reforma Trabalhista, passou-se a permitir que gestantes e lactantes desenvolvam suas atividades laborativas em ambiente insalubre, apesar de comprovado cientificamente que o labor insalubre não é somente prejudicial à gestante e à lactante, como também ao feto e infantes em fase de amamentação (MELO, 2017).

O trabalho insalubre é caracterizado quando o empregado está exposto a agentes prejudiciais a sua saúde, conforme previsão nas Normas Regulamentadoras (NRs) (BRASIL, 1978a), das quais depreende-se que o Ministério do Trabalho é o órgão competente para aprovar o quadro de atividades e operações insalubres, normas sobre sua caracterização, limites de tolerância, agentes agressores, meios de proteção e, ainda, tempo máximo em que o empregado pode ficar exposto a esses agentes, competindo-lhe, ainda, aprovar normas de regulamentação quanto à exposição aos agentes considerados perigosos (SUSSEKIND, 1999).

A Norma Regulamentadora (NR 15) prevista na Portaria 3.214/1978 (BRASIL, 1988a) considera como atividades insalubres aquelas atividades que são desenvolvidas acima dos limites de tolerância previstos em seus quatorze anexos. Ali, a NR 15 relaciona os respectivos agentes insalubres, da seguinte maneira: Anexo 1: limites de tolerância para ruído contínuo ou intermitente; Anexo 2: limites de tolerância para ruídos de impacto; Anexo 3: limites de tolerância para exposição ao calor; Anexo 4: revogado; Anexo 5: radiações ionizantes; Anexo 6: trabalho sob condições hiperbáricas; Anexo 7: radiações não-ionizantes; Anexo 8: vibrações; Anexo 9: frio; Anexo 10: umidade; Anexo 11: agentes químicos cuja insalubridade é caracterizada por limite de tolerância e inspeção no local de trabalho; Anexo 12: limites de tolerância para poeiras minerais; Anexo 13: agentes químicos; Anexo 13 A: benzeno; e por fim, Anexo 14: agentes biológicos.

O Anexo 1 da NR 15 (BRASIL, 1978a) estabelece os limites de tolerância para a exposição ao ruído, os quais devem ser auferidos por decibéis, sendo que a exposição a 85 decibéis (dB) somente é permitida em jornada de trabalho com limite máximo de oito horas; caso a exposição ao ruído ultrapasse o limite previsto, o tempo limite à exposição também será alterado, ou incumbirá ao empregador pagar o respectivo adicional ao empregado. O pagamento pode ser suspenso caso sejam fornecidos equipamentos de proteção individual (EPI) eficazes, a fim de elidir os riscos que venham a afetar a capacidade auditiva do funcionário (PEREIRA, 2017).

Verifica-se, entretanto, que os efeitos da exposição ao ruído não são somente prejudiciais à saúde da empregada gestante, pois também afetam diretamente o sistema auditivo do nascituro, quando a empregada gestante estiver submetida a condições insalubres de trabalho – cumpre salientar que os equipamentos de proteção individual não elidem os prejuízos ao feto (VERRI, 1999).

O anexo 3 da NR 15 (BRASIL, 1978a) trata sobre os limites de tolerância ao calor, os quais são avaliados mediante “índice de bulbo úmido termômetro de globo” (IBUTG), em que as medições variam de leve, moderada a pesada. A exposição varia de acordo com o tempo em que o empregado permanece exposto ao calor. Segundo o Anexo 3 da NR 15, o trabalho desenvolvido no calor é classificado através de três medições, sendo a primeira classificada como leve, caracterizada pelo trabalho sentado com movimentos moderados com braço e tronco ou braços e pernas, e também aquele em que a atividade desenvolvida é em pé, máquina ou bancada, principalmente com os braços (BRASIL, 1978a).

Dentre outros efeitos, a exposição da gestante ao calor ou em situações de hipertermia causam inúmeros danos à saúde do nascituro, dentre os quais estresse fetal, restrição de crescimento intrauterino e prematuridade do feto (LIMA, 2005).

Ao seu turno, o Anexo 5 da NR 15 trata sobre a exposição dos trabalhadores que desenvolvem suas atividades laborativas com exposição a radiações ionizantes, porém, o respectivo anexo reporta às instruções contidas na Norma 3.01 da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), que trata sobre Diretrizes Básicas de Radioproteção da Resolução CNEN n. 12/88 (BRASIL, 1978a).

A exposição às radiações ionizantes tem capacidade de modificar características físico-químicas das moléculas de um determinado tecido biológico, sendo que no feto os efeitos da exposição às radiações ionizantes se dividem em quatro categorias: (a) óbito intrauterino; (b) malformações; (c) distúrbios do crescimento e desenvolvimento; (d) efeitos mutagênicos e carcinogênicos. Cumpre ressaltar que os efeitos da exposição dependem da dose de radiação ionizante a que está exposto o feto, além da idade gestacional. A pequena exposição à radiação pode vir a causar

dano celular transitório, suscetível de ser reparado pelo próprio organismo, porém, a exposição a altas doses de radiação ionizantes pode impedir o desenvolvimento fetal, provocando a morte ou, ainda, malformações congênitas (D'IPPOLITO, 2005).

Os efeitos da radiação ionizante na gestação podem ser divididos em teratogênicos e carcinogênicos, sendo que os efeitos teratogênicos dependem das semanas em que se encontra a gestação e o grau de exposição à radiação, já os efeitos carcinogênicos podem ocorrer durante todo o período gestacional desde que o embrião seja exposto à radiação. Nas duas primeiras semanas de gestação, ocorre a implantação do blastocisto no útero, período que representa tal vulnerabilidade embrionária que, caso exposta a radiações superiores a 0,1Gy (10 rad), poderá resultar em aborto espontâneo. Em índices acima de 0,5 Gy, a probabilidade de que ocorra um aborto é muito elevada (CRUZ, 2013).

Segundo estudos, o embrião é mais frágil nas duas primeiras semanas de gestação aos efeitos da radiação ionizante, ou seja, se durante esse período o embrião for submetido a radiações ionizantes permanecerá sem alteração, retardando seu crescimento. Quando a exposição à radiação ionizante for superior a 10 rad (100mGy), o feto poderá ser reabsorvido ou abortado. Entre a terceira e décima quinta semana de gestação (fase em que ocorre a organogênese), a lesão ao embrião pode decorrer da "morte celular induzida pela radiação, distúrbio na migração e proliferação celular". Durante esse período, o sistema nervoso central está em formação, oportunidade em que podem ocorrer graves anomalias ao feto, como a hidrocefalia e microcefalia (D'IPPOLITO, 2005, p. 447-450).

O embrião, quando exposto a valores superiores de 0,35 Gy a 0,5 Gy, incorre na probabilidade de um atraso mental elevado, sendo que, quando essa exposição é acrescida de 1 Gy acima de 0,1 Gy, ocorre a diminuição de vinte e cinco a trinta pontos no quociente de inteligência (QI) de uma criança. Na quinta fase da suscetibilidade da gestação, a qual ocorre entre o período da décima quinta semana de gestação até o final, o índice de exposição à radiação deve ser de 0,5 Gy a 0,7 Gy para que desenvolva problemas na saúde do embrião, porém, caso essa exposição ocorra, acarretará ao embrião restrição no crescimento, redução do quociente de inteligência, atraso mental e malformações (CRUZ, 2013).

As atividades desenvolvidas na exposição a agentes químicos em geral, previstos nos Anexos 11, 13 e 13-A da NR 15 são atividades desenvolvidas com produtos químicos, nas quais a exposição da gestante a esses agentes insalubres causam reflexos na saúde do feto, acarretando malformações congênitas (BRASIL, 1978a).

O monóxido de carbono, quando inalado, é absorvido pelos pulmões, vindo a percorrer a corrente sanguínea, substituindo o oxigênio que interage com a hemoglobi-

na e reduzindo a capacidade do sangue em transportar oxigênio. Quando o monóxido de carbono entra em contato com a placenta, este contato pode fazer com que o oxigênio não seja fornecido ao feto. Em outro exemplo, a exposição dos trabalhadores ao agente químico chumbo pode ocorrer em diversas atividades, o que caracteriza adicional de insalubridade em grau máximo; no entanto, em caso de contato deste elemento com uma trabalhadora gestante, pode vir a causar modificações no seu comportamento no feto, dado que seu sistema nervoso é extremamente sensível à exposição ao chumbo (CORREIA, 2004).

O Anexo 13-A da NR 15 regulamenta a exposição ocupacional ao benzeno, tendo em vista que o produto é altamente cancerígeno, aplicando o anexo a todas as empresas que produzem, transportam, armazenam, utilizam ou manipulam benzeno em substâncias que contêm em suas composições um por cento ou mais deste elemento. No Brasil, o Ministério da Saúde, através do seu portal na *internet*, já vem alertando quanto à exposição ao benzeno, tendo em vista tratar-se de produto químico altamente cancerígeno (BRASIL, 1978a).

O anexo 14 da NR 15 regula as atividades em que o trabalhador está exposto a agentes biológicos. O adicional de insalubridade que envolva agentes biológicos se caracteriza pela avaliação qualitativa, que podem variar entre o grau médio a máximo, o qual será pago de acordo com a atividade desenvolvida pela trabalhadora e de acordo com o grau de risco a que estiver exposta (BRASIL, 1978a).

O adicional de insalubridade em grau máximo previsto no anexo 14 da NR 15 qualifica o trabalho ou a operação permanente com lixo urbano; esgoto; pacientes em isolamento por doença contagiosa; sangue; glândula; víscera, dentre outros, insalubre em grau máximo. Os perigos biológicos a que estão expostas as gestantes se caracterizam pela presença de agentes infecciosos que podem vir a causar danos ao feto, como comprometer seu desenvolvimento, alto risco de aborto espontâneo ou mortalidade infantil. Caso este contato ocorra no estágio inicial da gestação, uma eventual infecção pode vir a causar febre alta na gestante e tal fato refletirá na saúde do feto, aumentando os riscos de malformações (CORREIA, 2004).

Verificou-se, em breves linhas, portanto, que a Reforma Trabalhista, ao dar uma nova interpretação ao artigo 394-A da CLT, expôs significativamente a gestante a condições prejudiciais a sua saúde e à saúde do nascituro, podendo causar consequências irreversíveis a este terceiro alheio à relação de emprego. Ditos riscos, indo de encontro às normas de direito Constitucional, bem como em relação às normas de proteção do direito do trabalho, desrespeitam a preservação à saúde do trabalhador e das novas gerações. A saúde do trabalhador é um direito social, fundamental, que

engloba diversos órgãos da saúde, com o fim específico de preservação aos direitos dos trabalhadores.

Assim, incumbe ao Estado, além de criar políticas públicas de preservação da saúde dos trabalhadores, fazer com que os empregadores adotem medidas acautelatórias, a fim de eliminar a exposição das trabalhadoras gestantes e/ou lactantes ao ambiente e condições insalubres, sob pena de o princípio da dignidade da pessoa humana restar prejudicado.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito à saúde é um direito fundamental de todo e qualquer cidadão, não podendo ser definido apenas como um conceito abstrato ou indeterminado. Estes princípios devem ser compreendidos como um direito fundamental, o qual, através de ações básicas afixadas na Constituição Federal brasileira, tanto como direito social, como através de efetivas ações ordenadamente organizadas, deve ser efetivamente protegido.

Nesse mesmo passo, o princípio da dignidade da pessoa humana atrai todos os direitos inerentes ao ser humano, sendo que respeitar esse princípio é a tônica das relações trabalhistas. No entanto, ainda que a exposição do obreiro ao respectivo agente insalubre ou perigoso em determinadas atividades possa ser inevitável, deve-se observar que os respectivos adicionais, antes de serem fixados, devem observar medidas a fim de elidir a exposição do obreiro a atividades perigosas à sua saúde. No caso de empregadas gestantes ou lactantes, dita proteção deve ser potencializada pelo Estado.

Conforme se viu no decorrer do artigo, as atividades insalubres são aquelas em que o trabalhador exerce suas atividades em condições prejudiciais à sua própria saúde. No entanto, o respectivo adicional visa servir de contraprestação ao trabalhador que vier a sofrer lesões de agentes físicos ou químicos, ou ainda, vier a ficar exposto a níveis acima do limite de tolerância estabelecido pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

A Reforma Trabalhista vai de encontro às normas protetivas de direito, de tal sorte que, além de expor a gestante a condições degradantes à saúde, também acabou por expor o nascituro aos riscos inerentes à atividade insalubre desenvolvida pela gestante, causando verdadeira afronta, tanto a dispositivos constitucionais como a normas de direito internacional e ainda aos princípios do direito laboral, em especial, o princípio protetivo.

O direito à vida é algo que deve ser preservado desde a concepção, pois é um direito personalíssimo de cada indivíduo. Embora a legislação civil resguarde o direito à personalidade somente com o nascimento com vida, a lei, muito antes do nascimen-

to, já resguarda direitos ao nascituro, os quais são invioláveis devido à obrigação do Estado de garantir a inviolabilidade do direito à dignidade da pessoa humana.

Conforme demonstrado no presente artigo, resta cientificamente comprovado que a exposição da gestante à insalubridade não somente causa danos à saúde da mãe como também ao bebê. A Reforma Trabalhista vai de encontro aos princípios basilares de Direito, pois o Estado, ao invés de proteger a nova vida que está em formação, a expõe ao risco, violando totalmente o princípio da proteção laboral e a dignidade da pessoa humana do nascituro.

Como se notou na exposição feita no presente artigo, é indubitável que a exposição da gestante em ambiente insalubre acarreta desde a malformação no feto até aborto espontâneo. Assim, como se sabe, o ser humano possui valores que são intrínsecos à qualidade de sua própria humanidade, e, ainda que seja permitido o labor feminino em ambiente insalubre, o estado gravídico da mulher necessita maior atenção e, conseqüentemente, deve resultar em seu imediato afastamento das atividades que impliquem riscos à sua própria saúde e à saúde e ao pleno desenvolvimento do feto.

O feto é um terceiro alheio à relação do contrato de trabalho, não podendo recair sobre este as conseqüências que essa exposição possa vir acarretar, sob pena de forçar sua inserção às conseqüências malélicas de uma parca proteção ao mercado de trabalho antes mesmo de seu nascimento. Assim, não cabe ao nascituro suportar os reflexos dessa exposição, pois existem normas que resguardam o seu direito em ter seu desenvolvimento hígido e sua saúde preservada: o feto, desde a sua concepção, é sujeito de direitos, os quais devem ser tutelados e protegidos pelo Estado.

