

Adriane Medianeira Toaldo
Silvia Lopes da Luz
(Orgs.)

Direito de Família EM CENA

MODERNAS
PERSPECTIVAS
JURÍDICAS



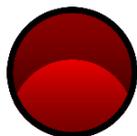
O futuro do direito está, também, na capacidade das novas gerações de profissionais e acadêmicos de questionarem a realidade posta e promoverem as mudanças criativas necessárias para o melhor futuro possível. Essa obra representa a exteriorização da inquietude e buscas de nossos pesquisadores. Procurou-se, dentre as temáticas mais instigantes, perpassar as mais diversas áreas do direito, o que demonstra a pluralidade de ideias e a interdisciplinaridade inerente às proposições do curso. Elencando os diversos ramos do direito como no civil de forma mais ampla, também intersecções entre o direito público e o direito privado próprias da contemporaneidade, bem como sobre o direito dos idosos temáticas de direitos sucessórios do companheiro no direito brasileiro e questionador estudo sobre a indenização, direito animal. Esperamos com isso contribuir para a reflexão de acadêmicos, docentes, pesquisadores, advogados e demais operadores e pensadores do direito, sobre os modos possíveis de enfrentar essas novas temáticas escolhidas por cada um dos pesquisadores. Ao organizar essa obra, foram selecionados pelas bancas de avaliação os trabalhos de conclusão de curso que se destacaram pela excelência acadêmica, mas muitos outros aqui poderiam estar, seja pelo talento dos pesquisadores, seja pela consistência com que apresentaram suas ideias. Nesse conjunto de artigos, todavia, estão representados todos os acadêmicos e professores do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) numa coletânea materializada e representativa que enfrentaram temas de elevada importância e estimularam, uns aos outros, a buscarem uma maior sofisticação como pesquisadores, da escolha das temáticas ao resultado dos textos elaborados. Agora, seu conhecimento está ETERNIZADO nessa coletânea.

Thais Prestes Veras

Advogada colaborativa
Conciliadora cível e criminal
Juíza leiga
Conferencista e consultora de projetos sociais



Direito de família em cena



Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühning

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Leandro Cordioli

ULBRA, Brasil

Direito de família em cena

Modernas perspectivas jurídicas

Organizadoras

Adriane Medianeira Toaldo

Silvia Lopes da Luz



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

TOALDO, Adriane Medianeira; LUZ, Sílvia Lopes da (Orgs.)

Direito de família em cena: modernas perspectivas jurídicas [recurso eletrônico] / Adriane Medianeira Toaldo; Sílvia Lopes da Luz (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

247 p.

ISBN - 978-65-5917-265-8

DOI - 10.22350/9786559172658

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito de família; 2. Afetividade; 3. Alienação parental; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Dedicatória

Ninguém está aqui ao acaso, todos temos pelo menos uma missão a ser cumprida, basta escutar, no silêncio de seus dias, a voz que emana de seu coração. Somos atores de nossa própria história. Somos guardiões de nossos próprios pensamentos. Somos testemunhas de nossas vitórias e superações. Somos andarilhos observando os fatos dos mundos dos fatos, tentando modificar aquilo que corroi diversas realidades não contadas. Somos sedentos por fazer justiça e levá-la a quem perdeu as esperanças. Somos seres em constante evolução, principalmente, quando buscamos, de alguma forma, transformar o nosso mundo e daqueles que nos cercam. O que ocorreu nesta obra foi o empenho dos acadêmicos, que contemplaram, através de pesquisas, análises de fatos, processos, uma nova forma de demonstrar que as normas jurídicas ainda têm muito a serem interpretadas em prol do bem comum. Dedicamos este livro para todos os que se preocupam com a transformação alquímica de si, para fazer justiça aqueles que não têm voz para clamar.

Silvia Lopes da Luz

Agradecimentos

Não há como agradecer sem pensar no criador de todos os mundos, no grande pai que nos dá a vida, a esperança, a garra para continuarmos a jornada, mesmo diante de tantas mazelas que assolam nossa existência.

Aos acadêmicos, que refletiram sobre situações-problemas e tentaram buscar soluções, ou propondo a resolução de conflitos, todos se superaram no anseio de entregar o melhor de si para honrar o mundo que os recebeu com tanta maestria.

Como crisálidas, nossos horizontes tendem a se ampliar, nosso ser torna-se majestoso e se transmuta em perseverança na procura pela dignidade humana, justiça, honestidade e senso do bem comum, com tais palavras, não poderia deixar de agradecer a professora Adriane Medianeira Toaldo, que se todos a conhecessem profundamente veriam o grande ser humano que é, além de uma excelente profissional, amiga, mentora, alguém para seguir.

Muito obrigada!!

Silvia Lopes da Luz

Sumário

Prefácio **11**

Mauro Luiz Cervi

Apresentação **13**

Thais Prestes Veras

I **16**

A alienação parental no Brasil e a (in)viabilidade de indenização por dano moral, ao genitor alienado, em decorrência da perda do tempo perdido de convivência familiar

Deise da Silva de Oliveira
Sílvia Lopes da Luz

II **60**

Abandono afetivo inverso: responsabilização civil dos filhos e indenização por danos morais

Priscila Alves Ferreira
Sílvia Lopes da Luz

III **97**

As decisões judiciais na atualidade e sua relativização na produção de direitos

Diego Fioravante
Sílvia Lopes da Luz

IV **133**

A reciprocidade do tratamento dado ao filho, na infância ao genitor, na velhice: um desafio jurídico

Gisele Elena da Silva
Sílvia Lopes da Luz

V **157**

A pensão alimentícia e o direito de convivência/guarda compartilhada aos seres senscientes

Gabriela Docki Oliveira
Sílvia Lopes da Luz

VI **183**

O Sistema Penal Patriarcal brasileiro e a necessidade de uma criminologia feminista

Jéssica de Arruda Ribeiro
Priscila Cardoso Werner

VII **213**

A inconstitucionalidade do Art. 1641, II do Código Civil

Vanessa Marques Teles
Sílvia Lopes da Luz

Sobre as Organizadoras **213**

Prefácio

*Mauro Luiz Cervi*¹

Receber o convite para prefaciar uma obra é sempre motivo de muita alegria e de responsabilidade. Apresentar os organizadores é tarefa desnecessária, mas importante registrar a trajetória acadêmica da Professora Adriane Medianeira Toaldo que iniciou na docência em 01 de março de 2004, professora dedicada e comprometida com a pesquisa acadêmica. A colega professora Silvia Lopes da Luz, professora universitária desde 01 de março de 2003, igualmente, comprometida, sempre motivada a trazer novas experiências aos acadêmicos, incentivando os mesmos a buscar sempre mais e melhor. As referidas professores exercem à docência na Universidade Luterana do Brasil campus de Santa Maria.

A obra ‘Direito de Família em Cena: Modernas Perspectivas Jurídicas’ é fruto de um semestre de estudos, e foi desenvolvida pela professora Silvia, com a participação dos acadêmicos Deise da Silva de Oliveira; Priscila Alves Ferreira; Diego Fioravante; Gisele Elena da Silva; Gabriela Docki Oliveira; Jéssica de Arruda Ribeiro e Vanessa Marques Teles do curso de Direito.

Para contribuição ao mundo jurídico, foram desenvolvidas pesquisas acadêmicas sobre os temas relevantes estudados no decorrer do primeiro semestre de 2021.

No primeiro capítulo a ‘A ALIENAÇÃO PARENTAL NO BRASIL E A (IN)VIABILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, AO GENITOR

¹ Diretor da Universidade Luterana do Brasil – Campus Santa Maria – RS.

ALIENADO, EM DECORRÊNCIA DA PERDA DO TEMPO PERDIDO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR’.

O segundo capítulo o tema será o ‘ABANDONO AFETIVO INVERSO: RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS FILHOS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS’.

O terceiro aborda ‘AS DECISÕES JUDICIAIS NA ATUALIDADE E SUA RELATIVIZAÇÃO NA PRODUÇÃO DE DIREITOS’.

Os autores discorrem sobre a ‘RECIPROCIDADE DO TRATAMENTO DADO AO FILHO, NA INFÂNCIA, AO GENITOR, NA VELHICE: UM DESAFIO JURÍDICO’, no quarto capítulo.

No quinto será apresentado o estudo sobre ‘A PENSÃO ALIMENTÍCIA E O DIREITO DE CONVIVÊNCIA/GUARDA COMPARTILHADA AOS SERES SENSICIENTES’.

Os autores dissertam sobre ‘O SISTEMA PENAL PATRIARCAL BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE UMA CRIMINOLOGIA FEMINISTA’ no sexto capítulo.

E no último e não menos importante, os autores apresentam estudos sobre ‘A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II DO CÓDIGO CIVIL’.

Em síntese, todos os títulos apresentados são capazes de recomendar e motivar o leitor a leitura, são temas atuais e importante canal de estudos para acadêmicos e profissionais da área. Parabéns aos autores e desejo uma boa leitura.

Apresentação

*Thais Prestes Veras*¹

A pesquisa se justifica quando o conhecimento produzido pode ser disseminado e aplicado. Ao reunirmos o verdadeiro espírito acadêmico com caráter voltado para os ideais comunitários e humanistas entre a teoria e a prática .

O pesquisador, que busca por conhecer a fundo determinado objeto , cuja vocação é refletir a respeito de um mundo melhor, com a utilização da ciência em prol da sociedade e utilização do seu conhecimento, não poderia resultar algo senão na produção dessa belíssima **construção coletiva**. Eis um convite a todos para que desvendem e acessem os espíritos e o resultado das pesquisas elencadas nesse importante **RITUAL DE PASSAGEM** da fase universitária para o mundo do trabalho e como ator e protagonista da própria práxis para além da lei e de sua própria historia onde contem sonhos ...Convém ressaltar, também que foi uma produção que culminou no meio de uma epidemia histórica onde coletiva e sistemicamente fomos todos atingidos

Esta obra é uma coletânea de artigos adaptados dos TCC apresentados pelos acadêmicos e seus orientadores num trabalho colaborativo na construção do curso de direito da Universidade **ULBRA SANTA MARIA** .Trata-se, pois, do resultado de pesquisas e estudos realizados PELOS ACADEMICOS FORMANDOS DE 2021 e que envolveram formandos acadêmicos de direito em parceria com seus orientadores, inspirados pela colaboração o que somente os objetivos coletivos proporcionam, com

¹ Advogada colaborativa. Conciliadora cível e criminal. Juíza leiga. Conferencista e consultora de projetos sociais.

cuidado e dedicação, para que se pudesse construir como resultados de seus trabalhos. Os trabalhos de conclusão de curso ora selecionados foram desenvolvidos ao longo de dois semestres acadêmicos, e anteriormente apresentados como proposta criativa de pensar o direito na linha de pesquisa da respeitável instituição de estudo também na área do direito. Representam, portanto, o melhor da produção científica. São adaptações das monografias destacadas dentre aquelas que atingiram seus objetivos.

Desse modo, os artigos publicados possuem o mérito de apontar as mudanças no direito e atrair a atenção para aspectos da ciência jurídica (e das novas LENTES do direito) que têm inquietado as mentes e subjetividades implicando numa constante adaptação com novos paradigmas e alternativas e construções do dia a dia do cotidiano da vida e do direito sem perder a utopia da justiça.

O futuro do direito está, também, na capacidade das novas gerações de profissionais e acadêmicos de questionarem a realidade posta e promoverem as mudanças criativas necessárias para o melhor futuro possível. Essa obra representa a exteriorização da inquietude e buscas de nossos pesquisadores.

Procurou-se, dentre as temáticas mais instigantes, perpassar as mais diversas áreas do direito, o que demonstra a pluralidade de ideias e a interdisciplinaridade inerente às proposições do curso. Elencando os diversos ramos do direito como no civil de forma mais ampla, também intersecções entre o direito público e o direito privado próprias da contemporaneidade, bem como sobre o direito dos idosos temáticas de direitos sucessórios do companheiro no direito brasileiro e questionador estudo sobre a indenização, direito animal.

Esperamos com isso contribuir para a reflexão de acadêmicos, docentes, pesquisadores, advogados e demais operadores e pensadores do direito, sobre os modos possíveis de enfrentar essas novas temáticas

escolhidas por cada um dos pesquisadores. Ao organizar essa obra, foram selecionados pelas bancas de avaliação os trabalhos de conclusão de curso que se destacaram pela excelência acadêmica, mas muitos outros aqui poderiam estar, seja pelo talento dos pesquisadores, seja pela consistência com que apresentaram suas ideias. Nesse conjunto de artigos, todavia, estão representados todos os acadêmicos e professores do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) numa coletânea materializada e representativa que enfrentaram temas de elevada importância e estimularam, uns aos outros, a buscarem uma maior sofisticação como pesquisadores, da escolha das temáticas ao resultado dos textos elaborados. Agora, seu conhecimento está ETERNIZADO nessa coletânea. Que esta obra seja de bom proveito aos leitores e uma bela celebração. Que seja um estímulo à pesquisa e à disseminação do conhecimento. Estão todos convidados a “tocar o barco” nos mares da vida numa bela e necessária travessia que poderá trazer luzes ao mundo pós-pandêmico com troca de paradigmas da competição para a colaboração e dialogal na busca de cultura de paz e busca dos direitos humanos. Por fim, que esta obra seja de bom proveito aos leitores. Que seja um estímulo à pesquisa e à disseminação do conhecimento. Estão todos convidados nessa partilha que antes de mais nada é o ritual de passagem da eterna fase universitária para o rumo da vida profissional e pessoal de sonhos e objetivos.