Dessa forma, cumpre salientar que a pesquisa atingiu a sua finalidade, pois visava demonstrar, de forma coesa e pertinente, os danos que o nascituro pode vir a sofrer quando exposto a agentes prejudiciais à saúde da gestante. Entretanto, é importante ressaltar, de igual modo, que não se buscou o esgotamento da pesquisa, até mesmo porque a Reforma Trabalhista vem sendo amplamente discutida, o que ainda pode vir a causar alterações na lei.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/52440>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

BRANDÃO, Carlos Gomes. **Processo e Tutela Específica do Direito à Saúde**. 2006. 152 f. Trabalho

apresentado como requisito parcial para a conclusão (curso de especialização lato sensu em Direito Civil e Processo Civil) - Universidade Cândido Mendes, do Rio de Janeiro, sob a Coordenação Administrativa da ATAME Mato Grosso, Cuiabá, 2006.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria 3.214, de 08 de junho de 1978**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/333673.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Medida Provisória 808, de 14 de novembro de 2017**. Alterada a Consolidação das Leis do Trabalho CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Projeto de Lei n. 814 de 2007**. Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres.. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y8oqnx64>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARDOSO, Gerson Alves. **A possibilidade de acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade**. 2016. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2016, p. 90-91. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y82xyabr>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

CORREIA, Joana. **Manual de Segurança, Higiene e Saúde no Trabalho para Grávidas, Puérperas e Lactantes**. 2004. 31 f. Disponível em: <<http://www.flcar.unesp.br/Home/Instituicao/Administracao/CIPA/gravidas-manual.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

CRUZ, Gonçalo Pereira Rodrigues da. **Radiação na Gravidez**: Abordagem da Mulher Grávida Exposta a Radiação Ionizante. 2013. f.33. Dissertação (artigo de revisão bibliográfica mestrado integrado em medicina) - Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Souza. Porto, Portugal, p. 15-16. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y842dld6f>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Os Princípios na Estrutura do Direito. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 75, jul./set. 2009, p. 17-33. Disponível em: <<https://tinyurl.com/ycgz2lvb>>. Acesso em: 28 set. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

D'IPPOLITO, Giuseppe; MEDEIROS, Regina Bitelli. Exames Radiológicos na Gestação. **Radiol Bras**, São Paulo, v. 38, n. 6, 447-450, nov./dez. 2005. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y9xq9mm3>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. Os Direitos Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 20, n. 38 p. 227-239, dez. 2013, p. 230. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yaa6vo82>>. Acesso em: 26 set. 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

LIMA, Fernanda Rodrigues Lima; OLIVEIRA, Natália. Gravidez e Exercício. **Revista Brasileira de Reumatologia**, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 188-190, mai./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/rbr/v45n3/v45n3a19.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto Martins. **Fundamentos de Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

MEDIDA Provisória que altera reforma trabalhista perde validade nesta segunda-feira. **Senado Notícias**, abr. 2018. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yapsgezck>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

MEIRELES, Edilton. Proteção à saúde e deveres do empregador. **Revista de Direito do Trabalho**, v.182, out. 2017, p. 93-108. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/124431>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

MELO, Raimundo Simão de. Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, v. 6. n. 61, jul./ago. 2017, p. 180-181. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y7g8qe7l>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

MOURÃO, Natália Lemos. O excesso da tutela estatal e a proteção do trabalho da mulher gestante. **Revista de Direito do Trabalho 2017**, São Paulo, v. 181, a. 43, set. 2017, p. 99-116. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y988967k>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NETO BETRAMELLI, Silvio. A Reforma Trabalhista e o retrocesso na proteção jurídica da saúde e segurança no trabalho: notas críticas sobre jornada e outros dispositivos alusivos ao meio ambiente laboral. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 51, jul./dez. 2017, p. 183-202. Disponível em: <<https://tinyurl.com/ycmw7t5o>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

Organização Internacional do Trabalho. **Proteção da maternidade**. 14 out. 2018. Disponível em: <[https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/nota\\_4.pdf](https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/nota_4.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2018.

PEREIRA, Maria da Conceição Maia. **Visão Crítica ao Artigo 394-A da CLT: Proibição do Trabalho da Gestante ou lactante em ambiente insalubre**. 2017. 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade FUMEC. Belo Horizonte MG, 2017, p. 19. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/5521/2787>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

REVISTA Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, v. 75, jul./set. 2009, p. 17-33. Disponível em: <<https://tinyurl.com/ygz2lvb>>. Acesso em: 28 set. 2017.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes da. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2017.

RODRIGUES, Eduardo Martinho. **Estudos de processos judiciais de insalubridade**. 2011. 240 f.

Dissertação(Mestrado em Ciências Médicas) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 2011, p. 39-40. Disponível em: <<http://saudepublica.bvs.br/pesquisa/resource/pt/lil-617586>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

SANTOS, José Aparecido dos. Reforma trabalhista e a proteção à saúde do trabalhador. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 7. n. 64, dez. 2017. jan 2018, p. 53/64. Disponível em: <<https://tinyurl.com/ybonndlg>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

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

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, v. 6, n. 61, jun./ago. 2017, p. 57-92. Disponível em: <<https://tinyurl.com/y93t5jt5>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 18. ed. atual. São Paulo: LTR, 1999, v. 2.

VERRI, Giovana. **A gestante exposta ao ruído**: efeitos auditivos para o feto. 1999. 35 f. Monografia de (Especialização em Audiologia Clínica) - Centro de especialização em fonoaudiologia clínica CE-FAC. Porto Alegre, RS, 1999, p. 5. Disponível em: <<https://slidex.tips/download/a-gestante-exposta-ao-ruído-efeitos-auditivos-para-o-feto>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

# **DO OCASO DA CONDENAÇÃO AOS LIMITES DA EXECUÇÃO: DA (IM)POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE TÉCNICAS COERCITIVAS PARA A EFETIVAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA**

## **Natália Schaefer**

Pós-Graduada em Direito Imobiliário pelo  
Centro Universitário Ritter dos Reis.  
Bacharel em Direito pela Universidade Feevale.  
E-mail: nataliaschaefer@hotmail.com.

## **Igor Raatz**

Pós-doutor em Direito pela  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos.  
Professor na Universidade Feevale.  
E-mail: igor@raatzanchieta.com.br.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, novos temas e discussões vieram à tona. Dentre estes temas, merece destaque o artigo 139, inciso IV, que, ao ampliar os “poderes do juiz”, trouxe a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas, indutivas e mandamentais, a fim de buscar maior efetividade às decisões, inclusive àquelas que condenam ao pagamento de prestação pecuniária. O problema da (in)efetividade da tutela condenatória tem sido uma constante nas reformas legislativas processuais desde 2005. No entanto, a despeito das diversas modernizações sofridas pelo procedimento executivo, continua-se referido ao caso da condenação, o qual decorre muito mais dos chamados limites políticos da execução que da ausência de mecanismos procedimentais capazes de dar efetiva tutela ao direito material.

Esta questão gerou maiores discussões a partir de julgados em que magistrados, com base no referido dispositivo legal, aplicaram medidas no sentido de apreender passaportes, suspender cartões de crédito e Carteiras Nacionais de Habilitação dos devedores como forma de buscar efetividade e a realização da pretensão do credor. Trata-se de uma perspectiva que, sob o pretexto de prestigiar a efetividade da tutela jurisdicional, confere excessivos poderes ao juiz, o que, sem dúvida, coloca em risco os direitos fundamentais processuais inerentes ao *devido processo legal*.

Além disso, verifica-se na aplicação prática das medidas coercitivas às obrigações pecuniárias um viés sancionatório sobre a própria pessoa do executado, e não sobre o seu patrimônio, o que, em tese, afrontaria dispositivo do próprio CPC que, em seu artigo 790, traz a questão da responsabilidade patrimonial, dispondo que “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”. Por sinal, cabe lembrar que os limites políticos da execução, ao lado da questão da inexistência de bens do devedor, também “exprimem-se no interior da responsabilidade patrimonial” (ASSIS, 2015, p. 936) por meio de regras que retiram da esfera da atividade executiva determinados bens integrantes do patrimônio do devedor, a fim de evitar que a execução termine por levá-lo a uma situação incompatível com a dignidade humana<sup>1</sup>.

No presente ensaio, será realizada uma análise crítica a respeito da aplicação do art. 139, IV, do Código de Processo Civil, tendo como pressuposto o binômio poder-garantia, que marca a linha divisória entre jurisdição e processo. Nessa perspectiva, tem-se como hipótese de trabalho que a utilização de medidas coercitivas para o cumprimento de sentenças condenatórias com base na previsão extremamente

<sup>1</sup> É antiga a lição no sentido de que “a execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana” (COSTA, 1959, p. 55).

genérica do art. 139, IV, do CPC, (a) representa uma indevida transformação das sentenças condenatórias em mandamentais; (b) é ilegítima na medida em que fundamentada em argumentos morais; e (c) faz do processo um mero instrumento servil à jurisdição, colocando em risco, portanto, os direitos fundamentais processuais que compõem o devido processo legal. O objetivo da pesquisa é esclarecer a função de garantia do processo e, ao mesmo tempo, oferecer uma crítica à aplicação equivocada por partes de juízes e tribunais no sentido de se valer do art. 139, IV, do CPC, para fins de imposição de medidas coercitivas no âmbito das obrigações pecuniárias.

## **2 A JURISDIÇÃO COMO PODER-DEVER DO ESTADO VOCACIONADO À APLICAÇÃO DO DIREITO E À TUTELA DO DIREITO MATERIAL: DA SUPERAÇÃO DA NOÇÃO DE JURISDIÇÃO COMO DECLARAÇÃO À NECESSIDADE DO ESTABELECIMENTO DE LIMITES AO PODER JURISDICIONAL**

É lugar comum a equivocada ideia de que o processo é instrumento do direito material. Caso isso fosse verdade, muito pouco restaria à função jurisdicional. Não fosse isso, o discurso da tutela do direito material pelo processo obnubila a verdadeira função do processo, qual seja, de garantia contrajurisdicional. Tais questões são cruciais para que se possa realizar uma crítica do *modus* de aplicação do art. 139, IV, do Código de Processo Civil. Por isso, no presente tópico, será feita uma breve análise acerca da função da jurisdição.

O Estado, no exercício pleno de sua soberania, exerce três funções como forma de manifestação de seu poder: a legislativa, a administrativa e a jurisdicional. Interessa ao presente estudo apenas a última função, exercida pelo Poder Judiciário. Quanto a sua importância, refere Alexandre Freitas Câmara (2012, p. 67) que “a jurisdição ocupa posição central na estrutura do Direito Processual, sendo certo que todos os demais institutos da ciência processual orbitam em torno daquela função estatal”.

O conceito etimológico da palavra “jurisdição” provém do latim *jurisdictio*, que significa dizer o direito (BERMUDES, 2002, p. 19). Para o direito romano, a concepção de jurisdição cinge-se a partir do contraste dos conceitos de *jurisdictio* e *imperium*. Enquanto a *jurisdictio*<sup>2</sup> dizia respeito a um ato de inteligência do *iudex* (BAPTISTA DA SILVA, 2007), apenas ela, como forma de declaração, era considerada jurisdicional

<sup>2</sup> A *jurisdictio* era função exercida apenas pelo *iudex*, que era um juiz privado indicado pelo pretor para solucionar os litígios e prolatar a sentença, “dizendo o direito” aplicável ao caso concreto. PIMENTEL, Alexandre Freire. Análise Histórica da Teoria Quinária e a alteração da preponderância eficaz-condenatória ante a superveniência do sincretismo processual (COSTA; MOURÃO; NOGUEIRA, 2010, p. 21).

(OLIVEIRA; FAZOLI, 2007), diferentemente do conceito de *imperium*,<sup>3</sup> ato emanado exclusivamente pelo pretor, caracterizando verdadeiras ordens, que não eram equiparadas à função jurisdicional, exclusivamente exercida pelo *iudex*. Para Ovídio Baptista da Silva (2007, p. 27) “a ordem não era um conteúdo do ato jurisdicional, mas quando muito seu efeito”. No que tange à função do juiz (*iudex*), assevera que este apenas pronunciava as palavras da lei, não tendo por função emitir ordens às partes.

O direito moderno, com base no direito romano, por muitos anos restringiu a função jurisdicional à afirmação e atuação da vontade existente na lei, como forma de substituição das atividades inerentes ao Estado (CHIOVENDA, 2002, p. 8). No entanto, a ciência processual moderna procurou solapar do magistrado os poderes de *imperium*, que eram próprios do pretor romano, reservando aos juízes somente as atividades próprias do *iudex* (RAATZ, 2018).

Com efeito, não é mais possível imaginar que a função jurisdicional esteja limitada à mera “aplicação mecânica da lei”, como se estivéssemos a retomar a etimologia da palavra *jurisdictio*, que significa *dizer o direito*. Há muito, a figura do “juiz boca da lei” foi superada pelos avanços ocorridos no campo da filosofia e da teoria do direito. Toda atividade de aplicação também pressupõe interpretação dos textos normativos, os quais somente adquirem sentido diante dos casos concretos que são chamados a resolver. Não há, portanto, um sentido colado ao texto a ser revelado pelo juiz. Interpretação é produção de sentido, e não mera reprodução (GADAMER, 2015, p. 432). O exemplo antes narrado, do art. 196 da Constituição Federal, ilustra bem isso, pois, embora constitucionalmente consagrado o direito à saúde, são comuns controvérsias judiciais a respeito dos seus limites, como é o caso das discussões travadas a respeito do direito ao custeio de tratamentos experimentais e à concessão de medicamentos de valor vultuoso. Ademais, a aplicação do direito, presente no conceito de jurisdição, deve ser compreendida não somente no sentido de uma atuação que ocorre no plano normativo. Isso quer dizer que a função jurisdicional não se limita ao reconhecimento do direito no caso concreto (atividade meramente declaratória), mas abarca todas as atividades necessárias para a sua tutela no plano prático, como ocorre com o exercício dos, assim denominados, poderes de *imperium* conferidos ao órgão jurisdicional (GUILLÉN, 1992), consubstanciados na emissão de ordens

<sup>3</sup> Os atos de *imperium* eram emanados exclusivamente pelo pretor, seja na etapa *in iure* do processo romano, etapa na qual eram tecidas as premissas do processo de conhecimento para, depois, enviá-las ao *iudex*, seja após o proferimento da sentença, na fase de execução. Ou ainda, através de ordens de caráter mandamental ou executivo, como os interditos, visando a satisfação do direito pleiteado. Tal satisfação não era objeto do procedimento de função do *iudex*, posto que a função desse dizia respeito apenas ao processo de conhecimento.

judiciais, multas, busca e apreensão e outros atos executivos porventura necessários para assegurar ou realizar o direito (SILVA, 2008).

Tem-se, por um lado, que função jurisdicional deve ser prestada pelo Estado em razão da necessidade de serem conferidos mecanismos adequados para que os direitos consagrados às pessoas sejam efetivamente tutelados. Desse modo, dizer que a jurisdição é expressão do poder estatal não conduz inevitavelmente à conclusão de que ela deva ser pensada para o próprio Estado. Pelo contrário, a função jurisdicional deve ser encarada como expressão de um direito fundamental de proteção assegurado a todos que se encontrarem diante de lesão ou ameaça a direitos e, portanto, na linha do que foi dito anteriormente, como um serviço que o Estado deve assegurar para satisfazer a demanda por justiça formulada pelos cidadãos (CIPRIANI, 2006, p. 18).

Por outro lado, a contingência ontológica do direito é ser *aprioristicamente indeterminada* (o que não se deve confundir com *relativa*). A indeterminação do direito se dá tanto pela inexorável relação entre universal e particular que se dá entre os textos normativos e o caso concreto, quando pelo caráter indeterminado que é inerente à linguagem, na qual são construídos os textos normativos. O direito *criado* pela função “legislativa” está sempre fadado à vagueza e à ambiguidade, que são propriedades da própria linguagem. Além disso, o caso concreto sempre apresenta uma infinidade de possibilidades a revelar a porosidade dos textos normativos, a sua *textura aberta* (RAATZ; DIETRICH; MORBACH, 2018).

Tudo isso revela o quanto de *poder* em que os órgãos jurisdicionais estão investidos. Daí a necessidade de que o processo seja visualizado na perspectiva das garantias do indivíduo contra o poder do Estado.