A alienação parental no Brasil e a (in)viabilidade de indenização por dano moral, ao genitor alienado, em decorrência da perda do tempo perdido de convivência familiar ¹

*Deise da Silva de Oliveira*²

*Silvia Lopes da Luz*³

1 Introdução

O estudo justifica-se, de forma geral, para a busca de defesa e garantia dos direitos fundamentais e especiais do genitor, que é afastado de seus filhos, em decorrência da alienação parental (importante frisar que esta deve ser comprovada por sentença judicial), bem como na mediação de conflitos gerados em decorrência da alienação parental.

Como forma de melhor amparar o genitor, que é a vítima das constantes alienações e suas consequências psicológicas, esse poderia buscar indenização por abalo moral, contra aquele que causou o afastamento e convivência com seus filhos, fazendo-o sentir no bolso a dor do tempo que deixou de conviver com a prole, além de coibir os incessantes ataques sofridos resguardando um salutar convívio familiar. A alienação parental fere, de forma significativa, um dos direitos fundamentais estabelecidos no art. 226 da Constituição Federal de 1988 (CF) “a família base da sociedade proteção do estado” é notório ressaltar que é direito dos pais terem

1 Artigo apresentado, no primeiro semestre de 2021, ao Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – Campus Santa Maria, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito.

2 Graduanda do Curso de Direito, Ulbra Santa Maria, E-mail: deise.santos@outlook.com.br

3 Orientador do artigo. Bacharela em Direito. Mestra Patrimônio Cultural. Professora do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – Campus Santa Maria. E-mail: silvia.luz@ulbra.br

convívio familiar intocável e caso esse direito seja cerceado deverá ocorrer sanções.

A ocorrência da alienação parental não é um fato novo no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de a lei de proteção ter onze anos, usar os filhos como instrumento de vingança, após o fim de um relacionamento, é um atentado contra os princípios basilares da proteção à família (convivência familiar, dignidade humana, afetividade, melhor interesse da criança). O genitor alienado, visando efetividade e celeridade no acolhimento junto à prole, além de denunciar os atos de alienação parental e solicitar as punições devidas contra o alienador, poderia ingressar com ação indenizatória por abalo moral e perda de chance de convivência.

Para que se tenha melhor compreensão, em torno da importância de lei envolvendo os atos de alienação parental, faz-se necessário o estudo de todo processo do qual engloba o tema supracitado. O tema possui relevante importância para se ter ciência de como é praticado, quem são as vítimas, modo de sanar e, quando identificados, a lei deve servir para resguardar e corrigir de forma a restaurar o bom convívio entre todas as partes, além de efetiva indenização ao patriarca que perdeu a convivência, injustamente com os seus filhos.

Discorrer sobre os princípios norteadores da família elencados pela disciplina de Direito de Família, sob a ótica doutrinária e constitucional, são vários os princípios que compõem, hoje, o Direito das Famílias, dando-lhe abrangência, contorno e diretriz para a interpretação normativa. Tais princípios são de caráter constitucional, apresentam-se de forma evidente ou implícita, todos com o mesmo valor, visto que não há hierarquia entre princípios, ainda que algumas doutrinas, em questão, destaquem o princípio da dignidade com uma importância maior diante os outros, da mesma esfera, embora todos com a mesma preferência sobre as regras de direito estabelecidas pelas leis.

O primeiro capítulo discorre sobre o conceito da Alienação parental, os danos sofridos pelo genitor alienado, as formas em que a alienação parental se apresenta e os danos causados pela prática de tal ato, também é feita uma análise acerca da Lei 12318/2010, elencando e destacando os principais artigos desta lei. Já no segundo capítulo destacar-se-á os princípios constitucionais que regem o direito de família brasileiro, ressaltando alguns dos essenciais princípios como o preceito da dignidade humana, solidariedade, afetividade, melhor interesse da criança entre outros. Neste mesmo capítulo também são citadas características do alienador, seus objetivos e ações na prática da alienação parental. No terceiro e último capítulo, enfatizar-se-á a possibilidade de o genitor alienado entrar com ação indenizatória por danos morais em face do genitor alienador, por todo dano sofrido e as perdas que também ocorreram através da prática desta alienação, foram citadas algumas jurisprudências em que a decisão foi favorável a parte lesada, foi ressaltado também os requisitos necessários para a caracterização da obrigação de indenizar, a análise dos elementos subjetivos da responsabilidade sendo eles, nexo causal, ilicitude, dano e culpa. Concluindo o capítulo foi citada a mediação de conflitos como forma de atenuar os danos e efeitos da alienação parental, sendo a mediação uma forma mais branda para a resolução de conflitos em que se exige um maior cuidado, como nos conflitos de família.

A linha de pesquisa utilizada, refere-se aos Direitos Humanos, fundamentais e especiais nas perspectivas individuais e coletivas, a fim de compreender os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos especiais como um processo histórico na sociedade contemporânea e suas inter-relações com as áreas e específicas do direito, na perspectiva individual e coletiva.

2. Lei 12318, de 26 de agosto de 2010 alienação parental: dano e castigo /punição

Em 27 de agosto, de 2010, foi promulgada a Lei Nº 12.318, "Lei de Alienação Parental", com o intuito de amenizar casos de abusos sofridos tanto por crianças e adolescentes, como também por genitores, assim conferiu maiores poderes aos juízes, quanto à proteção e melhor interesse dos vulneráveis da relação familiar. A CF afirma, em seu art. 227, que para as crianças devem ser asseguradas, primordialmente pela família, e, fundamentalmente pelo Estado, o direito de gozar da vida familiar e comunitária visando proteger a criança de toda e qualquer forma de abandono, violência e opressão. A lei de Alienação Parental (já mencionada) define a alienação, em seu artigo 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 por alguém que tenha a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie o genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (Lei 12318, 2010)

De um modo geral, tem-se alienação parental quando um dos genitores ou aquele que detém a guarda tem uma influência negativa na formação da criança ou adolescente, promovendo ou induzindo que estes criem obstáculos na manutenção dos vínculos afetivos com o outro genitor, conforme explana Dias:

Grande parte das separações produz efeitos traumáticos que vêm acompanhados dos sentimentos de abandono, rejeição e traição. Quando não há uma elaboração adequada do luto conjugal, tem início um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Os filhos são levados a rejeitar o genitor, a odiá-lo. Tornam-se instrumentos da agressividade direcionada ao

parceiro. A forma encontrada para compensar o abandono, a perda do sonho do amor eterno, acaba recaindo sobre os filhos, impedindo que os pais com eles convivam. (Dias, 2016, p.363)

Tal ato passou a ser mais frequente, após algumas transformações no padrão de família no qual o pai passou a ser mais participativo e requerer seu direito à guarda do filho, levando em consideração que, em outros tempos, era mais praticável a guarda materna. (DIAS, 2016, p.538). A separação dos genitores não determina a perda do poder familiar por nenhum deles. Esse poder se mantém, mesmo com a ruptura do matrimônio, ou da união estável. O fim da relação conjugal desencadeia, em algumas pessoas, o sentimento de raiva, rejeição, abandono e, muitas vezes, por não saberem lidar com esses sentimentos acabam utilizando os filhos como ferramenta como forma de ferir o outro genitor. Dias comenta:

[...]trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro, o detentor da guarda ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro. DIAS (2015, p. 125)

A alienação parental, consoante o já assentado, conforma-se com a campanha de descrédito do alienador contra o alienado, com a finalidade de dificultar, ao máximo, a convivência dele com o menor. O que pode ser analisado é que a criança é utilizada como um instrumento no litígio travado pelos adultos. Dentro desse jogo de manipulações, o objetivo principal é afastar o genitor alienado a qualquer custo e, por vezes, o alienador se utiliza de artifícios como a obstrução da comunicação,

utilizando de afirmações como a de que o alienado “não gosta do filho”, que o “abandonou” até mesmo relatos ilegítimos de violência física ou sexual. A fim de ilustrar melhor o assunto, recorre-se à explanação de Santos:

[...] alienação parental pode ser, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este, como realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade, impedir o pai ou mãe que não tem a guarda de obter informações médicas ou escolares dos filhos, criar obstáculos à convivência da criança com um dos genitores, apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar sua convivência com a criança ou adolescente, ou 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. (SANTOS, 2016, pg. 10)

Pode-se analisar que a alienação parental pode ser praticada não somente pelos genitores, mas também por outra pessoa a qual detenha a guarda da mesma, usando de artifícios para dificultar a convivência e a criação ou manutenção de vínculos afetivos entre o filho com outro que seja do mesmo núcleo familiar, não sendo necessariamente apenas entre os genitores.

Nesse contexto, o alienador, tenta, através da negação do exercício dos direitos do outro genitor para puni-lo por uma decepção sofrida. Utiliza-se, como exemplo de alienação parental, o caso abaixo descrito em jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INCIDENTAL DE DECLARAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. ACUSAÇÃO DE ABUSO SEXUAL PRATICADO PELO GENITOR CONTRA A FILHA/INFANTE. CONSTATADA A OCORRÊNCIA DE

ALIENAÇÃO PARENTAL PERPETRADA PELA MÃE. NECESSIDADE DE RECONSTRUÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS ENTRE PAI E FILHA. SENTENÇA REFORMADA. O presente recurso tem por objetivo a reforma da decisão proferida pelo juízo singular que, nos autos da ação incidental de declaração de alienação parental, julgou improcedente o pedido formulado na inicial. Para tanto, o apelante alegou que os autos estão alicerçados na palavra de uma mãe alienadora, que é fantasiosa e totalmente distorcida da realidade. Com efeito, após uma análise cuidadosa e detalhada dos autos, verificou-se que as graves acusações de abuso sexual praticadas pelo genitor contra a filha não passam de alegações, sem qualquer elemento de prova que possa embasar os relatos, e que, inclusive, são eivados de contradições e ausência de esclarecimentos coerentes sobre a dinâmica do ocorrido. A genitora criou uma história, que talvez tenha passado a acreditar, em que o pai figurava como um monstro abusador, de quem a mãe iria proteger a filha, ao contrário do que a própria progenitora fez. Assim, desqualificou o pai, que se tornou pessoa da qual a infante passou a ter medo, causando evidente prejuízo à manutenção de vínculos com este, além dos prejuízos psicológicos fatalmente acarretados na menina, em evidente prática de alienação parental. Apelação provida. (TJ-RS - AC: 70080365315 RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Data de Julgamento: 10/07/2020, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 25/09/2020)

Nota-se, na jurisprudência acima, o intuito da mãe de denegrir a imagem do genitor, fazendo com que o vínculo existente entre genitor e filha se rompa e a convivência não seja possível. Esse é um solo produtivo para que a alienação parental frutifique e traga resultado danosos. Os sentimentos e o desejo de convivência do genitor alienado são deixados de lado, ferindo assim o princípio da afetividade. Com viés preconceituoso, algumas pessoas pensam que a alienação parental é prática implementada apenas por mulheres, que tal ato é característico deste gênero, pois são mais propensas a sentir emoções que induzam a vingança.

A alienação parental pode causar efeitos negativos tanto no alienador, quanto no alienado, principalmente para o genitor alienado que através da

alienação parental pode sofrer danos irreversíveis. Diante dos casos de alienação parental no Brasil, o fenômeno foi regulamentado legalmente pela lei no. 12.318/2010, que visa conceituá-lo, além de devotar-se sobre a constituição da imagem do alienador e do alienado, tratar das medidas judiciais que devem ser aplicadas aos casos e outros aspectos. Esta lei, composta por onze artigos, dois deles estabelecem a definição de alienação dos pais. No art. 2º está conceituado o que é a alienação parental. Os casos de abuso devem ser analisados com cautela, pois cada caso têm suas características. No entanto, em casos em que existe o abuso familiar, alguns comportamentos tornaram-se comuns, como desdenhar ou insultar o alienado, impedir que os mesmos entrem em contato com seu filho e não fornece informações importantes do mesmo.

O art. 3º estabelece que a alienação parental fere o direito fundamental à convivência familiar e que constitui ato de descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental, da tutela ou da guarda. É importante pontuar que está em trâmite, na Câmara dos Deputados, o projeto de lei (PL) no. 4.488/2016, que pretende criminalizar a alienação parental. Caso este projeto de lei seja aprovado, o aperfeiçoamento legislativo modificará esse art. 3º da lei no. 12.318/2010. No art. 4º está assegurada a tramitação prioritária para os processos que tratem dos casos de alienação parental, além da possibilidade de aplicação de medidas provisórias, com a finalidade de preservar a integridade psicológica do alienado, garantindo assim uma melhor convivência entre genitor e filho.