Assim, coibir discricionariedades nas decisões judiciais é afirmar o Estado Democrático de Direito, em virtude da “superação dos autoritarismos/totalitarismos surgidos no século XX” (STRECK, 2015, p. 52), importando na inversão dos arbítrios do Estado diante da democracia. Pode-se somar a isso, as diferenças e, principalmente, a autonomia do direito diante da moral, que significa dizer que apesar de a moral regular “o comportamento interno das pessoas” e influenciar na criação das normas, “não tem força jurídico-normativa” (STRECK, 2015, p. 58.), diferentemente do direito. Tal autonomia importa na vedação de arbítrios inclusive ao legislador, porquanto encontra limitações na Constituição.

Sob esse enfoque, ainda, o processo deve ser pensado para as partes, e não como um instrumento à disposição do Estado-juiz. Afinal, como bem adverte Girolamo Monteleone, “construir o processo em função do juiz e/ou do Estado, e não do cidadão que pede justiça, é como construir um hospital não para curar os doentes, mas, sim, em função do médico e de seus interesses pessoais”. Trata-se, portanto,

de superar o modelo publicista e, quiçá, autoritário de processo em favor de uma concepção de processo como garantia (AROCA, 2009, p. 165).

### **3 O PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO DE GARANTIA: A TUTELA DA LIBERDADE INDIVIDUAL FRENTE AO PODER JURISDICIONAL**

Em razão da organização do Estado e a conseqüente imposição de normas a que devem seguir igualmente os cidadãos, surge a proibição à autotutela e, por consequência, atribui-se ao Estado o dever de prestar tutela jurisdicional, como poder-dever (BAPTISTA DA SILVA; GOMES, 2006), através do processo.

Na busca conceitual pela natureza jurídica do processo, várias foram as tentativas de demonstrá-la. Dentre as principais teorias, estão a corrente contratualista, a teoria do processo como quase-contrato, a teoria da relação jurídica, a do processo como situação jurídica, a do procedimento em contraditório e a visão atual: processo como instituição de garantia. Para Couture (1999, p. 89), é sempre necessário o estudo da natureza jurídica do processo, seja por motivos científicos, seja "por uma questão de conhecimento do sistema legal vigente".

Em vista disso, ganha espaço a teoria garantista do processo, que o compreende não como um instrumento à serviço do poder, mas como uma garantia do jurisdicionado frente aos arbítrios, decisionismos, do Estado-juiz, dada sua posição constitucional como instituição de garantia. Para tanto, pode-se citar, como forma atual de se visualizar o processo, dentre outras, a participação das partes, fundada no exercício do contraditório, como forma de reprimir as conseqüências que as decisões jurídicas poderão impor às partes. Isso ocorrerá na medida em que haja um procedimento legitimando tal participação (COSTA, 2018).

Assim, pode-se dizer que a função jurisdicional encontra limitação no procedimento descrito em lei, ao mesmo tempo em que está especificada por este. Desse modo, conforme Eduardo José da Fonseca Costa (2018), "o juiz não cria marcos regulatórios, mas garante às partes os marcos já fixados em lei", concluindo que "não é ele um agente propriamente regulador, mas garantidor". O direito fundamental ao processo, previsto no rol constitucional das garantias fundamentais, vem acompanhado de duas expressões: *devido* e *legal*. A expressão *devido* refere-se ao conteúdo garantístico que colore o processo. Não se trata de um processo qualquer, mas de um processo formado a partir de uma pauta mínima de direitos fundamentais (de garantias contrajurisdicionais). A expressão *legal* deixa muito claro que a corporificação procedimental do devido processo é tarefa do legislador, e não do juiz. Com

efeito, “dispensar ou restringir qualquer dessas garantias [...] não é simplesmente deformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais” (PASSOS, 1999, p. 69-70). Por isso, de acordo com Eduardo José da Fonseca Costa (2018), o devido processo legal “é o próprio processo como garantia de liberdade em si”, face aos arbítrios do julgador.

Assim, a teoria garantista visa resguardar o processo diante da defesa do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, bem como da imparcialidade do julgador, visando a decisão jurisdicional que contemple tais garantias constitucionais. Conquanto a Constituição estabelece o exercício do poder jurisdicional, igualmente prescreve garantias aos jurisdicionados em face deste poder que outorga, visando, em miúdos, “evitar, tanto quanto possível, que o Direito seja *criado* pela autoridade estatal fora dos padrões *garantistas* estabelecidos na Constituição” (RAMOS, 2013, p. 217-227). Eduardo José da Fonseca Costa (2018) denomina tais garantias como um contra-poder do jurisdicionado voltado a limitar os arbítrios do Estado-juiz, como uma manifestação da garantia de liberdade individual, tendo em vista que o jurisdicionado deixa de ser visto apenas como mero destinatário de direitos, fazendo parte da relação jurídica, uma vez que dele emerge a função jurisdicional e para ele deve ser exercida. Mais do que isso, a corrente garantista denuncia a conhecida “publicização” do processo, “na qual se defende que o processo se reveste de interesse público, pois a todos interessa a concretização da justiça” (PEÑA, 2014, p. 32), voltando-se para assegurar a concretização de direitos e garantias de modo individual, tendo em vista que a publicização do processo teria o condão de suprimir a vontade das partes subordinando-as à figura do juiz.

Ainda, preza a teoria que o juiz está adstrito à garantia constitucional da legalidade. Isso significa dizer que está subordinado ao texto da lei, não podendo exercer função criadora (exclusivamente legislativa). Insta esclarecer, por oportuno, que a proibição da atividade criativa encontra, ainda, respaldo no fato de que além de estar vinculado à lei, ainda o está quanto aos pedidos formulados pelas partes, bem como por seus fundamentos jurídicos. Assim, caso o juiz utilize-se de atividade criativa para ir além de tais preceitos, estará exercendo atividade antijurisdicional (COSTA, 2018).

O garantismo, em suma, nada mais é do que um “modo de procesar e juzgar conforme constitución” (BENABENTOS; DELLEPIANE, p. 405-418, 2015), ou, nas palavras de Costa (2018), “uma teoria dogmático-constitucional do devido processo legal”, forma doutrinária e filosófica que tem se demonstrado benéfica “para el pensamiento científico y para el progreso epistémico de la rama procesal” (BENABEN-

TOS; DELLEPIANE, p. 405-418, 2015), em que pese ainda ser uma dogmática pouco explorada dentre os processualistas.

Para os garantistas, que colocam o processo à frente da Teoria Geral, o processo deve ser visto como uma instituição de garantia, isto é, está “a serviço dos jurisdicionados, não é instrumento do poder jurisdicional. Enquanto a função da jurisdição é aplicar imparcialmente o direito, a do processo é garantir que essa aplicação se faça sem desvios e excessos” (DELFINO, 2017, p. 207-222). Além disso, o processo é instituição de garantia do valor liberdade dos jurisdicionados, porquanto está previsto no Capítulo I, Título II, que trata dos direitos fundamentais de primeira geração, aplicando-os em face dos arbítrios do Estado-juiz, conforme visto. Frise-se que instituição é sinônimo de entidade, “cuja preservação estrutural e cujo bom funcionamento são indispensáveis à identidade e à própria existência de uma determinada sociedade e ao bem-estar de seus cidadãos” (COSTA, 2018).

Compreender as vezes do processo é impossível, pois, sem compreender, anteriormente, a constitucionalística do processo. Isso explica o fato de o ativismo ser amplamente criticado pelos garantistas: o ativismo abstrai a visão constitucional dentre o processo (COSTA, 2016).

Em que pese a jurisdição estar a serviço da realização do direito material, o juiz, no exercício da função jurisdicional, deve o fazer de modo imparcial, porquanto a função do processo é assegurar que tal realização se dê de modo a contemplar as garantias constitucionalmente previstas (DELFINO, 2017, p. 207-222), na medida em que o processo não está a serviço do poder, mas dos jurisdicionados, ganhando, assim, nova roupagem o conceito de processo, devendo ser visto como instituição de garantia (COSTA, 2016).

## **4 DO OCASO DA CONDENAÇÃO AOS LIMITES DA EXECUÇÃO: DA (IM)POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE TÉCNICAS COERCITIVAS PARA A EFETIVAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA**

### **4.1. DA DISTINÇÃO ENTRE SENTENÇAS EXECUTIVAS, MANDAMENTAIS E CONDENATÓRIAS**

Antes de enfrentar o tema, necessário realizar um panorama de distinção entre as sentenças condenatória, mandamental e executiva a partir dos conceitos de Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva, uma vez que ficarão evidentes as divergências entre as sentenças condenatória e mandamental no que tange à adoção

de meios executivos indiretos para a efetivação da sentença de prestar obrigação pecuniária (ANCHIETA; RAATZ, 2018, p. 153-181).

As sentenças eram classificadas, a partir de Adolph Wach, quanto a sua eficácia, em três modalidades e, assim, conhecidas quanto a sua classificação ternária: sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias. Ocorre que Pontes de Miranda, analisando a classificação ternária, concluiu que tal classificação era insuficiente, propondo uma classificação quinária, acrescentando mais duas espécies de sentença: as mandamentais e as executivas (MACEDO; RIBEIRO, 2014, p. 13-36).

Focando-se diretamente no estudo das sentenças condenatórias, mandamentais e executivas, buscando uma melhor diferenciação, tem-se nas sentenças condenatórias uma grande proximidade com as sentenças declaratórias, uma vez que o direito primeiramente é declarado, para depois serem aplicadas as sanções que dela sobrevierem, dada a sua força executiva. Tal conceito é atribuído à Liebmann e foi objeto de diversas críticas. Para Ovídio A. Baptista da Silva, a sentença que condena em prestação pecuniária apenas reconhece o direito do autor a tal pretensão, sendo que esta apenas será efetivada a partir de um ato voluntário do réu, ou com a instauração da fase executiva, recaindo sobre o patrimônio do devedor (ANCHIETA; RAATZ, 2018, p. 153-181).

A sentença condenatória, no entanto, diferencia-se da sentença executiva *lato sensu* na medida em que os bens do réu, dentre a sentença condenatória, permanecem intactos e sequer compõem a relação jurídica ali existente, apenas irão compor a relação jurídica a partir da fase executiva, diferentemente da sentença executiva, em que os bens do devedor integram a relação jurídica desde a sentença, momento em que “é apreciada e decidida pela sentença, para declarar a ilegalidade do respectivo vínculo existente entre o demandado e a coisa sobre que recairá a execução” (ANCHIETA; RAATZ, 2018, p. 153-181). Ademais, a sentença condenatória está apta a formar título executivo, autorizando “ao vencedor da demanda executar o vencido” (ASSIS, 2016, p. 120). Nesse sentido, a sentença condenatória não está apta a fornecer o bem da vida ao credor, necessitando ou do cumprimento voluntário do devedor, ou que o próprio credor requeira a execução do crédito. Isso porque a sentença condenatória é insuficiente a ensejar a satisfação do crédito, na medida em que “originará outra pretensão, a pretensão a executar, propícia à efetivação do ‘programa’ condenatório” (ASSIS, 2016, p. 120).

Quanto à sentença mandamental, caracteriza uma ordem dada pelo juiz destinada ao cumprimento da obrigação e, “por conter inequivocamente uma ordem, tem como consequência de seu descumprimento a prática de infração penal” (MALACHINI, 2005, p. 15-60). Na sentença mandamental, “o juiz realiza o que somente ele,

como representante do Estado, em virtude de sua estatalidade, pode realizar” (ANCHIETA; RAATZ, 2018, p. 153-181), sendo que “o mandamento terá o condão de agir sobre a vontade do demandado, sem que seja possível ao juiz substituir a atuação da parte” (ANCHIETA; RAATZ, 2018, p. 153-181). Ainda, a sentença mandamental enseja “a direta imposição de ordem acompanhada de meios coercitivos, meios de pressão psicológica – que incidem não só sobre o patrimônio, como também, eventualmente, sobre a própria pessoa do devedor” (TALAMINI, 2001, p. 53).

As duas modalidades de sentença, mandamental e executiva, diferenciam-se da sentença condenatória tendo em vista que esta não estabelece qualquer ordem, sendo que apenas estabelece um juízo de reprovação, sem o condão de, quando houver descumprimento, sujeitar-se a sanções civis e penais (OLIVEIRA, p. 9-22, 2003).

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2003, p. 9-22), estabelecer que a sentença mandamental cumpre o mesmo papel da sentença condenatória não é possível, tendo em vista que diferem já na própria sentença, a partir de dois verbos distintos, cujas consequências jurídicas igualmente demandam destinos diversos: “o mandamento atua sobre a vontade do demandado, por meios de coerção, a condenação tende a atuar sobre o patrimônio [...] mediante meios sub-rogatórios”, sendo estes os meios pelos quais “o juiz substitui-se à pessoa do devedor realizando, em seu lugar, a prestação devida” (GUERRA, 2003, p. 37). De outra banda, é certo que a sentença mandamental possui maior caráter efetivo quanto à prestação da tutela jurisdicional, uma vez que assim o exige a natureza da obrigação, não sendo possível sua entrega por meio de sentença condenatória.

Tal caráter que dispõe maior efetividade ao meio de entrega da prestação jurisdicional tem trazido à baila a discussão acerca da “mandamentalização” da condenação, uma vez que a inclusão da ordem dentre a sentença condenatória valorizaria a atividade jurisdicional na medida em que o julgador, além de condenar, também ordenaria ao devedor o pagamento da dívida, contribuindo para a satisfação da pretensão do credor (LUNELLI; MARIN, 2011, p. 423-437).

Isso explica a mudança significativa dentre o Código de Processo Civil de 2015 que, através do artigo 139, inciso IV, permite ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Tal mudança permite ao juiz a adoção de medidas atípicas para efetivação da sentença condenatória. Ocorre que a utilização de tal artigo pelos julgadores tem aberto um leque para adoção de medidas de caráter indutivo consubstanciadas na apreensão de passaportes, suspensão de carteira de motorista e de cartões de crédito, em que pese “não se encontram evidências de que o legislador

pretendesse, conscientemente, produzir uma revolução a partir de uma locução tão elementar” (VITORELLI, 2018, p. 273-310).

Ressalte-se que “os meios coercitivos são aqueles com os quais o órgão jurisdicional pressiona a vontade do devedor, através da ameaça de sanções agraváveis, de modo a induzi-lo a realizar, ele mesmo, a prestação devida” (GUERRA, 2003, p. 37). Levando-se em conta que a sentença mandamental age diretamente sobre a vontade do réu, indaga-se “em que medida seria possível uma transposição dos meios de coerção próprios a atuar sobre a vontade do réu para o âmbito da condenação?” (ANCHIETA; RAATZ, 2018, p. 153-181). Não estaríamos diante de problemas de discricionariedade consubstanciada na ideia de que juízes interpretam da forma que desejam o texto literal do inciso IV, do artigo 139?

## **4.2. DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 139, INCISO IV, A SENTENÇAS CONDENATÓRIAS**

No que tange às reformas processuais especificamente quanto à efetividade da execução, tem-se que a Lei 8.952/1994 modificou o caput do artigo 461 do CPC/1973, igualmente incluindo os parágrafos 4º e 5º, concedendo ao juiz poderes para fins de estabelecer medidas necessárias para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. Ainda, “a Lei 10.444/2002 incluiu o artigo 461-A do CPC/1973, a fim de conferir ao juiz poderes-deveres para conceder as medidas necessárias para o cumprimento específico das obrigações de entrega de coisa” (ARAÚJO, 2017, p. 123-138). Em que pesem as mudanças dentre o CPC/1973, o procedimento envolvendo as prestações pecuniárias restou inalterado dentre o referido código, incumbindo ao novo código a mudança, a qual se faz diante da inserção do artigo 139, IV ao CPC/2015.

As medidas de cunho coercitivo expressamente previstas no dispositivo supra informado visam induzir o executado a cumprir, ele mesmo, a obrigação prevista, sob pena de sofrer as consequências que a sanção coercitiva lhe trará. É, portanto, um meio de coagir o devedor, psicologicamente, a cumprir a obrigação que lhe é imposta (RODRIGUES, 2016, p. 38-39). Traduz-se, ainda, em uma cláusula geral de cunho executivo. Isto é, em “uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado” (DIDIER JR., 2015, p. 51). Nesse sentido, “há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógico normativa” (DIDIER JR., 2015, p. 51). A cláusula geral, por tal característica, autoriza o poder de criação do julgador, permitindo que este interfira de forma mais ativa na construção do direito do caso concreto.

Dessa forma, o fato de que os julgadores têm deferido medidas atípicas para o cumprimento da condenação, consubstanciadas na suspensão do direito de dirigir, no cancelamento de cartões de crédito e na apreensão de passaportes, fins de induzi-lo, pessoalmente, ao cumprimento da obrigação, tem se apresentando como forma de invenção dos mesmos (ANCHIETA; RAATZ, 2018, p. 153-181), “levando a uma distorção do verdadeiro sentido do ordenamento jurídico” (CORDEIRO; GOUVEIA, 2018, p. 349-376).

Conforme demonstrou-se ao longo do trabalho, o processo deve estar à serviço dos jurisdicionados, não do Estado-juiz, como defendem algumas correntes, e, por isso, a adoção de medidas atípicas, em que pese o caráter subsidiário, demonstra-se imprópria, principalmente para fins de efetivação da sentença condenatória, na medida em que, apesar de o poder de *imperium* do julgador ser aceito dentre a atividade jurisdicional, não há como confundir sentença condenatória e mandamental, posto que ambas denotam premissas distintas, conforme exposição supra, na medida em que o processo “não tem o condão de modificar a natureza das pretensões de direito material porventura reconhecidas como existentes. Logo, o órgão julgador não está autorizado a transformar pretensões condenatórias em mandamentais” (ANCHIETA; RAATZ, 2018, p. 153-181).

Ademais, é de conhecimento dos operadores do direito a existência da responsabilidade patrimonial dentre os limites da execução por quantia certa. Isso significa que o devedor responderá com seu patrimônio diante das “providências executivas que busquem a satisfação da prestação” (SCALABRIN; COSTA; CUNHA, 2015, p. 64) salvo os casos de impenhorabilidades, expressos em lei (artigo 833, CPC/15). Importa dizer, diante disso, que não se pode “mandamentalizar” a condenação, tendo em vista que a medida executiva adequada, diante do último caso, implica somente na adoção de medidas de cunho patrimonial, não as que atinjam a pessoa do executado (ANCHIETA; RAATZ, 2018, p. 153-181). Ademais, em que pese o dever de satisfação da pretensão do credor, o juiz deve resguardar direitos e garantias fundamentais do executado, como a dignidade da pessoa humana. Assim, deverá realizar os atos atinentes à função executiva de modo que “tais atos realizem-se de modo menos prejudicial possível ao devedor” (MEDINA, 2002, p. 305-306).

Destarte, diante da necessária limitação do poder de invenção do juiz que, a despeito de dar efetividade às condenações, utiliza-se de medidas atípicas baseando-se nas “possibilidades semânticas compreendidas na expressão ‘medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial’” (QUINTAS, 2017), cabe, portanto, realizar uma análise acerca das medidas pretendidas diante das demais normas garantidoras, principal-

mente à luz da Constituição, na medida em que o poder de *imperium* outorgado ao juiz deverá ser exercido de forma limitada (QUINTAS, 2017).

Ademais, a adoção de medida atípica que poderia interferir em algum direito fundamental do executado, como em seu trabalho, como no caso do taxista que é impedido de dirigir por ter sua CNH suspensa, por determinação judicial, não se mostra adequada para a assunção dos fins da medida executiva: o cumprimento da obrigação. Isso porque, ao ser impedido de realizar seu trabalho, sequer terá condições de realizar tal adimplemento (ARAÚJO, 2017, p. 123-138).

Assim, não se mostra adequado pensar que o juiz poderá se utilizar de qualquer medida que se mostre mais efetiva em detrimento de outras simplesmente porque há alguém devendo, mormente porque tal medida, eventualmente, poderá ultrapassar os limites constitucionais de garantias individuais, infringindo-os. Além do mais, não pode ser aceito no Estado Democrático de Direito que não haja limitação dentre a atividade jurisdicional, mas sim, uma liberdade do juiz ao julgar, dando a ele “carta branca” para fins de determinar as medidas adequadas ao caso concreto (STRECK, 2016). Destarte, o fato de ser elevada à norma constitucional (artigo 93, inciso IX) a questão da necessidade de fundamentação das decisões impede que se abra espaço para decisionismos e decisões arbitrárias, a despeito de se atribuir efetividade às decisões (RODRIGUES; ALCÂNTARA, 2018, p. 113-131).

Defendendo a ideia de limitação do protagonismo judicial que poderá desenvolver-se com o advento do artigo 139, IV, Lênio Streck (2016) refere que, com a possibilidade dos negócios jurídicos processuais poderá relativizar-se tal figura, na medida em que os atos processuais serão discutidos e decididos de forma participativa, possibilitando uma maior efetividade à tutela jurisdicional sem dar azo à ativismos. Nesse contexto, combinando os pontos de vista, poderá buscar-se pela medida que melhor se adeque ao caso concreto, evitando-se técnicas que poderão revelar-se ineficazes e, até mesmo, desproporcionais.

O Partido dos Trabalhadores ingressou, recentemente, com Ação Direta de Inconstitucionalidade (BRASIL, 2018) para fins de ver declarada, parcialmente, a inconstitucionalidade do referido artigo, na medida em que sua interpretação desmedida poderá afrontar direitos fundamentais do executado. A peça inicial, em síntese, refere ser indispensável que as interpretações que afrontem a Constituição Federal sejam rechaçadas, na medida em que sua aplicação dentre as obrigações de pagar quantia não se mostram razoáveis na medida em que afrontam direitos fundamentais que somente poderiam ser relativizados diante da afronta, do lado oposto, de outro direito fundamental, como no caso do dever de prestar alimentos. Assim, pauta-se pela limitação da interpretação do artigo na medida em que os direitos fun-

damentais e a garantia do devido processo legal não poderão ser sacrificados em detrimento da efetividade de um processo de natureza estritamente patrimonial. A peça requer a concessão de medida liminar para fins de que seja determinada a limitação de interpretações cujo conteúdo afronte a Constituição Federal, tais como a determinação de apreensão de passaporte e suspensão da carteira de habilitação do executado, sem o comedimento do seu texto, sob pena de danos de grave monta à ordem pública, ao não concedê-la.

Diante do exposto, necessária uma análise comedida do referido dispositivo, porquanto o que não se pode permitir, ao final, é que se introduza dentre o ordenamento jurídico a figura de um juiz que, a despeito de ver satisfeita a tutela pretendida, se utilize de meios que redundem na transgressão de direitos fundamentais e que, portanto, não “se coaduna com o modelo democrático e constitucional de processo, no qual se exige um acentuado grau de autonomia do Direito e respeito ao dever de fundamentação, o qual ultrapassa a ideia de um mero dever de justificação” (ANCHIETA; RAATZ, 2018, p. 153-181).

### **4.3 DOS RISCOS IMPOSTOS À AUTONOMIA DO DIREITO PELA UTILIZAÇÃO DE ARGUMENTOS MORAIS NA FUNDAMENTAÇÃO DA APLICAÇÃO DO ART. 139, IV, DO CPC, ÀS OBRIGAÇÕES PÉCUNIÁRIAS**

Para muitos, a aplicação do artigo 139, IV, do CPC, é um símbolo da busca da efetividade e da instrumentalidade do processo (leia-se, do processo como instrumento da jurisdição). Essa postura judicial esconde um forte componente ideológico a respeito do processo e da jurisdição, e tem suas bases no modelo social e hiperpublicista do final do século XIX e início do século XX, engendrado por autores como Bülow, Chiovenda e, principalmente, Klein, pai da legislação processual austríaca que entrou em vigor em 1898. A concepção de Franz Klein era marcada por ideais que até hoje se fazem presentes no imaginário processual brasileiro. Ele defendia a noção de *escopos do processo civil* austríaco, considerava o processo uma instituição de bem-estar social voltada à satisfação dos valores sociais mais elevados e via no juiz a figura central do processo; era o juiz, para ele, uma espécie de “timoneiro do Estado” (SPRUNG, 1980, p. 147), o qual deveria ser munido de amplos poderes de direção material com vistas a garantir celeridade e para suprir as insuficiências dos advogados, promovendo a igualdade para os menos favorecidos (OLIVEIRA, 2003).

O belo discurso de um modelo processual inovador, capaz de superar as insuficiências do processo liberal e promover a justiça social, constante no projeto de Klein, estava longe de significar uma fratura com a tradição austríaca anterior (TARELLO,

1989, p. 135) (que desconhecia o modelo liberal de processo e estava impregnada de poderes diretivos conferidos ao juiz), baseada no regulamento judiciário austríaco de Giuseppe II, um símbolo, ao lado do *Allgemeine Gerichtsordnung*, prussiano de 1793, das legislações processuais do *despotismo iluminado* – nos quais, sob a bandeira de combater a lentidão e a procrastinação, conferia-se ao juiz amplos poderes de investigação e instrução no “comum interesse das partes” (MANCINI; PISANELLI; SCIALOJA, 1855-1863, p. 29). Na verdade, como bem observou Franco Cipriani (1995), o modelo processual de Klein pode ser taxado de *anti-liberal, autoritário (por extirpar direitos processuais das partes e conferir poderes discricionários ao juiz) e moralista*, na medida em que concebia o processo como um *mal social*.

Essa última característica do modelo processual austríaco – muito bem destacada por Cripriani e, entre nós brasileiros, por Glauco Gumerato Ramos – é o que mais nos interessa para compreendermos o “estado da arte” da jurisdição e da doutrina brasileira defensora de uma leitura do art. 139, IV, do CPC, que se mostra superadora dos limites políticos da execução. Com base no referido dispositivo, tem-se introduzido no âmbito judicial brasileiro um discurso moralizador da seguinte espécie: “se o executado não tem como pagar a dívida, também não tem recursos para manter um veículo, para viajar ou manter um cartão de crédito”.<sup>4</sup>

Consagra-se, com isso, a figura do juiz arauto da moral, uma espécie de “juiz justiceiro” (COSTA, 2015), que não encontra limite algum para satisfazer sua sanha por “justiça” e pela efetividade da tutela jurisdicional – mesmo que isso custe solapar direitos fundamentais processuais. Por detrás desse discurso moralizador, coloca-se em xeque, contudo, a própria autonomia do Direito, na medida em que os limites da função executiva passam a ser facilmente superados com argumentos morais, consagrando-se, com isso, uma visão funcionalizada do Direito (e do processo), em que sua intencionalidade jurídico-problemática é deixada de lado em favor de critérios e discursos econômicos, políticos e, em sentido *lato*, morais.<sup>5</sup>

Ora, se as regras processuais que versam sobre a impenhorabilidade de bens e sobre a prática de atos fraudulentos na execução são muito “brandas”, é necessário que sejam revistas no plano legislativo ou, quando muito, afastada a sua aplicação pela via do controle de constitucionalidade. Apostar numa espécie de atipicidade dos

<sup>4</sup> Nesse sentido, como exemplo, a decisão da juíza Andrea Ferraz Musa, no processo n.º 4001386-13.2013.8.26.0011, que tramita na Comarca de São Paulo, noticiada em diversos sites jurídicos brasileiros. A respeito, ver: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI245189,101048-Passaporte+e+apreendido+para+forçar+homem+a+quitar+divida>>.

<sup>5</sup> Como bem destaca Streck, “no âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo, o Direito assume um elevado grau de autonomia, no interior do qual Direito e moral são cooriginários. Conseqüentemente, a moral, a política e a economia não podem determinar a correção da aplicação do Direito. Isto é, esses elementos ‘predadores’ passam a estar institucionalizados no Direito. Por isso se está diante de um novo paradigma” (STRECK, 2017, p. 39).

meios executivos guiada por discursos judiciais moralizadores representa uma nítida violação ao devido processo legal, pois, no caso, haveria um *indevido processo judicial*. Nesse quadro desolador, a autonomia do Direito e o devido processo legal vêm sendo substituídos por um juiz arauto da moral, frente ao qual não existem limites. É o prenúncio do fim dos limites políticos da execução e, quiçá, dos próprios limites do órgão jurisdicional. Essa é somente uma consequência, dentre tantas, de um pensamento sustentado por uma visão do processo como um “instrumento” servil à função jurisdicional. Somente o resgate do sentido constitucional do processo como garantia contrajurisdicional (COSTA, 2018), aliado a uma boa dose de teoria do Direito que abranja temas essenciais, como a questão do decisionismo judicial, poderá nos salvar desse cenário que se anuncia.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esgueirando-se de premissas tecidas desde o direito romano, no qual a função jurisdicional era voltada apenas para a aplicação da lei ao caso concreto, excetuada a atividade executiva, por não ser dotada de jurisdição, em detrimento do Estado Democrático de Direito pós Constituição de 1988, a jurisdição tem se voltado para a realização do direito material.

Ademais, o juiz passa a interpretar a norma à luz do caso concreto, tendo em vista que já não é mais considerado o juiz “boca da Lei”, apenas declarando a norma. Isso, no entanto, não importa no exercício de função criativa quando da interpretação da norma, uma vez que o ordenamento jurídico veda o exercício arbitrário e os decisionismos por parte do julgador, que deve atuar de forma imparcial e, igualmente, fundamentar suas decisões.

Destarte, visando a garantia da satisfação do direito concedido à parte é que ganha espaço a ideia de efetividade, diante das novas premissas traçadas dentre o processo, mesmo porque não basta a existência de uma decisão favorável à parte enquanto não houver a sua satisfação. Em que pese a ideia de efetividade, esta encontra freios diante de direitos conferidos às partes e que devem, necessariamente, ser observados, tais como as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Apesar disso, dar efetividade às decisões não é sinônimo de flexibilidade procedimental, tendo em vista que, por vezes, a quantidade compromete a qualidade, principalmente no que tange às decisões. A flexibilidade dos procedimentos, ainda, é vedada frente ao dever da segurança outorgado pelo ordenamento jurídico.

O processo, nesse sentido, deve ser entendido não como um instrumento a serviço do juiz, mas como uma garantia dos jurisdicionados contra os excessos, contra

os desvios de finalidade e contra a verdadeira redução dos procedimentos sem observar as garantias constitucionais das partes, porquanto o processo deve ser visto como uma instituição de garantia dos jurisdicionados, considerando sua posição constitucional.

De outra banda, no que tange ao enfrentamento do tema principal do presente artigo, todo o panorama supra descrito foi imprescindível para as conclusões finais do estudo, tendo em vista que resta evidente que o artigo 139, inciso IV do CPC, ao ampliar os poderes do juiz, inclusive, diante de obrigações pecuniárias, abre espaço para poderes que devem ser contidos: a atividade inventiva. É o problema da utilização abusiva de cláusulas gerais, que permitem que o juiz se utilize de qualquer meio coercitivo, indutivo e mandamental que mais lhe convier, na medida em que o artigo não é mais específico quanto a estes meios.