Diante das denúncias de violência e, até mesmo, abuso sexual intrafamiliar, é aceitável que sejam aplicadas medidas liminares para afastar o perigo, tais como monitorar as visitas, bem como suspender o direito de visitação. Essa última acaba por afastar um dos pólos do convívio com os menores, nesse caso, estaria consagrada a vitória (mesmo que temporária) para o alienador, pois até que se descubra que se trata de

mentiras e falsas memórias, o objetivo de afastar o alienado já foi alcançado, mesmo que isso traga sérios transtornos para o genitor alienado. Está disposto no art. 5º, da lei de alienação parental, onde é determinado que, caso haja indícios do abuso, o juiz deve determinar uma perícia psicológica e social que deve ser realizada por um profissional ou equipe multidisciplinar. Madaleno cita que: "Vale ainda ressaltar a morosidade processual familiar, que diante deste cenário, serão determinadas perícias com assistentes sociais e psicólogos para que se constate os maus tratos ou abuso sexual, podendo tal processo durar anos." (MADALENO, 2017), muitas vezes, os procedimentos judiciais são, em muitos casos, demorados, em parte devido acúmulo de processos.

Nesta toada, quando o quadro de alienação parental é constatado, a medida mais urgente a ser tomada é que cesse o abuso pelo alienador, para isso, no art. 6º, estão elencadas algumas medidas de cunho preventivo e protetivo, que não estão livres de críticas em razão dos paradoxos observados na lei, que está sendo presentemente analisada, mas cuja discussão não constitui objetivo do presente trabalho. Ao que se refere as medidas, é citado a multa, a advertência, o acompanhamento psicológico de todo o grupo familiar, a inversão da guarda podendo até mesmo ocorrer a suspensão do poder familiar. Dependendo da gravidade do caso, o juiz pode escolher qual medida será aplicada e pode até mesmo aplicar mais de uma delas cumulativamente. Cabe ressaltar que o alienador não fica isento de eventual responsabilidade cível ou criminal. Tendo em vista que essas medidas têm o intuito de desencorajar o alienador de prosseguir com suas práticas, além de reestabelecer de forma imediata o contato do genitor alienado com seu filho, antes que danos incorrigíveis se multipliquem.

No momento em que é identificado um quadro de alienação parental, o genitor alienado perde coisas como o tempo de convívio com o filho que

é algo que não será reparado. Atualmente, após a consagração do princípio da reparabilidade do dano moral, previsto na CF, é plausível que esses genitores atingidos pela dor moral devam ser indenizados. As medidas previstas na lei de alienação parental, bem como as medidas tomadas pelo poder judiciário, não são suficientes para coibir os atos de alienação parental. Diante da complexidade desses casos não será uma sentença, apenas um tratamento psicológico, ou a reversão da guarda suficiente para suprir todo tempo perdido de convivência do genitor alienado para com a criança. Tem-se a condenação do genitor alienador ao pagamento de indenização por danos morais ao genitor alienado por seu sofrimento e por todos os demais danos acusados, é uma maneira eficaz para coibir os atos de alienação parental.

3. Princípios constitucionais na defesa da família e atos do alienante

Devido a sua importância, a família recebeu respaldo especial do Estado, tendo em vista sua influência no que diz respeito ao desenvolvimento dos membros que compõem o núcleo familiar. Os princípios constitucionais. Neste sentido, Rosenvald e Farias, destacam que “o nosso Direito das Famílias tem a Constituição da República como diploma legal norteador da matéria, traçando os seus princípios e regras básicas e fundamentais” (Rosenvald e Farias, 2015). E ainda explicam que:

Andou muito bem o constituinte de 5 de outubro, no que concerne à estruturação do Direito das Famílias. Com efeito, estabelecer, em sede de Lei Maior, as diretrizes fundamentais do sistema jurídico-familiar foi de extrema valia, impedindo interpretações dissonantes com o espírito igualitário e solidário das garantias fundamentais. (ROSENVALD E FARIAS, 2015, p. 34).

Após a inserção desses princípios na Carta Política, eles surtiram efeito nas normas e garantias básicas da definição, acarretando ligeiras

modificações na interpretação da lei. Essa doutrina pressupõe que os fatos dos princípios jurídicos distinguem princípios de regras, e geralmente enfatiza que as regras não podem contrapor os preceitos dos princípios.

De acordo com Duarte (2017), o jurista alemão Robert Alexy elaborou sua teoria com base na tipologia de "normas jurídicas", Alexy estudou suas teorias de direitos básicos. Os tipos são: regras e princípios. Alexy defende o argumento de que princípios e regras são baseados no argumento de que ambos expressam obrigações. Para ele, a diferença entre os dois não é uma diferença de grau, mas de qualidade. Por outro lado, as regras são normas que devem ser estritamente seguidas. No Direito das Famílias os princípios não são restritos, já que vários são entendidos de outros princípios gerais, mas alguns têm maior importância e relevância, destacando alguns como: o princípio da igualdade, dignidade, liberdade, de proteção a crianças e adolescentes e os que proíbem o retrocesso social.

Em virtude das transformações ocorridas e que estão a ocorrer no direito de família, alguns princípios emergem do sistema jurídico brasileiro e que poderiam desfrutar de autonomia, como o princípio do pluralismo de entidades familiares, adotado pela Constituição de 1988, pois elas são titulares de mesma proteção legal. Tal princípio, todavia, por sua especificidade, encontra fundamento em dois princípios mais gerais, aplicáveis ao direito de família, a saber, o da igualdade e o da liberdade, pois as entidades são juridicamente iguais, ainda que diferentes, e as pessoas são livres para constituí-las. (Lobo, 2018, pg.30)

A família é composta por fatores diversos e que podem envolver diversos aspectos, pois hoje existe uma estrutura variada. A família foi, é e continuará a ser o núcleo básico, essencial da formação e estruturação do sujeito e assim também do Estado, é uma estrutura composta de emoção, afeto, compreensão, solidariedade e reconhecimento. O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais importantes princípios e está

prescrito no artigo 1º, inciso III, da CF. Este princípio norteia os demais princípios do Direito das Famílias, como o da liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade. O princípio da dignidade humana, ao colocar as pessoas no centro da ordem constitucional, garante a relação entre os membros das famílias. Esse princípio traz, como base, a igual dignidade a todas as entidades familiares, sendo incorreto dar tratamento diversificado às diversas formas de filiação, ou aos diversos tipos de formação de famílias, pois é o meio pelo qual o indivíduo conquista e mantém sua dignidade, a fim de alcançar a felicidade.

Os princípios de liberdade e igualdade foram considerados fundamentais com relação aos direitos humanos. A CF assegura direitos e deveres iguais, tanto para o homem quanto para a mulher, pois são iguais em direitos e obrigações, como mostra em seu artigo 5º, inciso I:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...] (BRASIL, 1988).

Tal disposição de igualdade de gênero determina que, existindo um homem e uma mulher, numa mesma situação, não poderá haver um tratamento diferenciado, sob pena de infração constitucional. No âmbito das relações familiares, a Constituição reforçou o princípio de igualdade no que diz respeito à sociedade conjugal, como se observa no artigo 226, § 5º: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”, ou seja, este dispositivo exclui a ideia de *cabeça* do casal, cabendo a ambos as responsabilidades nas relações familiares.

A Carta Política, ao instaurar o regime democrático, preocupou-se em acabar com as discriminações, conferindo a igualdade e liberdade, com especial atenção ao meio familiar. Desta forma, a igualdade, assim como o respeito às diferenças são princípios norteadores do Direito de Família (DIAS, 2016, p. 49). O artigo 227, § 6º, da CF, tem a redação idêntica aos artigos 1.596 e 1.629 do Código Civil, onde consta que não deve haver distinção entre os filhos, sejam eles legítimos, naturais ou adotivos. É assegurado o reconhecimento dos filhos concebidos fora do casamento, vedando as designações discriminatórias, relativas à filiação. Nesse sentido, no que se refere à liberdade e à diferença, o Estado tem a responsabilidade de garantir, efetivamente, que todos os membros da família sejam tratados com igualdade, pois os conceitos de família estão em constante evolução e mudança com o desenvolvimento da sociedade.

O princípio da solidariedade, tem sua origem através dos vínculos afetivos, dispõe de um marcante conteúdo ético, pois contém em sua expressão o significado de solidariedade, que abrange a fraternidade e reciprocidade (DIAS, 2016, p. 51). Por meio desse princípio a família se rege pela ação conjunta dos pais na hora de cumprir com seus deveres. Garante aos menores, a partir da proteção, deveres, acompanhamento e obrigações, cabendo aos pais orientá-los para um desenvolvimento profissional e pessoal digno e adequado. Este treinamento é realizado, principalmente, no dia a dia em um ambiente familiar. De acordo com a redação dos artigos 1.511 e 1.692 do Código Civil (CC), ambos os genitores têm o dever de assistir à família, porque são iguais em direitos e obrigações iguais.

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. [...] Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de

que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. (BRASIL, 2002).

É válido salientar que, mesmo com as garantias patrimoniais, é de fundamental importância que haja afeto e um ambiente psicológico sadio, ficando assegurados, através do Estado, a todos os integrantes da família, os direitos constitucionais necessários para sua formação, por meio de procedimentos que coibam qualquer forma de violência nas relações familiares, atingindo o objetivo da solidariedade no grupo familiar.

O artigo 226, §7º, da Carta Constitucional, dispõe que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado proporcionar os recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito, é proibida qualquer forma de coação por parte de instituições oficiais ou privadas. O planejamento deve ser o norteador das decisões que serão tomadas pelo grupo familiar, sendo de responsabilidade dos pais, entrar em acordo, sobretudo, o que tem relação a sua entidade familiar, pautados nos princípios da liberdade e dignidade. Se o planejamento é livre, ter, ou não ter filhos, na ruptura da união, deverá ocorrer a mesma maturidade para permitir o convívio saudável entre pais e filhos, sob pena de incorrer em dano de monta tanto para o filho, que deixa de conviver com um dos pais, quanto ao genitor que perdeu momentos únicos ao lado de sua prole.

Observada a existência da igualdade constitucional, prevista no artigo 50, caput da CF, da qual pode se extrair a igualdade entre os cônjuges e/ou companheiros, que possui uma conexão direta com o conceito de justiça, no campo familiar e sociedade conjugal, ambos os cônjuges encaminham na direção da sociedade conjugal com cooperação mútua. Conforme preceitua Tartuce(2016), em decorrência desse princípio, surge a igualdade na chefia familiar, que pode ser exercida por qualquer um dos

cônjuges em um regime democrático de cooperação, podendo, inclusive, os filhos opinar. Este fato desmistifica o modelo patriarcal antigo, onde se tinha a figura do homem como responsável pelo sustento e direção da prole, abrindo espaço para a decisão de todo grupo familiar em comum acordo. Se há igualdade na sociedade, há igualdade de afeto e não cabe a um dos genitores afastar o outro do convívio com os filhos, pois poderá causar dano irreparável em ambas as vítimas.

O melhor interesse da criança e do adolescente foi destacado no preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, que foi ratificado no Brasil em 26 de janeiro de 1990, pelo Decreto Legislativo no 28, de 14 de setembro de 1990 e promulgado pelo decreto Presidencial n^o 99.710, de 21 de novembro de 1990, nos seguintes termos: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.” Este entendimento vem normatizado no art. 227 da CF, que estabelece prioridade precípua à criança e ao adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, mas a recíproca é verdadeira, no que se refere ao direito de os pais conviverem, pacificamente, em igualdade de condições com seus filhos, tanto para o melhor interesse desses, como para seus genitores.

A criança não pode ser objeto de retaliação dos pais quando separados, também ambas as partes devem saber como lidar com a separação sem afetar a felicidade de qualquer integrante do recente círculo familiar. Desta forma, com a ocorrência de tal evento, deverá, na guarda, ser tratado a respeito do destino, criação e educação do filho menor, tendo como prioridade a maior o interesse deste.

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais. (Lobo, 2018, pg.47)

A lei, ao enfatizar que deve ser respeitado o interesse do menor tem o intuito de evitar que sejam cometidas arbitrariedades por um dos genitores ou detentores da guarda, como a prática de alienação parental, pois nenhuma das partes merece sofrer com as consequências dos danos causados por tal. O melhor interesse dos menores leva alguns tribunais a propor a guarda compartilhada, ou conjunta. O instituto da guarda ainda não evoluiu totalmente. A questão da guarda de pessoas que vivem em lugares diferentes não é de fácil resolução. Dependerá de forma elevada o perfil psicológico, cultural e social dos pais, além do grau de atrito que impera entre eles após a separação.