Assim, diante de um processo voltado a conter os arbítrios e excessos do magistrado à frente da função jurisdicional, não seria razoável abrir portas para isso. A função jurisdicional nunca poderá equivaler à função jurislative, na medida em que a primeira, diferentemente da segunda, é exercida de modo imparcial.

Ademais, diante do conceito de sentença condenatória e o fato de que a mesma não pode ser confundida com a sentença mandamental, os meios executivos ajustados para cada espécie de sentença são diversos, e deverão ser observados. Nesse sentido, levando-se em conta a sentença condenatória, a execução da decisão deverá recair, sempre, sobre os bens do executado, sob pena de infringir o princípio da responsabilidade patrimonial, quando adotado procedimento diverso deste.

Conforme se buscou demonstrar, não é dever do magistrado, com base em argumentos morais, se arvoar sobre o direito procedimental, desprezando, desse modo, direitos e garantias fundamentais do executado, impossibilitando-o, por exemplo, de exercer seu direito de ir e vir, no caso da apreensão de passaporte, ou infringindo o princípio da dignidade da pessoa humana ao cancelar cartão de crédito do executado quando, por exemplo, este o utiliza para manutenção própria e de sua família. Isso porque o meio executivo adequado à realização da prestação pecuniária é aquele sob o qual a lei dispõe e sobre o qual se procurou estudar: o sub-rogatório, nunca o meio de coerção, que visa atingir a pessoa do executado, não seus bens.

## REFERÊNCIAS

ANCHIETA, Natasha; RAATZ, Igor. Da capacidade de invenção dos juristas brasileiros e o fenômeno da transformação das ações condenatórias em mandamentais: ou o que Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva diriam a respeito das leituras (equivocadas) do art. 139, IV, do Código de Processo Civil brasileiro. *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil*. v. 2. **Revista de Processo**, v. 276, fev. 2018. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000163319551bc2f4f03c4&docguid=I90b-3d350031911e89b19010000000000&hitguid=I90b3d350031911e89b19010000000000&spos=23&epos=23&td=220&context=20&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

ARAÚJO, Luciano Viana. A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa. **Revista de Processo**, v. 270, ago. 2017. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001633aa4db-0685fdc4db&docguid=I419fee8066ba11e7b8f6010000000000&hitguid=I419fee8066ba11e-7b8f6010000000000&spos=4&epos=4&td=1229&context=30&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritária. In: AROCA, Juan Montero (Org.). **Processo civil e ideologia**. 2 ed. Lima: Editorial San Marcos, 2009.

ASSIS, Araken de. **Manual de Execução**. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, parte geral: institutos fundamentais. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. I.

BENABENTOS, Omar A.; DELLEPIANE, Mariana Fernández. Los nuevos desafíos doctrinarios y normativos de la teoría garantista de cara al siglo XXI. **Revista Brasileira de Direito Processual – RB-DPro**, Belo Horizonte, abr./jun. 2015. Disponível em: <[www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=232574](http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=232574)>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. 3. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5941**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458217>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

CIPRIANI, Franco. Il processo civile nello Stato democratico. **Il processo civile nello Stato democratico**. Saggi. Collana biblioteca di diritto processuale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

CIPRIANI, Franco. Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità). **Rivista di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CORDEIRO, Carlos José; GOUVEIA, Raíssa Vieira de. A era neoprocessual do processo civil e a relação com a teoria tridimensional do direito, ilustradas pela análise do inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**. v. 989, mar. 2018. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016383cae0ac4a6effd7&docguid=I6f7399a016ec11e89131010000000000>>

&hitguid=16f7399a016ec11e8913101000000000&spos=9&epos=9&td=1638&context=23&-crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 21 mai. 2018.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. **Direito processual civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. IV.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas considerações sobre as iniciativas probatórias. **Revista brasileira de direito processual – RBDPro**, a. 23, n. 90, abr./jun. 2015. Belo Horizonte: Editora Fórum.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. As garantias arquifundamentais contrajurisdicionais: não-criatividade e imparcialidade. **Empório do Direito**. abr. 2018. Disponível: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/as-garantias-arquifundamentais-contrajurisdicionais-nao-criatividade-e-imparcialidade>>. Acesso em: 04 mai. 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. **Revista de Processo**, v. 121, mar. 2005. Disponível em: <<http://www.revistados-tribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000000f-1494f941b0c9a65&docguid=1bfda7db0607b11e6b718010000000000&hitguid=1bfda-7db0607b11e6b718010000000000&spos=2&epos=2&td=2148&context=7&crumb-action=-append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 04 mar. 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Breves Meditações sobre o Devido Processo Legal. **Empório do Direito**. Jan. 2018. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-15-breves-meditacoes-sobre-o-devido-processo-legal>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O processo como instituição de garantia. **Revista Consultor Jurídico**, nov. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. 1. ed. Campinas: Red Livros, 1999.

DELFINO, Lúcio. Como construir uma interpretação garantista do processo jurisdicional? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, abr./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.luciodelfino.com.br/publicacoesDetalhes.asp?c=96>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 1.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Maurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUILLÉN, Víctor Fairén. **Teoría general del derecho procesal**. Mexico: Universidad nacional autónoma de México, 1992.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson. A preservação da tutela jurisdicional a partir da interação das eficácias mandamental e condenatória. **Revista de Processo**, v. 195, mai. 2011. Disponível:

<<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b000001633611d3abd689c766&docguid=1730e9e00919411e0850300008558bb68&hitguid=1730e9e00919411e0850300008558bb68&spos=7&epos=7&td=696&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 06 mai. 2018.

MACEDO, Elaine Harzheim; RIBEIRO, Rodrigo Koehler. A (re)visitação às eficácias condenatória, executiva e mandamental da sentença: o processo sincrético como garantia constitucional. **Revista de Processo**, v. 238, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016331abe2e5c7bd0c9a&docguid=1f19707b06a3711e4ba0d010000000000&hitguid=1f19707b06a3711e4ba0d010000000000&spos=12&epos=12&td=696&context=281&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

MALACHINI, Edson Ribas. As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas. **Revista de Processo**, v. 125, jul. 2005. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016331abe2e5c7bd0c9a&docguid=1b00a52a0f25611dfab6f010000000000&hitguid=1b00a52a0f25611dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=696&context=281&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

MANCINI, P. S.; PISANELLI, G. Condatti; SCIALOJA, Antonio. **Commentario del codice di procedura civile: per stati sardi**. Torino: UTET, 1855-1863, v. II.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução Civil: Princípios Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Flávio Luis de; FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. A garantia constitucional à tutela interdita: a especificidade da tutela específica. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 12, n. 1. 2007. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/94>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. **Poderes e Atribuições do Juiz**. Saraiva: 2014 (Coleção Direito e Processo: Técnicas de Direito Processual).

QUINTAS, Fábio Lima. É preciso equilibrar meios de coerção ao executar obrigações pecuniárias. **Revista Consultor Jurídico – CONJUR**, fev. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-18/observatorio-constitucional-preciso-equilibrar-meios-coercao-executar-obrigacoes-pecuniarias>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

RAATZ, Igor. **Tutelas provisórias no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

RAATZ, Igor; DIETRICH, William; MORBACH, Gilberto. A filosofia da linguagem ordinária e a (inescapável) indeterminação do direito. **Revista de estudos institucionais**, v. 4, n. 1. Rio de Janeiro,

UFRJ, 2018.

RAMOS, Glaucio Gumerato. Aspectos semânticos de uma contradição pragmática. O garantismo processual sob o enfoque da filosofia da linguagem. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=95616>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Execução Civil**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES, Daniel Colnago; ALCÂNTARA, Guilherme Gonçalves. O (b)ônus argumentativo necessário à aplicação das medidas executórias atípicas: notas para um instrumentalismo processual constitucionalmente adequado. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 8, jan./mar. 2018. Disponível em: <<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?t?&src=rI&srguid=i0ad6adc50000016383cae0ac4a6effd7&docguid=I68398690280811e89654010000000000&hitguid=I68398690280811e89654010000000000&spos=5&epos=5&-td=1638&context=23&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&is-FromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

SCALABRIN, Felipe; COSTA, Miguel do Nascimento; CUNHA, Guilherme Antunes da. **Lições de Processo Civil: Execução**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. **Revista de Processo**. São Paulo: 1980, v.17.

STRECK, Lênio Luiz. Constitucionalismo contemporâneo. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro? **Revista Consultor Jurídico – CONJUR**, ago. 2016. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio#\\_ftn11](https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio#_ftn11)>. Acesso em: 18 mai. 2018.

STRECK, Lênio Luiz. Em busca das “coordenadas filogenéticas” para a construção de uma teoria da decisão. In: MACEDO, Elaine Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann, (Org.). **Jurisdição, Direito Material e Processo: os pilares da obra Ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer – CPC art. 461, CDC, art. 84**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per



# **AS RELAÇÕES FAMILIARES SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

## **Dheinifer da Silva**

Graduanda em Direito  
na Universidade Feevale.  
E-mail: [dhenisilva@yahoo.com.br](mailto:dhenisilva@yahoo.com.br).

## **Claudia Maria Petry de Faria**

Doutora em Qualidade Ambiental  
pela Universidade Feevale.  
Professora na Universidade Feevale.  
E-mail: [claudia@feevale.br](mailto:claudia@feevale.br).

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo possui como tema a análise das relações familiares sob a ótica da responsabilidade civil. Deste modo, seu objetivo é o estudo das possibilidades de indenizações aplicáveis a fim de reparar danos materiais e/ou morais causados por um membro ao outro, notadamente em casos de rompimento de relação conjugal, com foco no rompimento de noivado, bem como em ocorrências do descumprimento do dever geral de assistência dos pais para os filhos, verificando decisões judiciais sobre tais situações.

Para tanto, será abordado sobre a temática da Responsabilidade Civil, como seu conceito, espécies, pressupostos, dentre outros tópicos, a fim de obter uma compreensão para adentrar no tema específico, qual seja, sua aplicabilidade no Direito de Família. A metodologia utilizada para elaboração do trabalho foi bibliográfica e documental jurisprudencial, uma vez que foi baseada em livros, artigos científicos e revistas, legislação e, por fim, pesquisa de decisões judiciais externadas pelos Tribunais de nosso país.

Pode-se afirmar que a conclusão foi no sentido de que é possível a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares, de modo que decisões recentes de nossos Egrégios Tribunais apontam para a caracterização do instituto a partir dos pressupostos a ele inerentes no âmbito geral, analisando o caso concreto e verificando a existência de dano que possa ser devidamente reparado.

## 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicialmente, urge destacar o conceito de responsabilidade civil. Gonçalves (2014, p. 19) afirma que o termo responsabilidade “tem sua origem na raiz latina *spondeo*, pela qual se vinculava o devedor, solenemente nos contratos verbais do direito romano”. Entende o autor que, qualquer ação da qual ocasione dano traz consigo, como fato social, a questão da responsabilidade, evidenciando uma concepção de “restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano”, pois, aquele que for o causador de determinado dano, resultado de uma conduta que infringiu determinada regra, está sujeito a restabelecer o status quo ante. Ao tratar do tema, Venosa (2014, p. 1) expõe que “o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual uma pessoa, natural ou jurídica, deve arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso”.

De extrema relevância são as lições de Diniz (2014) no tocante à função da reparação civil, classificando-as como: a) garantia do lesado à segurança; e b) uma sanção

civil, cuja natureza é compensatória, na medida em que a vítima deve ter seu dano reparado, e aquele que cometeu a ofensa deve ser punido para que não incorra em tal conduta novamente. Por sua vez, Gagliano e Pamplona Filho (2012), ao tratarem do assunto, destacam que o propósito da reparação civil é o estado anterior das coisas, *status quo ante*, ou seja, a restituição do objeto. Entretanto, quando isto não possa mais ocorrer, fixa-se o pagamento de um quantum indenizatório, correspondente ao valor do objeto ou compensação pecuniária.

Acerca do instituto da responsabilidade, Diniz (2014), em seus ensinamentos, assevera se tratar de um problema que surge em nosso cotidiano frequentemente, na medida em que cada ofensa sofrida por um indivíduo, seja em relação à sua pessoa ou ao seu patrimônio, tem como consequência uma instabilidade de ordem moral ou patrimonial, necessitando de um remédio ou solução jurídica com a finalidade de reparação.

Avançando na temática, é necessário distinguir obrigação e responsabilidade. Sobre a questão, Azevedo (2001) afirma que, embora alguns juristas discorram sobre o referido tema como se sinônimos fossem, é necessário que haja diferenciação entre ambos. Ainda, não há como referir que se tratem de iguais situações, visto que obrigação e responsabilidade, na realidade, apresentam hipóteses variadas. Outrossim, Venosa (2014, p. 2), em sua concepção, assevera que o ensinamento “da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, sendo a reparação dos danos algo sucessivo à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito”. Assim, percebe-se que a responsabilidade civil está notadamente ligada ao direito obrigacional.

Para o presente estudo, destacam-se duas das espécies de responsabilidade civil, quais sejam, responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva. De acordo com Gonçalves (2014, p. 48), a responsabilidade será subjetiva quando basear-se na culpa, de modo que a demonstração da mesma é considerada pressuposto indispensável para a indenização do dano. Logo, o agente causador do dano, nesta espécie, será responsabilizado nas situações em que agir com dolo ou culpa. Neste sentido é o entendimento de Cavalieri Filho (2012), segundo o qual, a concepção de culpa se encontra profundamente ligada à responsabilidade, na medida em que não é possível a responsabilização do agente sem demonstrar que o dano sofrido pelo outro ocorreu exclusivamente pela conduta em que o agente não teve o devido cuidado.

A esse respeito, Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 58) referem que a situação será evidenciada quando o mesmo proceder com negligência ou imprudência, sendo necessário pontuar que, em algumas circunstâncias, a responsabilidade civil é impu-

tada a um sujeito que não causou o dano por atitude própria, contudo, o causador foi um terceiro do qual mantém vínculo jurídico. Sobre esse tema, o legislador civilista dispõe no artigo 186 do Código Civil que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. É possível verificar, consoante o que estabelece o artigo mencionado, que “a obrigação de indenizar (reparar o dano) é a consequência jurídica lógica do ato ilícito”. A responsabilidade civil objetiva, diversa da subjetiva, independe da caracterização da culpa, “haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 58).

Por fim, necessário se faz expor a responsabilidade civil objetiva no Código Civil, introduzida no artigo 927, parágrafo único do referido diploma, que preceitua: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

O artigo 186 do Código Civil, ao definir que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, traz em sua redação os pressupostos da responsabilidade civil. Assim, são pressupostos a ação ou omissão (conduta humana), culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano sofrido pela vítima (DINIZ, 2014).

O comportamento é o modo mais frequente de manifestação da conduta humana e, assim, é necessário que haja cautela em determinadas ações, visando não ofender outra pessoa. Dito isto, deve ser observado que a ação representa “movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, com a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante”. Por outro lado, quando se trata de omissão, modo não tão recorrente, esta representa um comportamento inerte, ou seja, momento em que o agente deveria agir e não o fez. Há, em condutas omissivas, o interesse jurídico quando deveria ser adotada conduta diversa da que foi praticada, reportando ao “dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 24).

Nos casos da responsabilidade por omissão, para que esta reste caracterizada é essencial que haja um dever jurídico de agir e que seja evidenciada uma situação onde, a partir do agir do agente, o dano poderia ter não ocorrido. Assim, o dever jurídico relacionado com esse agir pode ser determinado por lei, como por exemplo, o dever existente, em casos de acidente, de realizar socorro às vítimas. Ainda, pode de-

rivar de convenção, como por exemplo, o dever de vigilância, e, inclusive, originar em alguma situação específica que seja criado um perigo próprio (GONÇALVES, 2014).