O acordo entre os pais ainda é o melhor elemento para persuadir o juiz, a premissa é que ninguém conhece seus filhos melhor do que seus pais e não sabe o que é melhor para seu futuro. Infelizmente, mesmo com toda a importância que envolve o princípio do melhor interesse da criança, por inúmeras vezes, os pais não conseguem chegar a um acordo sobre a guarda do filho, o que acarreta sofrimento tanto para filhos, como para os pais. Os tribunais têm demonstrado, como fundamentação de suas decisões, o princípio do melhor interesse dos filhos, como no julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1 As decisões acerca da guarda de menores são SEMPRE tomadas exclusivamente no interesse deles, levando-se em conta todos os aspectos de seu desenvolvimento psicológico, moral e afetivo. 2. Não há registro, até o presente momento, de violência, ameaça, alienação parental ou qualquer outro tipo de risco para a menor por parte do genitor. Em outras palavras, não há nos autos provas contundentes de que a criança esteja sendo submetida a condições inadequadas para o seu crescimento saudável, com a guarda compartilhada deferida ao genitor, ou de que este tenha faltado com quaisquer das obrigações impostas pelo art.º. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A modificação, em sede de juízo de cognição sumária, da guarda das menores, visa atender o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. 4. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF - AGI: 20150020295274, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 04/02/2016, 3ª Turma Cível, Data da Publicação: Publicado no DJE: 15/02/2016. Pág.:353)

Considerando o exposto, é de suma importância a observação do princípio do melhor interesse da criança, visto que este tem, por intuito, garantir os direitos inerentes ao menor, assegurando-lhe o pleno desenvolvimento e sua formação cidadã, impedindo os abusos de poder pelas partes mais fortes da relação jurídica, já que o menor, a partir do entendimento de tal princípio, ela adquiriu o status de parte de baixa renda e, portanto, sua proteção legal deve ser maximizada.

Quanto ao princípio da afetividade, está diretamente relacionado à estabilidade das relações socio afetivas de cada família, em face das considerações de caráter patrimonial, ou biológico. Faz referência ao que une a família, o afeto, já que este é um direito que causa transformações no indivíduo. O direito ao afeto é inerente ao direito fundamental à felicidade, onde o Estado também deve auxiliar, de maneira que as pessoas realizem seus projetos de preferência, ou de desejos legítimos. Para isso, o Estado precisa criar meios que contribuam para as aspirações de felicidade

das pessoas, levando em conta o que é importante para o indivíduo e para a comunidade em que ele está inserido (DIAS, 2016).

Ressalta-se que nenhum princípio é absoluto e, por isso, havendo conflito entre eles, deve haver a ponderação para que se chegue a melhor resolução do conflito. Apesar da dificuldade na identificação da violência psicológica sofrida pelo alienado, algumas características do alienador podem ser percebidas, ajudando na sua identificação, Carvalho aponta como uma das principais características do alienador a “lavagem cerebral”, como citou “A principal característica do guardião alienador é a lavagem cerebral do menor, para que atinja uma hostilidade quanto ao pai visitante e passe a crer que foi rejeitado e abandonado, partilhando ódios e ressentimentos com o alienador, tornando-se o seu cúmplice.” (CARVALHO, 2015).

O alienador têm ações movidas por sentimentos como inveja, ciúmes, destruição, ódio, superproteção dos filhos, raiva, entre outros. Pode-se dizer que esses sentimentos se devem ao divórcio não resolvido e que ainda não foi superado pelo genitor alienador, transferindo estes sentimentos para o filho, para que o mesmo use estes de forma brutal com o genitor alienado, causando dano irreparável a este, por se sentir menosprezado pelo seu rebento. Evitando que o alienado participe da vida do filho e, ao mesmo tempo, como forma de denegrir sua imagem. A alienação parental é, na verdade, uma luta entre os pais, seja de forma consciente ou inconsciente, e que têm efeitos nocivos para o genitor alienado e para o filho; muitos desses danos podem ser irreversíveis, ou difíceis de reparar. Carvalho classifica a alienação parental como “A Alienação parental é um conjunto de sintomas, tratando-se de mudanças de comportamento da criança ou do adolescente quando é programada pelo alienador, que pode ser um dos pais, parente ou guardião, para desprezar

ou odiar o outro genitor, excluindo-o ou matando-o dentro de si” (CARVALHO, 2015).

Com isso, o alienador faz com que o genitor alienado perca o vínculo com o filho, por meio de mentiras, falta de convivência, entre outros fatores fundamentais para que se tenha um bom relacionamento, sem contar na perda de tempo, que é algo que não pode ser desfeito e causa grandes danos ao genitor alienado. No tocante aos vínculos familiares o doutrinador Venosa argumenta quanto ao poder familiar:

Do ponto de vista dos pais, o poder familiar contém muito mais do que singela regra moral trazida ao Direito: o poder paternal, termo que também se adapta a ambos os pais, enfeixa um conjunto de deveres com relação aos filhos que muito se acentuam quando a doutrina conceitua o instituto como um pátrio dever. O poder familiar, ou melhor, a autoridade parental, não é o exercício de um poder ou uma supremacia, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei. Nesse sentido, entendemos o pátrio poder como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens. (Venosa, 2018, p.343)

Não existe uma definição de tempo que limite o poder familiar, mesmo havendo circunstâncias em que não ocorra a não prática deste. Contudo, isso não quer dizer que se perde com o decorrer do tempo. Somente por via judicial, entre as medidas legais, é que pode ser destituído o poder familiar. Sendo assim, podemos considerar que é um exercício constante, sem a possibilidade de limitações pelo não uso. Não existe nenhuma forma de renunciar uma paternidade ou maternidade por opção, segundo Venosa, nem como dividir o poder familiar. Acontece de maneira única e por completo. (VENOSA, 20018). Em muitos desses casos, ao ser constatada a Alienação Parental, ou conduta que dificulte a convivência entre pai/mãe e filho, o alienante acredita que se isentará de culpa. O judiciário

deve estar atento a esse fenômeno, divulgá-lo e intervir na relação de abuso moral entre o alienador e o alienado. Percebe-se que o reconhecimento judicial das consequências da alienação parental vai desde a mera declaração da ocorrência e advertência, até uma consequência mais grave, como a suspensão do poder parental.

É válido ressaltar que este tipo de advertência não tem por base o lucro, mas é vista como uma simples forma de diminuição de ocorrências do caso em estudo, desencorajando o alienador na incidência da conduta. Até mesmo, porque a multa só será cobrada no caso de inadimplemento da obrigação. Por se tratar de um distúrbio psicológico, o juiz também pode determinar assistência psicossocial psicológica e/ou biológica ao conceber a alienação parental para determinar a veracidade dos fatos alegados, como sendo de alienação parental; a mesma, engloba os principais envolvidos nesta conduta, quais sejam, a criança ou adolescente e os genitores. Embora já houvesse tal previsão no artigo 129, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). E tem como fundamento reverter os efeitos da alienação parental sobre o menor e alertar o alienante de suas ações, assegurando que as vítimas da alienação parental poderão ser ressarcidas pelos danos que lhes foram causados, desde que comprovados os requisitos básicos; bem como não impede que sejam aplicadas outras medidas apropriadas para reduzir ou conter o impacto da alienação parental. As medidas punitivas não se aplicam apenas aos pais, mas também a todos os que contribuem, dificultando a convivência dos filhos com os pais ou familiares. Diante disso, é compreensível que toda ação tenha uma resposta. Mesmo não existindo a pena de detenção, ou reclusão para os casos de alienação parental, quem recair nesta conduta sofrerá alguma medida prevista na Lei no 12.318/2010.

4. A alienação parental e a (in)viabilidade de indenização por dano moral ao genitor alienado, em decorrência da perda do tempo perdido de convivência familiar

As relações humanas são subjetivas e o convívio familiar é um dever, porém o afeto é gerado através da convivência, desta forma não deve o genitor que detém a guarda dificultar ou até mesmo impedir o convívio do progenitor, não detentor da guarda. Neste contexto, destaca-se a possibilidade de o genitor alienado entrar com ação indenizatória por danos morais em decorrência do tempo em que perdeu de convivência com o filho por consequências de atos da alienação parental. Pois é meio importante de se fazer cumprir a tutela jurisdicional, porém de maior importância, é o cumprimento, pelos genitores de conviver com seus filhos, tornando dessa forma o laço familiar afetuosos, com base no respeito, amor e solidariedade. Está disposto na Constituição Federal de 1988, o direito a indenização por danos morais e/ou matérias, decorrentes da violação da dignidade humana, em seu art. 5, incisos V e X, nestes termos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] V é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...] X são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, CF, 1998).

Nem todos os danos são valorizados pela lei, pois as pessoas acreditam que as características da vida social são perdas e danos comuns na vida cotidiana, que devem ser amparados dentro de certos limites. O direito se adapta às turbulências sociais, o dano moral é um exemplo: Antes

que a Constituição incluísse o princípio da dignidade humana, tanto a doutrina quanto a jurisprudência levantavam objeções a este assunto, as quais apresentavam grande resistência à sua admissibilidade. (Lobo, 2018)

Danos são quaisquer lesão aos bens jurídicos, resultando em perda de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. O dano moral se constitui na violação dos direitos do autor, honra pessoal, aos bens que integram sua intimidade, nome, imagem ou liberdade sexual. O dano moral é o resultado da violação dos direitos da personalidade, não da perda ou redução de bens. (Diniz, 2018)

É o dano imaterial expresso pela Constituição em seu art. 5. X estipula que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem são invioláveis e garante o direito à reparação dos danos causados pela infração (Lobo, 2018).

Por conseguinte, conforme Figueiredo e Alexandridis (2014), ao privar o genitor alienado do convívio familiar o alienante fere diretamente e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois é manipulado pelos atos do alienador. O Código Civil, no que lhe concerne, validou este princípio ao estabelecer, em seus arts. 186, 187 e 927, o dever de reparar o dano que causado a outrem por meio da prática de ato ilícito. Assim dispõe:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187 também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente

desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, CC, 2020)

A alienação parental é uma ação que lesa os direitos do alienado; portanto, esgotados os meios de inibir está prática, é possível obter a indenização por dano moral. Cumpre esclarecer que a particularidade das relações familiares não reconhece a pura e simples ocorrência das normas de responsabilidade civil, devendo ser filtrada pela natureza especial (e existente) da pena que distorce as relações de direito da família. Para caracterizar a obrigação de indenizar, devem ser assinalados no caso analisado os elementos subjetivos da responsabilidade, nomeadamente, ato ilícito, causalidade, dano e culpa, devendo esses elementos ser cuidadosamente analisados e apresentar provas claras. Não há difusão do dano moral no direito da família. (Aredes Júnior,2016).

Para ter a constatação da responsabilidade civil é necessário preencher os elementos que constituem este instituto, a saber: conduta humana, dano, nexos de causalidade, bem como as explicações de Pamplona e Galliano para cada um deles:

Decompõe-se em três elementos fundamentais, a saber:

- a) conduta humana: que pode ser comissiva ou omissiva (positiva ou negativa), própria ou de terceiros ou, mesmo, ilícita (regra geral) ou lícita (situação excepcional);
- b) dano: a violação a um interesse juridicamente tutelado, seja de natureza patrimonial, seja de violação a um direito da personalidade;
- c) nexos de causalidade: a vinculação necessária entre a conduta humana e o dano.

Além desses três elementos básicos, que serão obrigatórios para a caracterização da responsabilidade civil em qualquer de suas modalidades, há de se lembrar o elemento anímico, a culpa, de caráter eventual, compreendida como a violação a um dever jurídico preexistente, notadamente de cuidado. (2018, p. 744).

Em relação aos atos ou omissões, a atitude ilícita do alienador manifesta-se ao desqualificar o alienado, atentando contra a sua dignidade e infringindo os direitos de honra e imagem garantidos pela constituição, pois as ofensas dirigidas contra ele podem gerar abalo moral. A alienação parental, sofrida pelo genitor alienado, pode ser constatada que o genitor alienador não quer aceitar a separação e têm óbvias intenções de magoar emocionalmente seu ex-companheiro e seu comportamento proposital é afastar o lesado da convivência com os filhos, configurando assim o dolo ao praticar estes atos.