Por outro lado, Diniz (2014, p. 53) verifica que determinado atos, ainda que não infrinjam a norma jurídica, afetam o fim social a que a norma se refere, situações em que enquadram as ações aplicadas com abuso de direito que ocasionem prejuízo a outrem, havendo o dever de ressarcimento. Refere que a responsabilidade de indenizar por dano causado decorre de lei, ainda que o agente não tenha praticado qualquer ato ilícito. Disto isto, afirma que pode advir em uma conduta “do próprio imputado ou de terceiro, ou num fato de animal ou coisa inanimada”.

Importante para o presente estudo também diferenciar os conceitos acerca de dolo e culpa, considerando a diferença de resultado na prática das condutas a serem responsabilizadas, já que a conduta humana, conforme mencionado anteriormente, é o comportamento adotado em determinado momento, através do seu modo de agir. Rizzardo (2013, p. 3) afirma que culpa é “a omissão de cuidados e diligência impostos na vida das pessoas”, ou seja, o sujeito deve agir sempre com cuidado, respeitando as regras existentes, atento para que não cause prejuízo aos demais. Outrossim, define o dolo como “prática voluntária de uma infração à lei”, pois o sujeito, estando ciente das regras existentes, intencionalmente pratica determina ação que acaba ocasionando prejuízo a um terceiro. Assim, surge a definição de culpa como “aquela que marca a conduta imprudente ou negligente” e o dolo como “prática deliberada e intencional de um ato prejudicial e antissocial”.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2012), a culpa se origina do descumprimento de determinada incumbência, a qual é imposta por um sistema de normas, atento à harmonia na sociedade. Sendo este descumprimento de forma proposital, é imposto o reconhecimento do dolo na conduta do sujeito, conquanto se incorreu em negligência, imprudência ou imperícia, o comportamento será culposos.

A negligência ocorre quando o sujeito age com falta de cuidado, por omissão. Outrossim, a imprudência ocorre quando um indivíduo “resolve enfrentar desnecessariamente o perigo”, agindo em afronta às normas de cuidado. Por fim, a imperícia “decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 178).

A responsabilização do agente, entretanto, deve apresentar nexos de causalidade com o resultado. Como em outras áreas do Direito, exemplificativamente, no Direito Penal, é de caráter fundamental que a consequência, ou seja, o dano produzido a outrem, esteja diretamente relacionado com a conduta praticada por um terceiro, o “agente infrator”, a fim de que seja apurada a responsabilidade jurídica que cabe a este. Não é possível, portanto, que seja obrigação de pessoa adversa, que não tenha

relação com o fato e o dano existente, o dever de reparação, portanto, “somente se poderá responsabilizar alguém cujo comportamento houvesse dado causa ao prejuízo” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 134).

Desse modo, a relação de causalidade, ou o nexa causal, é o liame existente entre a conduta praticada pelo sujeito e o resultado de tal conduta. Logo, é necessário que o dano sofrido por um terceiro tenha relação direta com a conduta ilícita que ocasionou este dano, existindo, assim, uma imprescindível relação de “causa e efeito” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 46). Diniz (2014, p. 131) declara que “não é necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu”. Deve, pois, ser analisado se o dano sofrido pelo agente não teria acontecido se não fosse por consequência direta e exclusiva do fato. Tal fato não precisa, necessariamente, ser a “causa imediata”, porém, deve ser circunstância para o resultado do dano.

Para que haja a configuração da responsabilidade civil e, conseqüentemente, do dever de indenizar, será abordado o último pressuposto desta, qual seja, o dano. Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 82), o dano é definido como “lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”. Ainda, importante destacar que o dano patrimonial é aquele que atinge tanto bens como direitos que podem ser mensuráveis economicamente, como por exemplo, dano ocasionado em um imóvel ou carro. Por outro lado, o dano moral é aquele cuja lesão ou prejuízo atinge um direito personalíssimo, como a honra e a imagem.

Agora, será abordado, de forma especificada, o estudo do dano material e do dano moral. Inicialmente, no que se refere ao dano material, Cavaliere Filho (2012, p. 71) expõe que o dano material “atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro”. Ainda, discorrendo sobre o tema, o referido autor enfatiza que o dano material será capaz de atingir os bens da vítima tanto no momento do fato, depreciando o patrimônio presente, como também o futuro, quando afetar a sua expansão, o seu acréscimo. Diniz (2014, p. 85) assevera que “em toda obrigação ressarcitória o indenizante deverá procurar um estado de coisas que se aproxime da situação frustrada, isto é, a que existiria se não tivesse ocorrido o dano”. Deve, portanto, a indenização ter sua reparação natural, na qual há o restabelecimento ao *status quo ante*, ou seja, o estado em que o bem se encontrava antes do evento que resultou prejuízo, que poderá ocorrer com a devolução do próprio bem, quando, por exemplo, este havia sido furtado ou, ainda, na entrega de objeto de mesma espécie, quando o bem restou deteriorado. Há, também, a indenização pecuniária quando não for possível ser restabelecido o estado “anterior ao fato lesivo”.

No estudo do dano material, importante é a análise de duas particularidades da matéria, o dano emergente e os lucros cessantes. O dano emergente pode ser definido como sendo o “efetivo prejuízo experimentado pela vítima”, de modo que, sob outra perspectiva, os lucros cessantes abrangem aquilo que “a vítima razoavelmente deixou de lucrar por força do dano” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 87).

Outrossim, insta trazer ao presente estudo a abordagem sobre o dano patrimonial direto e indireto. Diniz (2014, p. 91), ao tratar da matéria, afirma que são três os critérios que os distinguem. Primeiro, deve ser conceituado como dano direto aquele que imediatamente ocasiona prejuízo, lesão ao patrimônio da vítima do evento. O dano indireto, por sua vez, a doutrinadora classifica como sendo aquele que impacta sobre os “interesses jurídicos extrapatrimoniais do lesado”, incorrendo, imediatamente, em perda de patrimônio. Segundo, é correto afirmar, conforme a doutrinadora, que há dano direto quando este atinge a própria pessoa do evento danoso e indireto quando atinge pessoas diversas, ou seja, terceiros. Por último, designa como dano direto o “prejuízo que for consequência imediata da lesão e dano indireto o que resultar da conexão do fato lesivo com um acontecimento distinto”.

Há, além do dano patrimonial, a existência do dano moral. Sobre a temática, Rizzardo (2013, p. 16) expõe que “além do prejuízo patrimonial ou econômico, há o sofrimento psíquico ou moral, isto é, as dores, os sentimentos, a tristeza, a frustração, etc.” Diniz (2014, p. 91) refere que “o dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”.

Neste sentido, cabe ressaltar que apenas situações que realmente provoquem sofrimento a outrem deverão ser consideradas como efetivo dano moral, de modo que, se não houvesse esta limitação, qualquer aborrecimento, descontentamento ou sentimento do tipo vivenciados no dia-a-dia ensejariam responsabilização nesta esfera. Assim, só restará configurado o dano moral nos casos em que “a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 83).

Um aspecto interessante, o qual não pode ser esquecido, é o que ocorre quanto à fixação da indenização por danos morais, uma vez que, conforme entendimento de Venosa (2014, p. 50), “o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável”. Ocorre que, consoante Gagliano e Pamplona Filho (2012), o amplo poder que é conferido ao juiz, quando em arbitramento acerca do valor da indenização por danos morais, é também criticado pela doutrina. Deverá o magistrado tomar as devidas cautelas como nos demais casos existentes no mun-

do jurídico, sendo fundamentada sua decisão e examinadas todas as circunstâncias relativas ao caso em análise.

Por fim, é necessário analisar a possibilidade de cumulação de indenizações por danos morais e extrapatrimoniais, conforme previsão do artigo 5º, V, da Constituição Federal, bem como da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, que também estabeleceu previsão. Neste sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 125) esclarecem que tal possibilidade ocorre porque um único ato lesivo pode afetar os bens pertencentes ao patrimônio do indivíduo, bem como seus interesses.

### **3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA**

O direito de família, sem dúvida, é o instituto do direito em que há ocorrência de maior aplicabilidade em comparação com os demais. Isto ocorre pois é um ramo que abrange todos os seres humanos, de modo que cada pessoa descende de uma família e, normalmente, vive “em um conjunto familiar”, ainda que seja observado o novo conceito de família unipessoal. Deste modo, ao tratar da temática envolvendo família, ingressamos em uma ampla e complexa matéria envolvendo situações diversas, as quais aumentam de forma progressiva e na sua complexidade (RIZZARDO, 2011, p. 1). Cabe ressaltar que, para Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 38), a família é, indubitavelmente, “o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as nossas maiores angústias, frustrações e medos”.

Acerca do conceito de família, insta ressaltar que todas as áreas “de saber” aderem a seus conceitos próprios. Por exemplo, a história e a sociologia descrevem como “o conjunto de pessoas que habitam a mesma casa”, por outro lado, para a psicanálise, “a definição parte dos papéis psicológicos desempenhados pelas pessoas”. Entretanto, para este estudo, destaca-se o conceito utilizado pelo Direito, o qual defende o entendimento de família considerando-se as relações jurídicas existentes entre os indivíduos. Neste sentido, “para o direito, família é o conjunto de duas ou mais pessoas vinculadas por relações específicas, tais as de conjugalidade, ascendência e descendência, fraternidade e outras” (COELHO, 2013, p. 22-26).

Deste modo, o Direito de Família é o ramo do direito que regulamenta “as relações entre os seus diversos membros e as consequências que delas resultam para as pessoas e bens”. Assim, abrange as relações decorrentes do casamento, da união estável, bem como do parentesco, de filiação, etc. (Gonçalves, 2014, p. 18). Ademais, cabe referir que, no âmbito do Direito de Família, “a ordem pública prepondera dispondo sobre as relações pessoais dos cônjuges, relações entre pais e filhos, regi-

mes matrimoniais, celebração e dissolução do casamento, etc". Isto ocorre porque o Estado tem constante interesse na orientação da família "como sua célula básica", dando-lhe a devida proteção (VENOSA, 2012, p. 10).

### **3.1 A (IN)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE ROMPIMENTO DE RELAÇÃO DE AFETO ENTRE NOIVOS**

Dentre as hipóteses em que ocorre a aplicação do instituto da responsabilidade civil no Direito de Família, no presente tópico, será abordado o aspecto que se refere ao rompimento de relações conjugais. Inicialmente, cabe afirmar que o rompimento de qualquer que seja a relação de afeto, desde o mais recente namoro ou, ainda, do casamento que perdura há anos, incontestavelmente, causará sofrimento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012). Venosa (2014, p. 319) afirma que "deve ficar claro que o direito à indenização surge em situações patológicas. Quando duas pessoas resolvem não mais conviver, respeitando suas individualidades e dignidade" não há no que se falar em dano a ser indenizado. Ademais, quando se verifica que "a personalidade de um ou de ambos os sujeitos seja violentada", aquilo que é necessário obter a fim de reparar é o que for considerado exagero na conduta do sujeito, o que ocasione distúrbio moral.

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 753-754) abordam que há dois cenários que podem ser tratados como causadores de "responsabilidade civil, quando do rompimento de relação afetiva", seja namoro, noivado, casamento ou união estável. O primeiro, na hipótese em que a boa-fé objetiva haja causado "legítima expectativa na vítima, passível de reparação. Assim o rompimento brusco, tempestuoso e injustificado de um noivado pode ocasionar, sim, responsabilidade civil", em decorrência de dano material ou moral que possa ser indenizado. O segundo, por seu turno, está relacionado ao modo de extinção, ou seja, se o fim da relação, ainda que corresponda com "o exercício legítimo de um direito", ocorrer de maneira vergonhosa ou até mesmo ofensiva, afetando "direito da personalidade da outra parte se enquadraria no conceito legal de abuso de direito, previsto no artigo 187, Código Civil, gerando o dever de indenizar".

Há de ser ressaltado que a legislação brasileira não possui nenhum artigo específico sobre a temática envolvendo responsabilidade civil no Direito de Família, entretanto, não há, também, qualquer tipo de proibição quanto a isto. Ocorre que "as relações de família são peculiares", razão pela qual deve ser avaliado no caso concreto o dolo ou a culpa, e observada a "questão se há dano indenizável e qual a consequente mensuração econômica" (VENOSA, 2014, p. 319).

Gonçalves (2014, p. 80) alerta para o fato de que as demandas com pedidos formados exclusivamente na separação conjugal e, apenas neste fato, carecem de fundamentação legal. O que não se pode olvidar, no entanto, são as ações em que reste provado que a ruptura na sociedade conjugal, originada por “ato injusto do outro cônjuge” ocasionou “danos, sejam materiais ou morais, além daqueles já cobertos pela pensão alimentícia (sustento, cura, vestuário e casa), a indenização pode ser pleiteada” com fundamento no artigo 186 do Código Civil.

No que se refere, especificamente, à responsabilidade no rompimento de promessas de casamento, inicialmente, se destaca que as relações envolvendo tal promessa “estão espalhadas por todo o planeta, bem como enraizadas culturalmente nos seres humanos, desde os mais primitivos povos até as sociedades mais modernas” (ALMEIDA, 2015, p. 80). Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 136) referem que significa um vínculo afetivo com maior seriedade, isto porque, através dele, “homem e mulher firmam a promessa recíproca de unirem-se por meio do casamento, formando uma comunhão familiar de vida”. Consoante Venosa (2012, p. 30), está-se diante dos esponsais, ou seja, “de um compromisso matrimonial contraído por um homem ou uma mulher, geralmente entendido como noivado. Trata-se, na realidade, de promessa de contratar”. O termo esponsais deriva, do Direito Romano, de sponsalia, cujo significado é a promessa que o *sponsor* – aquele que é o promitente, esposo – exercia para a *sponsa* – aquela que é a prometida, esposa.

Cabe ressaltar que “no Direito Romano os esponsais eram um momento necessário para a formação do casamento”. Isto porque, em síntese, pode ser definido como um negócio preliminar, no qual a conclusão ocorre apenas no momento em que, efetivamente, há a celebração do casamento. Logo, até este momento, o que existe é uma “mera promessa”. Há de se destacar, ainda, que “o Direito Canônico sempre atribuiu relevância aos esponsais, mostrando-se zeloso para o fiel cumprimento do compromisso nupcial”. Ademais, até mesmo no direito pré-codificado havia o compromisso contratual como um negócio preliminar, de modo que seu descumprimento resultaria em uma possível indenização (VENOSA, 2012, p. 30-31).

Por fim, no Direito Brasileiro, a previsão dos esponsais teve seu marco com a Lei de 06 de outubro de 1784 e pela Consolidação das Leis Cíveis, de 1858, ambas desenvolvidas por Teixeira de Freitas. Era necessária escritura pública a fim de formalizar o negócio jurídico, com a presença dos pais dos pretendentes, ainda que estes fossem com idade superior a 21 anos. Se os pais recusassem a relação, mesmo assim “poderia ser realizada a celebração desde que satisfeito o ofício de obediência e respeito entre os pretendentes”. Havia a previsão de uma multa em casos de “injusto repúdio”. Ademais, na inexistência de estipulação, era o juiz quem ponderava as perdas havi-

das, “mediante o prudente arbítrio, considerando as circunstâncias do ato de desistência. Ou seja, o juiz decidia por equidade” (ALMEIDA, 2015, p. 82).

Ocorre que, conforme dito anteriormente, a legislação constante no Código Civil Brasileiro de 2002 não faz previsão expressa da temática dos esponsais, entretanto, isso não significa que seja questão atípica no Direito Brasileiro, uma vez que não há proibição neste aspecto, contrariamente a diversas outras legislações (VENOSA, 2012). Insta destacar, nesta senda, que consoante entendimento de Dias (2011, p. 124), a legislação não dispõe que o noivado deve ser definido e reconhecido como um contrato, isto porque “o noivado é mero compromisso moral e social e significa que os nubentes têm a intenção de casar. Este compromisso, no entanto, pode ser desfeito a qualquer tempo”.

Nesta acepção, via de regra, não cabe responsabilização “pelo mero desfazimento do noivado”, mas a obrigação de indenizar normalmente está relacionada aos gastos ou danos suportados por um dos noivos em razão do casamento que havia sido planejado, desde que tais danos restem devidamente comprovados. Ademais, é necessária “relação de causa e efeito entre a culpa e o prejuízo”, sendo que o ônus da prova é da pessoa lesada, a fim de que esta comprove que a ruptura lhe ocasionou resultado nocivo (RIZZARDO, 2013, p. 684-685).

Diniz (2014, p. 222) destaca quatro condições para que reste configurada a responsabilidade pelo rompimento do noivado: *a primeira* condição é “que a promessa de casamento tenha sido feita, livremente, pelos noivos e não por seus pais”, de modo que o nubente que arguir o rompimento terá que comprovar que efetivamente havia um noivado entre as partes, através de testemunhas, confissão, convites, entre outros meios. *A segunda*, “que tenha havido recusa de cumprir a promessa esponsalícia por parte do noivo arrependido e não dos seus genitores, desde que esta tenha chegado ao conhecimento da outra parte”, ou seja, que o rompimento seja claro e expresso, ainda que não haja proibição para este ser tácito, mas que demonstre a escolha pela ruptura do compromisso, como por exemplo, celebrar noivado com pessoa diversa, bem como uma viagem longa, sem informar o nubente. *A terceira* condição é “que haja ausência de motivo justo, dando ensejo à indenização do dano”. De modo que não haverá nenhum tipo de responsabilidade se não existir culpa grave, que ocorre, a título exemplificativo, quando há “erro essencial, sevícia, injúria grave, infidelidade” ou, ainda, culpa leve, decorrente de “prodigalidade, condenação por crime desonroso, aversão ao trabalho, falta de honestidade, etc.”, bem como culpa levíssima, que consiste, por exemplo, na “mudança de religião, grave enfermidade, constatação de impedimentos ignorados pelos noivos, etc.”

Por fim, a *quarta* e última condição apontada pela doutrinadora é “que exista

dano, pois, comumente, o desfazimento do noivado traz repercussões psicológicas, pecuniárias e morais” ao nubente que incorreu em prejuízo – seja com a preparação da cerimônia, seja com viagem de núpcias ou, ainda, com a compra de uma residência para o casal residir quando casados fossem, dentre outros inúmeros gastos possíveis. Neste sentido, é lícito obter, através do âmbito judicial, o ressarcimento de tais despesas, bem como das obrigações adquiridas na expectativa do casamento, contanto que reste provada “a culpa do arrependimento e a ausência de razão justa” (DINIZ, 2014, p. 222).

Na sequência, é apresentado uma recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, acerca da temática estudada:

APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ROMPIMENTO DO RELACIONAMENTO AFETIVO ÀS VESPERAS DO CASAMENTO. INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL. RESSARCIMENTO POR METADE DAS DESPESAS DESTINADAS À CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO. DANO MORAL. O rompimento da relação de namoro ou noivado, às vésperas do casamento, demonstra a ausência de afeição, ainda que repentina, e, por mais que possa causar sofrimento àquele que pretendia permanecer no relacionamento, não enseja o dever de indenizar por abalo moral, porquanto inexistente a obrigação legal de submeter alguém à formalização do casamento. A ruptura do relacionamento amoroso, por si só, não pode ser considerada um ato ilícito ou uma violação a um dever jurídico, ante a impossibilidade de se obrigar alguém a amar. Hipóteses dos arts. 186 e 927, do CC, não evidenciadas. PRECEDENTES DO TJRS. DANO MATERIAL. As despesas destinadas à celebração do casamento geram o dever de indenizar pelo dano material, atribuível em 50% ao réu. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

No caso em apreço, a Décima Câmara Cível julgou apelação cível, que versava sobre indenização material e moral, em razão do rompimento de noivado/namoro, às vésperas da data em que se celebraria o casamento marcado para 12 de dezembro de 2015. O rompimento se deu no início do mês de novembro de 2015, por iniciativa do noivo. A noiva, em razão do ocorrido, ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais, que, conforme entendimento do *juízo a quo*, foi parcialmente procedente para condenar o réu ao pagamento de 50% das despesas destinadas, especificamente, à celebração do casamento (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Insatisfeita com a improcedência do dano moral pleiteado, a autora interpôs apelação, o que fez com que o réu também interpusesse recurso adesivo em razão da condenação pelos danos materiais. Ambos os recursos foram desprovidos de forma unânime, com a fundamentação da Desembargadora Relatora Catarina Rita Krieger

Martins, no sentido de que “a responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso”. Ademais, o rompimento do noivado, por si só, não acarreta em ilícito civil ou, ainda, violação a uma obrigação jurídica, uma vez que não se pode obrigar alguém a amar outrem. Ressalta que “é complexa a aferição do dano envolvendo relações de afeto, e, no caso, não se vislumbra ato ilícito indenizável, na forma dos artigos 186 e 927, do CC” (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

No que tange à condenação por danos materiais, a Magistrada enfatizou que as partes mantinham, até a data em que houve a ruptura do noivado, um relacionamento estável, de modo que isto ocasionou “justa expectativa recíproca gerada pelas circunstâncias, a assumir dívidas, a fim de viabilizar a celebração do casamento e permitir, sequencialmente, a vida a dois, sob o mesmo teto”. A partir de tal expectativa, a autora acabou por adquirir bens e serviços para a cerimônia, até então, programada (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Diante disto, tais gastos suportados pela autora “devem ter seus custos divididos proporcionalmente entre as partes, na medida em que se tratam de débitos realizados para fruição desses bens e serviços por ambas as partes”, eis que ambas as partes tinham interesse, até o rompimento da relação, em tais serviços e despesas. Por fim, conclui que “a bem da verdade, tais bens e serviços, por serem destinados especificamente à celebração e concretização das núpcias, passaram a integrar um acervo comum, partilhável, portanto, a partir da frustração do plano” (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Cabe ressaltar o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo. Neste sentido, o acórdão proferido pela Segunda Câmara de Direito Privado:

Ação de indenização por danos morais e materiais. Alegação de cerceamento de defesa. Desnecessidade da prova evidenciada. Rompimento de noivado. Traição do noivo. Dever legal de fidelidade que não se aplica aos noivos. Decepção amorosa que não é indenizável. Dano Moral. Inocorrência. Cancelamento do futuro matrimônio que rende somente indenização de ordem material. Prejuízos financeiros decorrentes de contratos realizados pela autora. Recurso parcialmente provido (SÃO PAULO, 2018).

Trata-se de apelação cível interposta em face da sentença que julgou procedente a ação de indenização por danos materiais e morais que move Monique Zangari Cardoso contra seu ex-noivo, Rogério Zambelli Pires. A autora, ora recorrida, ajuizou a ação alegando que foi noiva do réu e, 09 dias antes da celebração do casamento,

marcado para 20/09/2014, descobriu que este mantinha um relacionamento amoroso paralelo com sua chefe. Em razão do ocorrido, Monique rompeu o noivado (SÃO PAULO, 2018).

O réu, inconformado com a sentença proferida pelo juízo *a quo*, apelou argumentando que houve cerceamento de defesa, postulando a nulidade da sentença proferida. Assevera que o casamento foi marcado apenas por insistência da recorrida, bem como cancelado por esta. Ainda, afirma que era de conhecimento de sua noiva o relacionamento amoroso que mantinha com sua chefe. Alega que também teve gastos com a celebração que estava marcada, como por exemplo, com fotos, viagem, etc. Deste modo, requereu que, se não fosse reconhecida a responsabilidade concorrente da autora, houvesse, pelo menos, a compensação com os gastos que desembolsou (SÃO PAULO, 2018).

No julgado acima, a fundamentação em relação ao dano moral foi no sentido de que, em que pese o autor mantivesse, durante o noivado com a autora, relacionamento amoroso com sua chefe, tal conduta “não configura ato ilícito que acarretasse diretamente indenização por dano moral”. Notadamente, houve abalo emocional à autora em razão do rompimento do noivado, entretanto, “essa decepção, tristeza e sensação de vazio é fato da vida que se restringe à seara exclusiva da quadra moral e, portanto, não ingressa na ciência jurídica” (SÃO PAULO, 2018).

Em relação ao dano material, considerando que a autora estava suportando os gastos relativos à cerimônia marcada e que o réu mantinha relacionamento amoroso com terceira pessoa, este poderia “ter evitado os preparativos do casamento, todavia, nada fez neste sentido, mantendo o relacionamento, bem como a expectativa legítima da autora”. Assim, restando cancelados os contratos que haviam sido devidamente formalizados pela noiva, é cabível “o respectivo reparo indenizatório”. Isto em razão da “conduta improba do apelante”, o qual, desta forma, “fere a expectativa de boa-fé objetiva e é a única causa para a resilição dos respectivos contratos atrelados ao futuro enlace matrimonial, de modo que adequada, em parte, a respectiva condenação judicial”. A decisão do acórdão deu parcial provimento ao recurso do recorrente, para afastar, apenas, a condenação por danos morais, mantendo a condenação por danos materiais, em razão dos gastos suportados pela autora (SÃO PAULO, 2018).

Portanto, é possível concluir que prevalece, nas decisões judiciais, o não reconhecimento da “responsabilidade civil pela ruptura unilateral e imotivada do noivado, deixando de impor pagamento de indenização por dano moral como sucedâneo da dor e sofrimento”. Resta, deste modo, a indenização em decorrência dos danos ma-

teriais, efetivamente comprovados, “em face das providências porventura tomadas em vista da expectativa do casamento” (DIAS, 2011, p. 125).

### **3.2 DO DEVER DE ASSISTÊNCIA AOS FILHOS E A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELO NÃO CUMPRIMENTO**

Inicialmente, cabe ressaltar que “os filhos menores – crianças e adolescentes – gozam, no seio da família, por determinação constitucional (art. 227, CF), de plena proteção e prioridade absoluta em seu tratamento”. Trata-se, pois, do princípio da proteção integral das crianças e adolescentes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 100). Observa-se, portanto, que o legislador atribuiu, de maneira preferencial, especificamente, “os direitos da criança e do adolescente, ressaltando os seus direitos em primeira linha de interesse, por se tratar de pessoas indefesas e em importante fase de crescimento e de desenvolvimento de sua personalidade” (MADALENO, 2013, p. 100).

Ademais, há de ser ressaltado que o Estatuto da Criança e do Adolescente garante “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”, de modo que estes deverão ser considerados, de maneira primaz, não apenas pela família, mas também pela sociedade e, ainda, pelo Estado, com a possibilidade de responsabilização destes se houverem danos causados. Assim, se os pais, conjuntamente ou isoladamente, não reconhecerem os direitos previstos às crianças e adolescentes, ser-lhe-ão aplicadas medidas previstas no rol do artigo 129 do Estatuto em comento (DINIZ, 2013, p. 739-762). Com efeito, verifica-se que a Constituição Federal juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente visam à proteção integral, de modo que tanto crianças como adolescentes “foram colocados a salvo de toda forma de negligência. Transformaram-se em sujeitos de direito e foram contemplados com enorme número de garantias e prerrogativas” (DIAS, 2011, p. 458).

Há no ordenamento jurídico nacional três classificações em relação aos tipos de abandonos existentes, sendo estes o abandono material, o intelectual e o afetivo. Neste sentido, faz-se necessário distinguir tais tipos. Em primeiro, o abandono material está relacionado com o amparo material, ou seja, alimentação, remédios, vestuário, habitação, entre outros. Deste modo, quando aquele que tem o dever de prestar tais recursos deixa de provê-los, ocorre o abandono material. O abandono intelectual caracteriza-se com a omissão em relação à educação dos filhos menores, ou seja, quando os pais deixam de prover ao filho a instrução educacional fundamental, necessária para sua vida desde quando atingida a idade escolar (CAPEZ, 2017).

Por fim, é de se destacar o abandono afetivo, relacionado com a “omissão no apoio moral e psicológico”. Neste sentido, é indispensável a “presença positiva dos pais na educação e formação dos filhos”, uma vez que é circunstância essencial na formação de qualquer ser humano (VENOSA, 2014, p. 320). Adentrando especificamente na temática do abandono material, cumpre ressaltar que, com base no artigo 227 da Constituição Federal, já referido anteriormente, “é dever dos pais o sustento, a guarda e a educação dos filhos, até que eles possam prover a própria manutenção com o fruto de seus trabalhos” (ASSEF, 2004, p. 117). Tal obrigação é reafirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 22. Deste modo, consoante entendimento de Venosa (2012, p. 362), o dever imposto aos pais, de “proverem a subsistência e educação dos filhos é fundamental”, ou seja, trata-se do dever de sustento, um dever material.

Por oportuno, cumpre ressaltar que o dever alimentar se refere ao filho menor, vinculando-se ao poder familiar, ao passo que, cessado o poder familiar, em razão de ter sido atingida a maioridade ou o filho tenha se emancipado civilmente, encerrando a fase do dever de sustento, inicia-se a imposição da obrigação alimentar. Isto porque a obrigação alimentar vincula-se ao descendente e independe de idade, “eis que a norma jurídica não distingue entre filhos maiores e filhos menores, sendo todos eles eventuais credores de alimentos por decorrência da procriação”. O filho quando se encontra ao abrigo do poder familiar dos pais, portanto, é “sujeito credor de um dever geral de assistência e que faz parte de um conjunto mais amplo de atuação” (MADALENO, 2013, p. 947).

Deste modo, os pais que deixam de prestar ao filho a devida assistência, como o dever alimentar, incorrem em ilícito civil, previsto no artigo 186 do Código Civil. O dispositivo mencionado, conforme abordado no primeiro capítulo, dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. É possível verificar que estão preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, posto que há a conduta humana (omissão), culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano sofrido pela vítima (DINIZ, 2014, p. 53).

Neste contexto, destaca-se que há a *omissão* quando os pais deixam de prestar o dever de sustento; a *culpa* “compreendida como a violação a um dever jurídico preexistente, notadamente de cuidado”; o *dano*, uma vez que há a “violação a um interesse juridicamente tutelado”; e, por fim, a *relação de causalidade* que é o vínculo entre a conduta humana e o dano. Cabe referir que a culpa, quando se trata de vínculo familiar, na maior parte dos casos que versam sobre esta temática, exigirá a comprovação de tal pressuposto, eis que deve ser ponderado o fato de que “os sujeitos

envolvidos não estão exercendo qualquer atividade que implique, pela sua própria essência, risco a direito de outrem". Assim sendo, é necessário verificar a prática de um ato culposo ou doloso, na esfera do núcleo familiar, que ocasione dano moral ou material a algum de seus integrantes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 738).