Em conformidade com o artigo 186 e 187 do Código Civil, essa prática constitui direitos decorrentes do abuso do poder familiar e da tutela. Outros consideraram essas duas cláusulas a fim de comprovar a obrigação de indenização do genitor alienador ao genitor alienado em consequência dos danos causados. Este tipo de dano existe tanto no crime de lesar a honra dos pais, como na vida familiar afetada pela ruptura da relação, podendo mesmo impedir a vítima de exercer o poder familiar. Sobre a indenização por dano moral, em decorrência de alienação parental, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul possui o seguinte entendimento:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ALIENAÇÃO PARENTAL PRATICADA PELO PAI EM RELAÇÃO À GENITORA – PRESCRIÇÃO AFASTADA – MATÉRIA PRECLUSA – EX-MARIDO QUE REALIZOU VÁRIOS BOLETINS DE OCORRÊNCIA SEM FUNDAMENTAÇÃO CONTRA A GENITORA – PROVAS CONTUNDENTES NOS AUTOS – DANOS CAUSADOS À GENITORA E À FILHA – QUANTUM INDENIZATÓRIO – FIXADO EM R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS) – INVERSÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – APELO PROVIDO. A prescrição foi matéria objeto de decisão saneadora nos autos do processo, contra a qual não houve interposição de recurso por nenhuma das partes, de modo que se operou a preclusão consumativa quanto a tal ponto, não cabendo mais ao

magistrado pronunciar-se quanto ao tema em nenhum grau de jurisdição, sob pena de ferir-se o princípio da segurança jurídica. Verificada a prática de atos de alienação parental pelo apelado, os quais geraram prejuízos de grande monta à filha e danos morais à sua genitora, verificam-se os danos morais. In casu, tem-se que R\$ 50.000,00 constitui "quantum" capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir que o requerido se torne reincidente, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Prescrição afastada. Recurso provido. (TJ-MS - AC: 08272991820148120001 MS 0827299-18.2014.8.12.0001, Relator: Des. João Maria Lós, Data de Julgamento: 03/04/2018, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 05/04/2018)

O dano existe tanto nas ofensas, como nas calúnias proferidas contra a honra do genitor alienado, como na vida familiar afetada pela ruptura da relação, podendo mesmo impedir a vítima de exercer o poder familiar. O nexo de causalidade está configurado, pois se não for mediante a comprovação da prática de alienação com o intuito de prejudicar o outro genitor, não haveria danos à vida familiar, à honra e à dignidade humana. Portanto, a relação entre as ações ilícitas do alienador e os danos causados ao ofendido, ficam claras. Conforme Madaleno e Madaleno:

É indenizável o sofrimento psíquico ou a frustração pela incerteza anímica do progenitor não guardião pela perda da relação paterno filial com a ruptura do regime de visitas e pelo total desrespeito ao direito de comunicação fundamental nos vínculos de filiação. O dano moral reclama a demonstração do nexo causal entre a atitude do alienante e os prejuízos morais, por abalo psíquico sofrido pelo progenitor alienado e pela criança ou adolescente, pois, [...] uma criança vítima de falsas alegações de abuso sexual corre riscos similares aos de uma que realmente sofreu essa violência, ou seja, estão igualmente sujeitas a apresentar algum tipo de patologia grave nas esferas afetiva, psicológica e social. (MADALENO; MADALENO, 2017, pg. 47)

Portanto, pode-se analisar que as relações familiares, como também em outros tipos de relações, o dano moral se constitui através da prática

de atos que causem o sentimento de sofrimento a parte em que foi lesada. Conforme visto a extensão do dano emocional causado ao genitor alienado, fica claro o direito do lesado de pleitear esta indenização com fim de compensação do que foi sofrido.

Com relação a existência de dano moral advinda da denúncia de falsa prática de abuso sexual, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem o seguinte entendimento:

DANO MORAL. CALÚNIA. ACUSAÇÃO DE PRÁTICA DE CRIME SEXUAL PELO AUTOR CONTRA SEUS FILHOS. REQUERIDA QUE ADMITE TER FEITO TAL AFIRMAÇÃO, LEVANDO O FATO AO CONHECIMENTO DE TERCEIROS. AUSÊNCIA DE PROVAS DA VERACIDADE DA IMPUTAÇÃO. OCORRÊNCIA DE ABALO MORAL.

DEVER DE INDENIZAR. RECURSO DESPROVIDO. (TJRS, RC 71002402675, Rel. Eugênio Fancchini Neto, DJ 29.04.2010).

Nesta ocasião, o relator Eugênio Fancchini Neto, afirmo em seu voto:

A ocorrência de dano moral não está condicionada ao conhecimento por terceiros dos fatos atentatórios à moral do autor. Configura-se o dano quando violados os direitos da personalidade, afrontando a dignidade da pessoa humana. Está caracterizado quando presente a angústia, o abalo psicológico, a dor moral. Desnecessário que o fato se torne de conhecimento geral. Ressalte-se que não é o caso de se diferenciar honra objetiva e subjetiva, necessária na esfera penal para a configuração do delito de calúnia. De qualquer sorte, há informações por parte do autor de que a notícia do fato se espalhou na comunidade e, especialmente, dentre os familiares do autor. Evidente, assim, o abalo à moral do autor. Se assim não o fosse, não creio que registraria ocorrência policial nem viria ao Judiciário abalando sensivelmente a relação familiar.

Na decisão acima constata-se que o fato de a genitora ter afirmado que levou o caso de abuso que segundo ela ocorreu, a terceiros, não

envolvidos no caso, só fez favorecer o réu na decisão do tribunal, que foi favorável e concedeu o direito a indenização por dano moral ao genitor que sofreu com as falsas acusações de abuso sexual.

Mais um exemplo Tribunal de Justiça de São Paulo, ao se caracterizar dano moral em face do pai decorrente da acusação não justificada pela prática de crime de abuso sexual contra a filha:

Indenização por danos morais. Partes têm filha comum. Apelante alegara que o apelado praticou atos libidinosos em relação à infante, porém, nada comprovou, inclusive no âmbito criminal. Afronta à dignidade da pessoa humana do genitor e exposição à situação vexatória caracterizadas. Apelado que sofrera enorme angústia e profundo desgosto, além de ampliação da aflição psicológica com o cerceamento do exercício do direito de visitas. Danos morais configurados. Beligerância entre as partes se faz presente, desconsiderando o necessário para o bem-estar da menor. Verba reparatória, afixada em R\$31.520,00, compatível com as peculiaridades da ação. Pedido contraposto sem consistência, haja vista a demanda observar o procedimento ordinário. Peça intitulada como tal que fora recebida como contestação, destacando o princípio da efetividade do processo, pois, do contrário, a ré seria revel. Ausência de reconvenção. Devido processo legal observado. Apelo desprovido. (Relator(a): Natan Zelinski de Arruda; Comarca: Guaratinguetá; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 21/07/2016; Data de registro: 25/07/2016)

No caso acima é possível analisar os atos de alienação parental se manifestando na forma de falsa denuncia de abuso sexual em que a genitora acusa o pai de sua filha de cometer tal abuso, acusação esta que certamente causou grandes problemas a este genitor, inclusive danos a sua dignidade enquanto pai que poderia ter o seu direito a visitas reduzidos ou até mesmo vetados. Danos morais configurados.

Como exemplo no estado de Santa Catarina, na apelação cível, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, concedeu indenização por danos

morais visto que uma filha foi proibida por outra de visitar a genitora, mulher já idosa e com doença de Alzheimer, ela compensou sua irmã por danos mentais devido a comportamentos semelhantes a abuso emocional:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO FAMILIAR DISSIDENTE DAS PARTES, IRMÃS ENTRE SI, EM RELAÇÃO À GENITORA. ELEMENTOS ANÁLOGOS À ALIENAÇÃO PARENTAL EM RAZÃO DO ESTADO DE VULNERABILIDADE E DOENÇA DA GENITORA. PONDERAÇÃO DOS DEVERES, DIREITOS E PRESSUPOSTOS DAS RELAÇÕES FAMILIARES. UTILIZAÇÃO ARBITRÁRIA DE ABUSOS ANÁLOGOS A MEDIDAS RESTRITIVAS, SEM AMPARO EM DECISÃO JUDICIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESSUPOSTOS CONFIGURADOS. DANO MORAL RECONHECIDO. RECURSO DESPROVIDO. Incontroverso entre as partes, apenas que a genitora sofria de uma série de problemas de saúde, incluindo a degenerativa doença de Alzheimer. Diante do contexto, é de certa forma compreensível a distorção de percepções entre as partes sobre as vontades da genitora. É que a doença, específica, debilita o enfermo de tal forma que, sabidamente, é comum que este seja facilmente sugestionável ou convencido. Disto, é de se mitigar as acusações mútuas, de que as partes, cada uma, considera-se a legítima defensora dos reais interesses da genitora. Tendo em vista o estado de vulnerabilidade da genitora e a patologia específica, o caso não deixa de se parecer com aquele da alienação parental, ao inverso. Em verdade, o que se observa são medidas, próprias daquelas protetivas do Direito de Família, como interdição, tomadas de forma arbitrária e ao arrepio da Lei e dos ditames que regem as relações familiares. O ato de privar a irmã do contato com a genitora, sponte sua, independentemente de autorização judicial e dadas as circunstâncias do caso, gera dano moral indenizável. (TJSC, Apelação n. 0006690- 70.2012.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Domingos Paludo, j. 25-08- 2016)

Na decisão acima, fica claro que os atos de alienação parental não ocorrem apenas entre cônjuges. A Lei da alienação parental também pode

ser utilizada em outras situações equivalentes aos casos tradicionais de alienação parental.

O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, neste mesmo escopo, negou provimento a Apelação Cível interposta pela genitora da criança, na qual estava condenada ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização para o genitor alienado, por dano moral caracterizado pela alienação parental, conforme a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM FACE DE SUPOSTA ALIENAÇÃO PARENTAL. ALIENAÇÃO PARENTAL COMPROVADA. RELATÓRIOS SOCIAIS E PSICOLÓGICOS QUE ATESTAM A ALIENAÇÃO. OCORRÊNCIAS APONTADAS PELA APELADA EM FACE DO APELANTE (GENITOR)

COMPROVADAS. OFENSA A DIGNIDADE ATRAVÉS DE CONSTANTES ATOS HOSTIS À FIGURA MATERNA. ABALOS PSICOLÓGICOS COMPROVADOS. CRIANÇAS COMPROVADAMENTE ANSIOSAS. MÃE ABALADA PSICOLÓGICAMENTE DIANTE DA SITUAÇÃO EM QUE SE ENCONTRAM SEUS FILHOS QUE SÃO SUBMETIDOS HÁ ANOS AS INCONSTÂNCIAS EMOCIONAIS DO SEU GENITOR. RELATOS DA PSICÓLOGA QUE ATESTAM A GRAVIDADE A QUE SÃO SUBMETIDOS OS MENORES. CONFIGURAÇÃO DE ATO ILÍCITO. DANO MORAL EXISTENTE. DEVER DE INDENIZAR. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. In casu, ficou demonstrado o dano moral sofrido – Foi atribuído ao apelante o cometimento de alienação parental em relação aos menores, quando o mesmo imputava condutas hostis em relação à genitora dos menores, restando ao final provado através do Laudo Psicossocial e demais provas colhidas nos autos. 2. O Objetivo do apelante era retirar da apelada a guarda exclusiva dos menores, para isso excedeu o exercício do direito de visitas, utilizando-se desses momentos para fazer afirmações infundadas com relação à genitora, causando aos menores temor e ansiedade. 3. Fatos que vazaram as cercas do processo e chegaram ao conhecimento do meio social da apelada. Testemunhas que presenciaram situações exorbitantes de estresse

emocional das crianças. 4. Mãe que presencia comportamentos agressivos e ansiedade exacerbada dos menores decorrentes da alienação parental paterna, esta vastamente comprovada no decorrer do processo. (Apelação Cível no 201600707665 no único0002185-30.2014.8.25.0040 - 1ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe -Relator(a): Ruy Pinheiro da Silva - Julgado em 18/07/2016).

Pode-se ver que, no caso em questão, a indenização por danos morais decorrente da alienação parental é totalmente cabível. Ao arbitrar o montante da indenização, o magistrado deve observar a dupla função de compensação, a função de indenização da vítima e a função de punição do agressor. O valor desta compensação moral deve corresponder ao sofrimento da vítima (TONIETTO, HOFFMANN, 2018). A indenização, como forma de compensar os danos morais, não pode reparar completamente a dor e o sofrimento. No entanto, será necessária uma reparação moral para reduzir o dano, que é um alívio que ameniza as consequências do dano, ajuda as vítimas a superá-lo e até melhora o seu futuro. Para Gagliano e Pamplona Filho (2016), a vítima não exige o pagamento de sua dor, pois não há como avaliá-la financeiramente, mas deve exigir que o montante do dano irreparável seja reduzido.

Devido ao fato de que os genitores alienados nem sempre provam que são vítimas da alienação parental, para comprovar a ocorrência da conduta e a relação causal com a indenização do dano. Os magistrados e suas equipes de apoio devem estar bem preparados, como por exemplo, obter mais informações sobre os temas e aprimorar seus conhecimentos, principalmente nas pesquisas sociais e psicológicas realizadas em processos judiciais (MADALENO, MADALENO, 2017).

Há um caso em que o autor pleiteava o reconhecimento da alienação parental e indenização por danos morais, pois o réu havia sido exposto nas redes sociais, com isso prejudicando sua honra. A decisão considerou que

não há evidências suficientes de alienação parental até o momento, mas julgou como procedente o pedido por danos morais, e multou o réu caso o acordo não fosse cumprido, conforme descrito na seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INIBITÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA POR DANOS MORAIS. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA POR MEIO DO QUAL BUSCAVA, O AUTOR, FOSSE ORDENADO À RÉ QUE SE ABSTIVESSE DA PRÁTICA DE ATOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL ENVOLVENDO O FILHO DO CASAL, BEM COMO, DAQUELES QUE IMPLIQUEM OFENSA À HONRA E À REPUTAÇÃO DO AGRAVANTE. INSURGÊNCIA DO AUTOR. ALIENAÇÃO PARENTAL. AUSÊNCIA DE PROVAS NESSE SENTIDO. MUDANÇA DA AGRAVADA PARA OUTRA CIDADE E RELAÇÃO DO MENOR COM O ATUAL COMPANHEIRO DA GENITORA. MOTIVOS, ATÉ O MOMENTO, INSUFICIENTES PARA QUE SE RECONHEÇA A PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA À HONRA E A REPUTAÇÃO DO AGRAVANTE. PROBABILIDADE DO DIREITO DEMONSTRADA, NESTE PARTICULAR. ELEMENTOS A INDICAR QUE A AGRAVADA, VIA REDES SOCIAIS, TEM EXPOSTO DE MANEIRA INADEQUADA O AGRAVANTE, EM ESPECIAL NO ATINENTE À SUA RELAÇÃO COM O FILHO. INFORMAÇÕES/AFIRMAÇÕES QUE DIFICILMENTE LOGRAM SER REMOVIDAS POR COMPLETO, ALCANÇANDO INCONTÁVEIS DESTINATÁRIOS. PERIGO DE DANO COMPROVADO. NECESSIDADE DE SE IMPOR À RECORRIDA QUE SE ABSTENHA DESSA PRÁTICA. FIXAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA, NO VALOR DE R\$ 1.000,00, PARA CADA ATO QUE IMPORTE EM DESCUMPRIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4004920-42.2019.8.24.0000, de Joinville, rel. Selso de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 28-05-2020).

Vale destacar que, ao analisar a sentença do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, percebe-se a dificuldade em comprovar a ocorrência da alienação parental, mesmo que os danos sofridos pelos pais e

filhos tenham sido ocasionados por atos de alienação parental. É preciso lembrar que muitos danos aparecerão com o tempo e, quando seus objetivos do alienador forem alcançados, ele deixara de agir. Isso dificulta a produção de provas, isto é algo que o judiciário brasileiro costuma observar no andamento do processo.

Outro exemplo também do Estado de Santa Catarina em que a autora ajuizou ação de indenização por danos morais contra seu pai e avós, alegando que a ação a privou do contato necessário com sua filha, e a parte inquirida negou a alegação. O processo judicial segue a coleta de depoimentos da pessoa cadastrada pelas partes, bem como a audiência com a filha. Na época, membros do Ministério Público acreditavam que não havia motivos suficientes julgando assim improcedente o pleito inicial como também a posterior apelação da autora, como pode-se observar na ementa a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRETENSÃO FUNDAMENTADA NA SUPOSTA PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL POR PARTE DOS REQUERIDOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE AUTORA. PRETENSO RECONHECIMENTO DO DEVER DE INDENIZAR DIANTE DA PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. TESE, NO ENTANTO, DESPROVIDA DE SUBSTRATO PROBATÓRIO, O QUE, SOMADO AOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS CONSTANTES NO FEITO, ENFRAQUECEM À AVENTADA TESE INAUGURAL. [...] AUSÊNCIA DE PROVA CAPAZ DE DEMONSTRAR O SUPOSTO ABALO ANÍMICO EXPERIMENTADO PELA AUTORA. ÔNUS QUE LHE COMPETIA, A TEOR DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA CAPAZ DE GERAR DANO INDENIZÁVEL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA (TJSC, Apelação Cível n. 0001227-27.2013.8.24.0066, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. José Maurício Lisboa, 1ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 03-10-2018).

O motivo da improcedência está contido no inteiro teor do acórdão, evidenciando que a decisão se deu porque a autora não levantou o ônus da prova, pois não provou a existência de alienação parental. No entanto, a prova dela o testemunho não foi sustentado, não havendo assim evidência de alienação parental, sendo o veredicto finalmente confirmado.

Desse modo, na indenização por danos morais, os bens da vítima não podem ser reconstruídos porque a dor e o sofrimento não são bens que podem ser devolvidos e restituídos. Sendo assim, a indenização moral será uma forma de indenizar a vítima pela lesão sofrida. Como forma de mensurar o valor justo de tal indenização moral, além da extensão, impacto e gravidade da lesão, e da profundidade do sofrimento, dano e culpa da vítima também devem ser avaliados. (TONIETTO, HOFFMANN, 2018). O genitor alienado sentirá que a justiça foi feita, porque mesmo que ela não possa ressarcir integralmente o dano, ter de volta o tempo e a convivência com seu filho, o genitor alienador que foi o responsável pelos danos causados está pagando o preço do ato ilícito, que tanto prejudicou o lesado. É a partir desse sentimento de compensação e punição para o causador do dano, que a vítima fica satisfeita jurídica e emocionalmente. Pode-se dizer que a indenização por danos morais ao genitor alienado, nada mais é do que fazer o alienado sentir que recebeu algum tipo de recompensa, por toda dor e sofrimento a ele causado e que de certa forma tendo estes danos amenizados, visto que o alienador que arcará com esta indenização e desta forma também tendo um dano.

4.1 A mediação diante dos conflitos familiares e como forma de amenização da questão da alienação parental.

Devido às diferenças entre interesses, desejos e opiniões, o aumento da interação social tem causado conflitos entre as pessoas. A mediação é uma forma de resolver os conflitos sociais. Além de acabar com as

disputas, também pretende reconstruir o diálogo e as relações sociais entre os indivíduos. Isso é importante porque pode servir como um inibidor de conflitos futuros. A Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015, a Lei da Mediação, passou a regulamentar esse método de resolução de conflitos entre pessoas e introduziu no seu artigo 1º, parágrafo único:

“Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.” (Lei 13140, 2015)

Esta aceitação não os vincula, pois durante o processo de mediação uma ou outra parte pode desistir e recorrer a outras formas de solução. O mediador pode ser nomeado pelo tribunal ou escolhido pelas próprias partes, sendo que, independentemente da forma escolhida, a mais adequada é ter conhecimentos técnicos e jurídicos sobre o objeto da mediação. A mediação segue as regras estipuladas na Lei de Processo Civil e pode ser realizada de forma extrajudicial.

De acordo com o Artigo 2 da Lei de Mediação, o instituto é baseado em oito princípios básicos. O mediador deve ser imparcial, portanto, todas as suas intervenções devem ser baseadas em características neutras; equivalência entre os componentes; expressão oral, pois valoriza a rapidez e a informalidade, tendo em vista que não há regras e procedimentos rígidos a serem seguidos; as partes são autônomas, pois podem escolher se aceitam o procedimento, e quando iniciá-lo ou encerrá-lo; buscar consenso; aplicam-se principalmente ao sigilo do mediador, mediação. O oficial não pode divulgar as informações que aparecem no processo de mediação e de boa fé. A mediação pode ser judicial ou extrajudicial e, ainda que o procedimento já tenha sido iniciado, as partes podem requerer o início do

processo de mediação, desde que o processo em curso seja suspenso até ao fim da mediação.

Na Lei de Processo Civil - Lei. 13.105 / 2015 Considerando que prima pela celeridade e economia processual, garante também a importância de métodos alternativos de resolução de litígios. Há um tratamento específico na Seção V, envolvendo mediadores e mediadores judiciais, Capítulo 5 envolvendo mediação ou audiências de mediação e Capítulo 10 envolvendo litígios familiares. Nos casos que envolvem a alienação parental, quanto mais tempo leva para resolver o conflito, mais o abuso se enraíza no núcleo familiar, o que pode causar danos irreversíveis. O aspecto positivo do pedido é a mediação de conflitos de direito da família, tendo em vista que o processo muitas vezes é muito mais rápido, principalmente se as partes estiverem dispostas a resolver a questão. Além de reduzir custos financeiros.

A mediação pode ser realizada a qualquer momento antes da judicialização do conflito e após o início do procedimento, o que mostra a intenção de evitar que questões mais complexas ocorram. Os vínculos familiares, sejam físicos ou emocionais, passam por um processo muito doloroso e incomodo antes de serem rompidos, pois essas situações conseguem atingir o nível de relacionamento mais íntimo que as pessoas podem construir; portanto, sempre que possível, deve-se buscar mecanismos e procedimentos que protejam as relações interpessoais e minimizem o grau de antagonismo entre as partes, o que não existe nos processos judiciais, pois as partes ocupam posições de oponentes. Mais apropriadamente, a mediação familiar pode ser usada não apenas para conflitos que envolvam a alienação parental, mas também para quaisquer outros conflitos no campo do direito da família. As alterações de 2015 à Lei de Processo Civil garantem maior grau de universalidade na aplicação da mediação. Atualmente, de acordo com código de Processo Civil (CPC), a

aplicação da mediação para a resolução de conflitos familiares tem sido claramente apoiada, nos termos do artigo 694 incluído no capítulo que trata das ações familiares:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. (C.P.C, Brasil, 2015)

O artigo acima citado busca aprimorar as possibilidades de meios alternativos e soluções consensuais para a resolução de conflitos de família, incluindo a possibilidade de participação de profissionais que não tenham nenhuma formação jurídica. Já no parágrafo único deste mesmo artigo incentiva as orientações do caput ao autorizar a suspensão dos procedimentos, enquanto as partes buscarem entendimento por outras vias, incluindo mediação extrajudicial e atendimento multiprofissional.

Destaca-se que o CPC estipula que, se o acordo envolver os interesses do incapaz, deve ser aprovado pelo Ministério Público: “Art. 698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo.” Entendimento nesse mesmo sentido foi esposado no art. 3 da Lei de Mediação:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

(2015)

Conforme os artigos citados, se a mediação envolver conflito de Direito das Famílias, o acordo deve passar pela fiscalização do Ministério Público, o que garante maior segurança jurídica do procedimento. Em suma, há quem acredite que a aplicação da mediação aos casos que envolvem o direito da família é a forma mais viável de resolver as questões com rapidez e eficiência. Em suma, acredita-se que a aplicação da mediação aos casos que envolvem o Direito das Famílias é a solução mais viável para os problemas rápidos e ineficazes que surgem no contencioso judicial. Além disso, o método utilizado pelo mediador parece ser o mais adequado para lidar com questões emocionais e existenciais, pois além de considerar os fatos relatados, não ignora os sentimentos e a abrangência subjetiva de todos os envolvidos na relação, e pretende aproximar as partes em conflito e chegar a um acordo.

5. Considerações finais

A família desempenha um papel fundamental na sociedade, por isso, esta instituição deve ser protegida de forma a não prejudicar os interesses de todos, considerando que a prática da alienação parental é uma realidade vivenciada por várias famílias e, em muitos casos, seus danos são irreparáveis. Pode-se observar a importância da indenização ao genitor alienado, em relação ao dano moral, que embora não possa ser estimado economicamente com precisão, são passíveis de certa reparação através da indenização.

Enfatiza-se que, dado que os conflitos familiares que envolvem a vida e sentimentos, não é fácil encontrar uma solução adequada para o comportamento de alienação parental. Desta forma, a “Lei da Alienação Parental” é mais uma opção para garantir os direitos dos genitores lesados pela alienação parental. Quando a prática da alienação parental ocorre

repetidamente, pode-se aplicar a indenização pelo dano moral sofrido, pois tem caráter educativo de desestimular a alienação e o caráter indenizatório para ressarcir o sofrimento e o dano sofrido pelo alienado. É importante notar que a indenização possui efeito compensatório, pois o dano à personalidade não pode ser compensado e não pode ser calculado. Entende-se que os atos decorrentes da alienação parental constituem um abuso moral que deve ser corrigido e reparado em vista dos graves danos causados ao genitor que, falsamente acusado, tem sua vida desestabilizada e um rompimento irrecuperável de convívio com seu filho.

A indenização por danos morais, causados pela alienação parental deve ser considerada como forma de coibir, educar e responsabilizar o alienador pelas ações ilícitas contra o alienado ao longo dos anos. Uma vez que o comportamento do alienador tem o objetivo claro de prejudicar o outro genitor, o nexo causal é confirmado. E esse tipo de dano pode ser comprovado por diferentes formas em que a alienação parental se manifesta, como os obstáculos que são impostos pelo alienador para dificultar que os vínculos entre genitor e filho se solidifiquem, ou o impacto causado por tal falta de tempo de convivência entre os mesmos.

Portanto, espera-se que o Judiciário venha beneficiar a sociedade, priorizar os interesses da família, punir aqueles que praticam a alienação parental, e servir de exemplo para os genitores que colocam seus próprios interesses acima dos interesses de qualquer outra pessoa do núcleo familiar, e que de mesmo modo repare os danos causados pela ausência da convivência e rompimento do relacionamento entre o genitor alienado e o filho.