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça não admitia a responsabilidade civil por abandono material. É neste sentido o acórdão julgado em 23 de fevereiro de 2016 pela Terceira Turma no Recurso Especial Nº 1.493.125 (BRASIL, 2016). O caso versava sobre a filha que interpôs ação de indenização pleiteando danos materiais e morais em face de seu pai biológico, ex-namorado de sua mãe. Referiu jamais ter recebido ajuda emocional ou financeira do seu pai, bem como precisou propor ação de investigação de paternidade em 2006 a fim de obter o reconhecimento judicial de sua filiação, quando estava com 36 anos de idade, uma vez que foi registrada por outro homem, que assumiu o papel de seu pai. Alegou que o pai possui outros filhos com a sua atual companheira e que estes possuem tratamento diferenciado, eis que recebem suporte financeiro e emocional do réu. O juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos formulados. Irresignada, a autora apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve a sentença de primeiro grau (BRASIL, 2016).

Por fim, propôs, sem sucesso, Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça, em decisão, com voto de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, restou fundamentado no sentido de não haver contrariedade ao artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, bem como que "a tardia busca pela paternidade também contribuiu para a situação que ora se alega injusta", eis que a autora esperou pouco menos de 04 décadas "para buscar sua verdadeira origem ancestral, enquanto o réu sequer poderia imaginar aquela circunstância, já que outra pessoa havia assumido em seu lugar tal encargo, exercendo o papel paterno familiar e socialmente". Ademais, em relação ao ilícito civil, o Relator expôs que, para que haja a responsabilização por danos materiais e morais, com a consequente compensação pecuniária, deve restar demonstrada a incidência dos requisitos previstos no artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2016).

Entretanto, em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça inovou e condenou o pai a pagar indenização decorrente de abandono material ao filho.

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando, a este, condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade

física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. 2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3. Recurso especial improvido (BRASIL, 2017).

O menor alega que morou com o pai, que detinha elevado poder econômico, por um período, entretanto, por ordem judicial, “a guarda foi transferida para a mãe e, a partir deste momento, o pai deixou de visitá-lo, não compareceu nas visitas designadas pelo Conselho Tutelar, deixando de prestar auxílio material e efetivo”. O Juízo de Primeiro Grau julgou parcialmente procedentes os pedidos, determinando a aquisição de uma casa em nome do menor, mobília para o referido imóvel, compra de um computador com impressora, a fim de auxiliar o menor nas tarefas de escola, bem como pagamento de indenização por danos morais. Tal decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual acresceu à condenação os honorários advocatícios.

Irresignado com a condenação por danos morais decorrentes do abandono material e afetivo, o réu interpôs Recurso Especial, alegando, em síntese, que não houve ilícito civil, uma vez que o menor passou a residir com a mãe por determinação judicial, bem como houve a prestação do devido amparo material ao filho (BRASIL, 2017).

Neste sentido, destaca-se o seguinte trecho da fundamentação do relator:

[...] O dever de convivência familiar, compreendendo o dever dos pais de prestar auxílio afetivo, moral e psíquico aos filhos, além de assistência material, é direito fundamental da criança e do adolescente, consoante se extrai da legislação civil, de matriz constitucional (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 227). (...).

O descumprimento voluntário do dever de prestar assistência material, direito fundamental da criança e do adolescente, afeta a integridade física, moral, intelectual e psicológica do filho, em prejuízo do desenvolvimento sadio de sua personalidade e atenta contra a sua dignidade, configurando ilícito civil e, portanto, os danos morais e materiais causados são passíveis de compensação pecuniária (BRASIL, 2017).

Notadamente, em relação ao ilícito civil, a fundamentação foi no sentido de que restaram devidamente preenchidos os requisitos do artigo 186 do Código Civil, “quais sejam a conduta comissiva ou omissiva, o dano e o nexo de causalidade” (BRASIL, 2017). Ademais, insta ressaltar que além da responsabilidade civil aplicada pelo descumprimento do dever de assistência aos filhos, conforme abordado acima, tal situ-

ação pode ocasionar, inclusive, sanções na esfera criminal, eis que há a previsão no Código Penal, especificamente no artigo 244, de crime de abandono material.

Logo, a legislação penal quando versa sobre os crimes contra a assistência familiar visa “proteger a manutenção da subsistência da família, no aspecto material e moral”. Nesta acepção, deve ser atentado que se refere a um delito de legítima “omissão e de perigo em abstrato, e o ilícito se configura mesmo quando a vítima tenha sido atendida materialmente pelo outro genitor ou se mereceu a caridade de terceiros” (MADALENO, 2013, p. 957).

Assim, é observado que o Código Penal, em conformidade com a norma contida no artigo 229 da Constituição Federal, a qual já foi referida e abordada anteriormente, cuidou de dar especial atenção aos “delitos que atentem contra a subsistência do organismo familiar, em virtude de seus integrantes não propiciarem a devida assistência material e moral aos demais”. Notadamente no crime de abandono material, a legislação penal pretende a tutela da família, uma vez que os seus membros, de maneira recíproca, têm o dever de auxiliar materialmente, com vestes, alimentação, habitação, remédios, dentre outros (CAPEZ, 2017, p.151).

O Estado, seja pela aplicação das medidas previstas no artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente ou as ações de responsabilidade que o artigo faz referência 208 de tal Estatuto, ou pela responsabilização decorrente de ilícito civil disposto no Artigo 186 do Código Civil, bem como na aplicação do Código Penal, especificamente no artigo 244 (Crime de Abandono material), deve intervir no âmbito familiar “para que a devida responsabilidade seja atribuída aos autores de danos” às crianças e adolescentes (Almeida, 2015, p. 52).

Os aspectos relacionados a Responsabilidade Civil no Direito de Família não se esgotam com o presente trabalho, considerando a evolução e complexidade das famílias, mas demonstram que a temática é importante e merece maior atenção da doutrina e dos julgadores.

## **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Apesar de não haver artigo específico sobre a aplicação da Responsabilidade Civil no Direito de Família, prevalece a adequação ao caso concreto, verificando se há dano a ser indenizado. Deste modo, é de se concluir que a aplicação da responsabilidade civil nos casos de rompimento de relações conjugais, notadamente no que tange ao rompimento de noivado, é no sentido de haver reparação civil nos casos em que, efetivamente, incorrem prejuízos decorrentes de danos materiais.

Por outro lado, no que tange ao dever de assistência aos filhos e à possibilidade

de responsabilidade civil pelo não cumprimento, partindo da previsão constitucional, notadamente no Artigo 227, bem como das garantias elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, os pais que deixam de prestar a devida assistência ao filho, como o dever alimentar, incorrem em ato ilícito, nos termos do Artigo 186 do Código Civil, cabendo a respectiva responsabilização, a partir da análise de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, a qual condenou o pai a pagar indenização em razão do abandono material ao filho. Ademais, observou-se que o Estado, a fim de garantir que sejam cumpridos os deveres impostos aos pais e responsáveis, intervém no âmbito familiar, inclusive tipificando, no Código Penal, o abandono material como crime, tudo em prol do dever de assistência aos filhos. Com efeito, diante de toda a pesquisa realizada na elaboração do presente artigo, é observada a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares, de modo que decisões recentes de nossos Egrégios Tribunais apontam para a caracterização do instituto a partir dos pressupostos a ele inerentes no âmbito geral, analisando o caso concreto e verificando a existência de dano que possa ser devidamente reparado.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade Civil no Direito de Família. **ADV Advocacia Dinâmica**: seleções jurídicas, n. 2, p. 39-43, fev. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/1335>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil no direito de família. In: MADALENO, Rolf Hanssen (coord.) In: WELTER, Belmiro Pedro (Org.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 359-372, 2004.

ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Responsabilidade civil no direito de família**: angústias e aflições nas relações familiares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALVES, Eliana Calmon. **Responsabilidade civil no direito de família**. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/353>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

LFG. **Análise Jurídica** - Condenação de pai por abandono material do filho, 11 jan. 2018. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/analise-juridica-condenacao-de-pai-por-abandono-material-do-filho>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre o desenvolvimento da relação entre responsabilidade civil e o direito de família no direito brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 6, n. 21, p. 58-83, out./dez. 2012.

ASSEF, Tatiana Cunha Moscheta. **Direito Civil**: Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Harbra, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BASTOS, Ísis Boll de Araujo. **O dever fundamental de proteção da família: dimensões da responsabilidade**. 2012. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito). - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2012. Disponível em: <[http://primo.pmtna01.hosted.exlibrisgroup.com/primo\\_library/libweb/action/display.do?jsessionid=DOC8F9B88BBA188852A-D23CB400F8892?tabs=viewOnlineTab&gathStatTab=true&ct=display&fn=search&doc=puc01000438926&indx=5&reclds=puc01000438926&recldxs=4&elementId=4&renderMode=popppedOut&displayMode=full&frbrVersion=2&op=Search&frbg=&&search\\_scope=everything\\_scope&dscnt=0&scps=scope%3A%28PUC01%29%2Cprimo\\_central\\_multiple\\_fe&vid=PUC01&on-Campus=true&tab=default\\_tab&vI\(freeText0\)=responsabilidade%20civil%20no%20direito%20de%20fam%C3%ADlia&group=GUEST&dstmp=1490481674914](http://primo.pmtna01.hosted.exlibrisgroup.com/primo_library/libweb/action/display.do?jsessionid=DOC8F9B88BBA188852A-D23CB400F8892?tabs=viewOnlineTab&gathStatTab=true&ct=display&fn=search&doc=puc01000438926&indx=5&reclds=puc01000438926&recldxs=4&elementId=4&renderMode=popppedOut&displayMode=full&frbrVersion=2&op=Search&frbg=&&search_scope=everything_scope&dscnt=0&scps=scope%3A%28PUC01%29%2Cprimo_central_multiple_fe&vid=PUC01&on-Campus=true&tab=default_tab&vI(freeText0)=responsabilidade%20civil%20no%20direito%20de%20fam%C3%ADlia&group=GUEST&dstmp=1490481674914)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.493.125**. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data do julgamento: 23 fev. 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1488493&num\\_registro=201401313524&data=20160301&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1488493&num_registro=201401313524&data=20160301&formato=PDF)>. Acesso em 19 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.087.561**. Relator Ministro Raul Araújo. Data do julgamento: 13 jun. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490422303/recurso-especial-resp-1087561-rs-2008-0201328-0/inteiro-teor-490422312?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da responsabilidade civil na violação da dignidade da pessoa humana na sociedade conjugal. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 11, n. 54, p. 91-118, jun./jul. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, v. 3: Parte Especial.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade civil no direito de família: com referências ao novo Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2002.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil no direito de família**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2: Obrigações; Responsabilidade civil.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5: Família; Sucessões.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5: Direito de Família.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7: Responsabilidade Civil.

FERNANDES, ALEXANDRE CORTEZ. **Direito Civil: direito de família**. Caxias do Sul, RS: Educus, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de Família**. 2. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6: As Famílias em Perspectiva Constitucional.

\_\_\_\_\_. **Novo curso de direito civil**. 10. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3: Responsabilidade Civil.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 6 Direito de Família.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 4: Responsabilidade Civil.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v. 2: Obrigações em geral.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed., rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENDES, Giulliano Caçula. A evolução da responsabilidade civil e suas implicações atuais no direito de família: análise da possibilidade de indenização por abandono afetivo. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 2, p. 127-153, abr./jun. 2016.

MENDES, Suzana de Assis. **Responsabilidade civil na ruptura da sociedade conjugal à luz do princípio da dignidade humana**. 2007. 88 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS 2007. Disponível em: <[http://primopmtna01.hosted.exlibrisgroup.com/primolibrary/libweb/action/display.do?jsessionid=DOC8F9B88BBA-188852AD23CB400F8892?tabs=viewOnlineTab&gathStatTab=true&ct=display&fn=search&doc=-puc01000396891&indx=8&reclds=puc01000396891&recldxs=7&elementId=7&renderMode=poppedOut&displayMode=full&frbrVersion=8&op=Search&frbg=&&search\\_scope=everything\\_scope&dscnt=0&scp.scps=scope%3A%28PUC01%29%2Cprimo\\_central\\_multiple\\_fe&vid=PUC01&onCampus=true&tab=default\\_tab&vlfreeText0=responsabilidade%20civil%20no%20direito%20de%20fam%3ADlia&group=GUEST&dstmp=1490481674914](http://primopmtna01.hosted.exlibrisgroup.com/primolibrary/libweb/action/display.do?jsessionid=DOC8F9B88BBA-188852AD23CB400F8892?tabs=viewOnlineTab&gathStatTab=true&ct=display&fn=search&doc=-puc01000396891&indx=8&reclds=puc01000396891&recldxs=7&elementId=7&renderMode=poppedOut&displayMode=full&frbrVersion=8&op=Search&frbg=&&search_scope=everything_scope&dscnt=0&scp.scps=scope%3A%28PUC01%29%2Cprimo_central_multiple_fe&vid=PUC01&onCampus=true&tab=default_tab&vlfreeText0=responsabilidade%20civil%20no%20direito%20de%20fam%3ADlia&group=GUEST&dstmp=1490481674914)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Décima Câmara Cível. **Apelação Cível Nº 70074221953**. Relatora Desembargadora Catarina Rita Krieger Martins. Data do julgamento: 30 nov. 2017. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70074221953%26num\\_processo%3D70074221953%26codEmenta%3D7573802+responsabilidade+civil+pelo+rompimento+do+noivado++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70074221953&comarca=Comarca%20de%20Erechim&dtJulg=30/11/2017&relator=Catarina%20Rita%20Krieger%20Martins&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70074221953%26num_processo%3D70074221953%26codEmenta%3D7573802+responsabilidade+civil+pelo+rompimento+do+noivado++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70074221953&comarca=Comarca%20de%20Erechim&dtJulg=30/11/2017&relator=Catarina%20Rita%20Krieger%20Martins&aba=juris)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. **Apelação Cível Nº 70012349718**. Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Cha-

ves. Data do julgamento: 07 dez. 2005. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=-cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70012349718%26num\\_processo%3D70012349718%-26codEmenta%3D1269468+70012349718++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70012349718&comarca=Santa%20Maria&dtJulg=07/12/2005&relator=S%C3%A9rgio%20Fernando%20de%20Vasconcellos%20Chaves&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=-cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70012349718%26num_processo%3D70012349718%-26codEmenta%3D1269468+70012349718++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70012349718&comarca=Santa%20Maria&dtJulg=07/12/2005&relator=S%C3%A9rgio%20Fernando%20de%20Vasconcellos%20Chaves&aba=juris)>. Acesso em: 04 mai. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 4: Responsabilidade Civil.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Segunda Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível Nº 1018818-95.2015.8.26.0506**. Relator Desembargador José Joaquim dos Santos. Data do julgamento: 25 abr. 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=1018818-95.2015.8.26.0506&cdProcesso=RI004DPGP0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=MX0UHU9QI3xhDMraFDVa7jbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRi-Cy4IUZbNOKN4FOxYudKlvUXMTpTKxuHZqBSQYdKDXnX01dIp92%2BGHIOiHgKWVoS2vkQ-g%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwTWXptQignWFJch18b0slhc945UnmlJgG4pMAhKZVmc2VXFY8u-NUgRMcjIE4nYtl%2FT4OJqiOCvFF3mbZVWYS5mwrlqQvt9D1drtvqRIAgurg%3D>> Acesso em: 05 mai. 2018.

VELOSO, Zeno. Deveres dos cônjuges - responsabilidade civil. In: ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato e (Org.). **Direito de família no novo milênio**: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 173-182.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v.6: Direito de Família.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 4: Responsabilidade Civil.