Diante do exposto, o trabalho atual defende a possibilidade de indenização por danos morais aos genitores que são lesados através da prática de alienação parental. De acordo com as observações, a indenização não pode restaurar suas vidas ao estado original, mas pode reduzir os danos

sofridos, de forma que o valor da indenização apresenta a natureza de compensação ao lesado e punição ao alienador. Deste modo, tal valor de indenização deve ser justo, para que a parte prejudicada sinta que a justiça foi feita e, ao mesmo tempo, não deve afetar excessivamente o patrimônio de quem cometeu a alienação.

Por fim, destaca-se que a mediação é uma forma de suprimir e reduzir os danos da alienação parental, pois é um procedimento que visa unir as partes conflitantes e tem, como função principal, restabelecer o diálogo entre as partes e torná-las mais intimamente integrados para que se chegue a um acordo consensual, pois quando todas as partes fazem concessões alcançam um equilíbrio. A abordagem alcançada, por ambas as partes, por meio da mediação é extremamente benéfica para a sociedade e para as famílias, pois elas estão dispostas a discutir e resolver problemas e, desta forma, dispostas a respeitar o conteúdo acordado; portanto, fica claro que a mediação cria um ambiente amigável entre pessoas em conflito e, em última análise, inibe conflitos futuros.

Referências

ALENXANDRIDIS, Georgios; FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação Parental**. 20 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014

ARÊDES JÚNIOR, Pedro Gabriel de. A possibilidade de condenação pelo dano moral em caso de alienação parental comprovada. In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX**, n. 155, dez 2016. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18010&revista_caderno=14. Acesso em 20/05/2021

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao. Acesso em 15⁰⁴/2021

BRASIL. **Lei Nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm Acesso em: 15/04/2021.

BRASIL. **LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a **Lei nº 9.469**, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art.- Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140 Acesso em 15/04/2021.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015-** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105 Acesso em 21/04/2021

CARVALHO, Dimas Messias, **Direito das famílias**, 7 edição, São Paulo, Saraiva, 2015

Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015

DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental – um abuso invisível.** Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_501\)4__alienacao_parental_um_abuso_invisivel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_501)4__alienacao_parental_um_abuso_invisivel.pdf)>. Acesso em: 15/04/2021.

Dias, Maria Berenice, **Alienação Parental: Uma nova lei para um velho problema**, IBDFAM, 2010. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/669/Alienacao%20parental%3A%20uma%20nova%20lei%20para%20um%20velho%20problema!/#> Acesso em 19/04/2021

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família.** Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/AderbalNortWind/manual-de-direito-das-familias-maria-berenice-dias-2015>>. Acesso em: 19/04/2021

DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. 12 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-s%EDndrome_da_aliena%E7%E3oparental,_o_que%E9_isso.pdf>. Acesso em:19/04/2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – Responsabilidade Civil**. v.7. 32a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DUARTE, Hugo Garces. Os princípios e as regras em Dworkin e Alexy. *Ambito Juridico*, São Paulo, ano.20, v.160, maio, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-160/os-principios-e-as-regras-em-dworkin-e-alex/> Acesso em 05/06/2021

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 6a ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. v.5. 8a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: Importância da detecção- aspectos legais e processuais**, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.

Mato Grosso do Sul. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n: 08272991820148120001**. Apelação cível. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ALIENAÇÃO PARENTAL PRATICADA PELO PAI EM RELAÇÃO À GENITORA. Alienação Parental comprovada. Relator: Des. João Maria Lós, 03/04/2018. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/824427950/apelacao-civel-ac-8272991820148120001-ms-0827299-1820148120001> Acesso em: 23/05/2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70080365315**. Ação incidental de declaração de alienação parental. Acusação de abuso sexual praticado pelo genitor contra a filha/infante. Constatada a ocorrência de alienação parental perpetrada pela mãe. [...] Relator: José Antônio Daltoe Cezar, 10 de julho de 2020. Disponível em: <https://tj-52rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/933292169/apelacao-civel-ac-70080365315-rs> Acesso em: 10/05/2021

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível 71002402675**. Dano moral. Calúnia. Acusação de prática de crime sexual pelo autor contra seus filhos. Requerida que admite ter feito tal afirmação, levando o fato ao conhecimento de terceiros. Ausência de provas da veracidade da imputação. [...] Rel. Eugênio Fancchini Neto, 29 de abril de 2010. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/> Acesso em 22/06/2021

ROSENVALD, Nelson; **FARIAS**, Cristiano Chaves de. - **Novo Tratado de Responsabilidade Civil** - 1ª Edição 2015.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça do Estado do. **Apelação Cível n.0006690-70.2012.8.24.0005**. Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Relação familiar dissidente das partes, irmãs entre si, em relação à genitora. Elementos análogos à alienação parental[...] Relator Desembargador Domingos Paludo, 25 de agosto de 2016. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora Acesso em: 22/06/2021

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento. 4004920-42.2019.8.24.0000**. Ação inibitória c/c obrigação de fazer e compensação pecuniária por danos morais. Decisão que indeferiu pedido de tutela de urgência por meio do qual buscava[...]Relator: Selso de Oliveira, 28 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/300076239/djsc-jurisprudencial-02-06-2020-pg-67> Acesso em: 22/06/2021

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça do Estado do. **Apelação Cível n. 0001227-27.2013.8.24.0066**. Reconhecimento do dever de indenizar diante da prática de alienação parental. [...] Relator Desembargador José Maurício Lisboa, 03 de outubro de 2018. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora Acesso em: 23/06/2021

SANTOS, Cícera Jércika Reinaldo; ALVES, Keyson Salviano; LIMA, Carolinne Pereira Gonçalves Rodrigues. **A mediação no direito de família como parâmetro para minorar os efeitos da alienação parental.** Disponível em: <<https://jercika.jusbrasil.com.br/artigos/412802720/a-mediacao-no-direito-de-familia-como-parâmetro-para-minorar-os-efeitos-da-alienação-parental>>. Acesso em 26/05/2021

SANTOS, Renata Sarmiento; JÚNIOR, Roberto Freire Melo. **Síndrome de alienação parental e mediação familiar – Do conflito ao diálogo.** Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1410>>. Acesso em:15/05/2021

SÃO Paulo. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0.002.705-05.2014.8.26.0220.** Indenização por danos morais. Partes têm filha comum. Apelante alegara que o apelado praticou atos libidinosos em relação à infante, porém, nada comprovou, inclusive no âmbito criminal[...] Relator Natan Zelinschi de Arruda, 21 de julho de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9618605&cdForo=0> Acesso em 22/06/2021

SERGIPE. TRIBUNAL DE Justiça. **Apelação Cível no 201600707665.** Apelação cível. Ação de indenização por danos morais em face de suposta alienação parental. Alienação parental comprovada. Relator Ruy Pinheiro da Silva, 18 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/121036281/djse-20-07-2016-pg-39> Acesso em:26/05/2021.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos.** Disponível em: <<http://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>>. Acesso em 19/05/2021

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de família.** 12a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TONIETTO, Quezia Myrella; HOFFMAN, Eduardo. **Dano moral recorrente do reconhecimento da alienação parental.** 6º Simpósio da Sustentabilidade e Contemporaneidade nas Ciências Sociais. 2018. Disponível em:

<https://www.fag.edu.br/upload/comtemporaneidade/anais/5b45fa28723f4.pdf>

Acesso em 26/05/2021

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. v.6. 15ª ed. São Paulo: Atlas, S.A, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família e sucessões** v.5 20ª ed. São Paulo: Atlas, S.A, 2018.

II

Abandono afetivo inverso: responsabilização civil dos filhos e indenização por danos morais ¹

*Priscila Alves Ferreira*²

*Silvia Lopes da Luz*³

1 Introdução

A dignidade da pessoa humana é elencada nos princípios da CF, art. 1º, III e se apresenta como fundamentos constituídos na República Federativa do Brasil, grifa-se que se trata de um fundamento, ou seja, elementos que são essenciais para a existência de uma nação democrática. Observa-se que, ao adentrar em assuntos que dizem respeito ao âmbito familiar, bem como a sentimentos entre membros familiares, julga-se estar discutindo sobre questões complexas e que exigem certa cautela para uma efetiva análise, uma vez que, em certos momentos, o indivíduo, que estiver analisando sobre o assunto, pode-se deixar levar pelos sentimentos e opiniões pessoais fazendo com que o debate e a análise não sejam imparciais.

Cabe salientar, que o presente artigo comunica-se com a Universidade no momento em que integra as linhas de extensão dos Direitos Individuais e Coletivos: “Apoio a organizações e ações de memória social, defesa, proteção e promoção de direitos humanos; direito agrário e fundiário; assistência jurídica e judiciária individual e coletiva, a instituições e

¹ Artigo apresentado, no primeiro semestre de 2021, ao Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – Campus Santa Maria, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito.

² Acadêmica do curso de Graduação em Direito da Universidade Luterana do Brasil – Campus Santa Maria. E-mail: priscilaalves@live.com

³ Orientador do artigo. Bacharela em Direito. Mestra Patrimônio Cultural. Professora do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – Campus Santa Maria. E-mail: silvia.luz@ulbra.br

organizações; bioética médica e jurídica; ações educativas e preventivas para garantia de direitos humanos.” Destarte, busca-se solucionar a problemática elaborada, descrevendo meios para explicar de que forma a indenização por danos morais surge como modo de sanar o desconforto gerado ao progenitor, que foi abandonado por seu filho. Assim, para uma compreensão íntegra e, posteriormente, uma completa e efetiva resposta para a problemática criada, será necessário adentrar em algumas outras matérias e a realização de conceituações sobre determinados assuntos, com fim de diversificar o conhecimento sobre o assunto. Deste modo, proporcionar uma melhor compreensão dos deveres dos filhos para com os pais, de acordo com a CF e Estatuto do Idoso. Avaliar a relevância da indenização por Danos Morais nos casos de abandono afetivo inverso; apresentar um estudo jurisprudencial nos casos de indenização por abandono inverso e analisar sua eficácia.

Expõe-se que será utilizado o método dedutivo para a elaboração, método que se baseia na formulação de questões, para assim elaborar assertivas que irão nortear as respostas que se pretende adquirir com produção do trabalho em tela. “O método dedutivo, de acordo com o entendimento clássico, é o método que parte do geral e, a seguir, chega ao particular. A partir de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis, prediz a ocorrência de casos particulares com base na lógica.” (OLIVEIRA, 2018, p.14).

A indenização também pode ser usada como forma de incentivar os idosos abandonados a aliviarem a dor e o sofrimento e suprimirem novas situações. Ademais, parte-se destes princípios e nortes para questionar-se em que medida a aplicabilidade dos danos morais ameniza o abandono.

Por fim, é necessário explicar o conteúdo que será discorrido no presente artigo, algumas temáticas serão divididas em capítulos, nos primórdios aborda-se sobre abandono afetivo inverso no direito das

famílias, expondo-se a matéria relativa ao direito das famílias no Brasil, fazendo um breve histórico dos debates relativo ao abandono afetivo, bem como, será apontado os princípios norteadores do direito das famílias. Em seguida, será discorrido sobre o Estatuto do Idoso, fazendo uma breve análise e ligando-o, principalmente, aos direitos dos idosos e aos meios para protegê-los. No último capítulo será explanando sobre a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo.

2 Abandono afetivo inverso no direito das famílias

O abandono gera debates em alguns ramos sociais, no direito surge como meio de proteger o desamparado e propor possíveis soluções para o problema. Deste modo, o ramo do direito que detém, como principal foco, garantir uma velhice confortável aos idosos brasileiros é o direito das famílias, situada dentro do Direito Civil, é ele que trata sobre as relações familiares, bem como das obrigações existentes destas relações. Nesse sentido, explana Dias:

O Direito das Famílias acolhe o ser humano desde antes do nascimento, por ele zela durante a vida e cuida de suas coisas até depois de sua morte. Procura dar-lhe proteção e segurança, rege sua pessoa, insere-o em uma família e assume o compromisso de garantir sua dignidade. Também regula seus laços amorosos para além da relação familiar. Essa série de atividades nada mais significa do que o compromisso do Estado de dar afeto a todos de forma igualitária, sem preconceitos e discriminações. Como a finalidade da legislação é organizar a sociedade, a tendência é preservar as estruturas de convívio já existentes. (Dias, 2021, p. 03)

Assim, feito um breve relato sobre alguns detalhes sobre o direito das famílias passa a caracterizar o já relatado com fins relacionados ao trabalho em tela. Como é explicado por Dias é no âmbito familiar que as pessoas passam grandes períodos de suas vidas, diversos acontecimentos giram

nessas convivências, sejam elas boas ou ruins, são essenciais para todos. Entretanto, algumas relações familiares não funcionam normalmente, fazendo com que o afastamento entre os parentes seja inevitável. Ressalta-se que vários podem ser os motivos do abandono.

Previamente conceitua-se os principais termos que será abordado no decorrer do presente estudo, fazendo o uso do dicionário Aurélio *online*: “abandonado [Part. de abandonar.] Adjetivo 01. Posto de lado; deixado, largado: carro abandonado. 02. Deixado ao abandono; desamparado: crianças abandonadas. 03. Sem trato; descuidado, maltratado, danificado: estradas abandonadas.” (AURÉLIO, 2021) Expõe-se, também, o significado de inverso usando o dicionário de sinônimos da língua brasileira: “Inverso significa de modo contrário ao que é natural; voltado da direita para a esquerda, de diante para trás, de cima para baixo; ou posto em ordem, direção, ou sentido que não é o próprio”. (POMBO, p. 228, 2011) Ou seja, usando as conceituações dos dicionários pode-se afirmar que abandono afetivo inverso é o ser que foi posto de lado, largado, sem afeto, de forma inversa que seria o habitual, eis que o abandono afetivo geralmente se dá em razão de pais para filhos, o inverso se dá ao contrário, de filhos para pais.

Deste modo, é nesse âmbito que advém o surgimento do abandono afetivo inverso, das relações familiares difíceis e problemáticas, onde filhos esquecem afetivamente de seus progenitores. Nesses termos escreveu sobre abandono afetivo, Ana Carolina Tonon da Cunha, em sua obra “Abandono afetivo e seu reflexo no universo jurídico”:

O Abandono Afetivo tem por conceito o abandono aos filhos por parte do pai, da mãe ou até mesmo de ambos. As novas visões do Direito Civil são de que a família tem por base a afetividade, e não somente os laços biológico-sanguíneos. O Afeto é ato de cuidado, amor e carinho que se tem por entes queridos e por pessoas próximas. Na maioria dos casos o abandono ocorre por parte do

pai, logo após o nascimento ou após o divórcio do casal, mas essa não é regra. Muitas são as “desculpas” dadas quando ocorre o abandono, falta de tempo, distância geográfica, falta de condições financeira, entre muitas outras. Porém, nada justifica um pai ou uma mãe deixar de criar o laço afetivo com seu filho. Os pais possuem o dever de cuidar de seus filhos em todos os aspectos, proporcionando uma educação de qualidade, saúde, convivência com os demais familiares e principalmente, dando amor e carinho. Não só a criança e o adolescente, mas todo ser humano no geral precisa de atenção e de ser amado, individualmente. As crianças de hoje serão os adultos de amanhã e se crescerem sabendo que são amadas e tendo todos os cuidados e suporte necessário para um crescimento saudável, com certeza serão adultos bem resolvidos na vida profissional, psicológica etc. A falta de afeto, gera consequências, e muitas delas irreversíveis. (CUNHA, 2016, p. 02)

Como explana Ana Carolina toda pessoa precisa afeto, ser amada, pois essa é uma das necessidades do ser humano, a falta pode gerar diversos problemas para o indivíduo, inclusive gerando doenças como a depressão, entretanto esse debate será colocado em pauta nos próximos tópicos deste trabalho. Deve-se deixar claro que embora o trecho supracitado faça análise sobre o abandono afetivo, o que se estudará no decorrer desse trabalho será sobre o abandono inverso é, sucintamente, o abandono feito por um filho a seu pai como já explanado anteriormente. Mas que, entretanto, possuem as mesmas características e geram danos semelhantes.

É, notoriamente, exposta a necessidade de possuir uma relação familiar saudável, conseguindo sentir-se amparado no meio em que se vive. Esse sentimento é importante, por todos os membros da família, especialmente, pelos mais frágeis e que precisam de uma atenção maior para manter sua sanidade mental e corporal saudáveis. Nesse sentido, aponta Querino:

A necessidade de saber quem é o seu núcleo familiar, principalmente seus pais, é considerado um dos fatores principais para o desenvolvimento do ser. O afeto é o principal elemento que constitui uma família, ele está implícito no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ele é vital tanto na esfera pessoal quanto na esfera jurídica. [...]A família da modernidade se baseia no afeto, no carinho, no amor, sendo estes os alicerces da família, o que superou qualquer conceito de família passado que se baseava apenas na família advinda do matrimônio, que filhos seriam apenas aqueles concebidos dentro do casamento. No direito civil brasileiro atual, o pai é aquele que exerce a função social de pai, e não apenas o que tem o fator biológico. (QUERINO, 2020, p. 10)

Deste modo, o ambiente familiar é considerado o local de conforto, amparo, onde se encontra afeto, segurança e amor. A falta de um desses valores no âmbito familiar gera um dano irreparável à vítima. Atualmente, existe um maior reconhecimento do Direito das Famílias de demandas judiciais, as quais reconhecem o dano moral por abandono afetivo. Como também, diversas ações que pleiteiam o reconhecimento do dano moral, em consequência do abandono afetivo dos idosos, embora não haja na lei, especificamente, a possibilidade dessa reparação.

Ainda, referente ao assunto debatido, no parágrafo anterior é a ideia de Maria Berenice Dias ao explicar o quanto é prejudicial ao filho a falta de afeto prestado pelo pai, cabe salientar, que é tão prejudicial quando o abandono é inverso.

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, imperam ordem, disciplina, autoridade e limites. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender

ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado, talvez ele forma permanente, para o resto de sua vida. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor. (DIAS, p. 98, 2015)

Nesse sentido, salienta-se o quanto pode ser prejudicial ao ente familiar abandonado, uma vez que gera insegurança e infelicidade ao mesmo. Referente ao trecho, que foi citado de Maria Berenice Dias, a fundadora do Instituto Brasileiro do Direito das Famílias, não se tenta compensar a falta de amor com um valor pecuniário, mas, sim, gravar um valor ao afeto.

Nesta oportunidade, apresenta-se o abandono afetivo inverso, que é o desamparo afetivo realizado pelo ente familiar filial ao seu patriarca. Assim, explica com sabedoria, OLIVEIRA:

O abandono afetivo inverso é caracterizado pelo abandono dos filhos para com os pais, no momento da vida em que eles mais precisam de afeto e atenção, na velhice. Esse tipo de abandono é dito inverso, uma vez que os casos mais rotineiros de abandono são quando os pais abandonam seus filhos, não lhes conferindo carinho, afeto e amparo material. (OLIVEIRA, 2018, p.11)

Complementa, ainda, sobre o abandono afetivo inverso, OLIVEIRA:

O abandono afetivo inverso advém de um descumprimento por parte dos filhos, das obrigações destes perante os pais idosos, que tem seu alicerce nos princípios constitucionais do Direito de Família, na própria Constituição

Federal, no Código Civil, e ainda no Estatuto do Idoso e demais legislações relacionadas ao tema, como já abordado anteriormente. Juridicamente, diz-se que o abandono acontece quando alguém se abstém de forma negligencial em relação a uma pessoa ou a um bem em determinada situação, ocasionando assim consequências jurídicas. (OLIVEIRA, 2018, p.34)

Salienta-se, que o abandono afetivo inverso, surge no momento em que o indivíduo rompe com suas obrigações de amparar seus prógonos. Deixando de prestar para com eles qualquer tipo de afeto. Destarte, resalta-se que o abandono surge de uma maneira tão obscura, que fere os próprios princípios constitucionais, bem como os princípios do direito das famílias, assunto que será abordado no próximo tópico.

Entalha-se que a proteção aos Idosos tem amparo constitucional no momento em que o legislador expos no art. 3º inciso IV: “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, 1988). Deste modo, o ente familiar que desamparar o idoso além de gerar todo um grande sofrimento, fere também a própria Constituição Federal. Assim, explana Silva sobre os direitos dos idosos: “os idosos têm o direito de receber ajuda material dos filhos quando não conseguirem seu próprio sustento. Sendo esse direito conferido aos idosos como uma maneira de obterem uma vida digna, tendo eles o básico para sobrevivência.” (SILVA, p. 10, 2018)

Ainda sobre questões relacionadas ao abandono afetivo inverso é elencada, por Oliveira, uma série de sentimentos entalhados no âmbito familiar. Nesses termos OLIVEIRA.

Compreendendo o que significa abandono afetivo, que está relacionado à falta de afeto, a negligência no dever de cuidado que deveria existir entre às pessoas, de maneira especial entre os parentes da mesma família, visto que o dinheiro não é suficiente para garantir a vida a qualquer pessoa, pois há coisas na vida

que tem maior importância, como carinho, amor, cuidado, dedicação e respeito, compreende-se também o abandono afetivo inverso, aquele que ocorre quando os filhos abandonam seus pais, negando-lhes e privando-lhes de afetividade. (OLIVEIRA, 2018, p. 35).

Exalta-se, após realizar a leitura anterior, o quanto é importante, para o ser humano, receber, no âmbito familiar, amor e afeto. Compreender estes aspectos é de extrema importância para realizar a sucinta análise sobre o abandono afetivo inverso. Para uma melhor elucidação da matéria já analisada julga-se importante adicionar ao conhecimento a seguinte decisão do caso ocorrido em Santa Catarina, onde o relator citou:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. MEDIDA DE PROTEÇÃO EM FAVOR DE IDOSO. ABANDONOS AFETIVO E MATERIAL COMPROVADOS. NECESSIDADE DE COLOCAÇÃO DO IDOSO EM INSTITUIÇÃO ACOLHEDORA PARA PESSOAS COM IDADE AVANÇADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS E FAMILIARES. DEVER CONSTITUCIONAL DE PRESTAR ASSISTÊNCIA AO IDOSO REFERENTE À MANUTENÇÃO DA SUA DIGNIDADE E BEM-ESTAR. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

RECURSOS DESPROVIDOS. Incumbe à família e aos entes Públicos a responsabilidade solidária de empreender esforços que efetivem o dever fundamental de proteção à dignidade e o bem-estar dos idosos que se encontram em situação de risco, por abandono material e afetivo, com fundamento na Constituição Federal e ao Estatuto do Idoso (Lei Federal n. 10.741/03). (TJ-SC - APL: 09000120520148240050 Pomerode 0900012-05.2014.8.24.0050, Relator: Jaime

Ramos, Data de Julgamento: 10/12/2019, Terceira Câmara de Direito Público)

Importante observar, que no supracitado acórdão é entalhado a forma em que o Estado opera com os familiares do idoso, os entes dividem-se de forma solidaria, ou seja, tem o dever e a responsabilidade de forma coletiva e igual. Salienta-se, também, a invocação do princípio da

dignidade e o bem-estar do idoso. Importante utilizar da ação anterior que o Ministério Público possui poder para ajuizar uma ação civil pública quando constatado o desamparo em face ao idoso, bem como foi feito pelo relator uma análise da situação do desamparado, pelo qual se constatou estar em situação de risco, assim deferindo a ação. Ademais, findado alguns assuntos de caráter preliminar será de suma importância realizar um estudo sobre os princípios que regem os direitos das famílias, deste modo irá ser debatido no tópico a seguir.

2.1 Princípios norteadores do direito das famílias

Princípios são meios que fundamentam qualquer espécie de conceito, assim no Direito das Famílias também existem alguns princípios pelos quais explicam os rumos para quem for estudá-lo. Assim explica TORMENA:

Principalmente no ambiente familiar, os julgadores precisam apresentar soluções para problemas reais e imediatos que não podem aguardar a todo o trâmite de produção legislativa e, assim, acabam por utilizar parâmetros de interpretação ou valores existentes na sociedade e inscritos (ainda que não de forma explícita) na Constituição Federal. Nessa tentativa de se aproximar da justiça em casos para os quais ainda não existem leis, os profissionais do direito utilizam dos princípios para trazer soluções e direitos em situações específicas. Assim, os princípios possuem uma função suplementar, ou seja, são utilizados quando não existem leis produzidas. Mas, também, são a base do ordenamento jurídico, de modo que devem influenciar e embasar a produção das normas e regras, a fim de se garantir um sistema coeso e justo. (TORMENA, 2020, p. 01)

Analisados estes aspectos, compreende-se a necessidade de realizar um estudo sobre os princípios dos Direitos das Famílias. Pela ótica de Tar-tuce há dez princípios, sendo eles: Princípio de proteção da dignidade da

pessoa humana, Princípio da solidariedade familiar, Princípio da igualdade entre filhos, Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, princípio da igualdade na chefia familiar, Princípio da não intervenção ou da liberdade, princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, princípio da afetividade, princípio da função social da família e princípio da boa-fé objetiva. (TARTUCE, 2017, p. 11)

O Título I, da Carta Política, diz respeito aos princípios fundamentais estando elencado o supracitado, princípio da dignidade humana, em seu art. 1º, III. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;” Sobre esse princípio discorre Cavalcante:

Entende-se, pois, que a dignidade não é somente aquilo que suas expressões jurídicas explicitam. Em outras palavras, quando a dignidade é pensada como essencial à pessoa, aufere o satus de um princípio que não se confunde com suas expressões empíricas, embora precise destas. É essa relação complexa entre um princípio e suas variações expressivas que obriga, de um lado, a prestar atenção a certas configurações concretas e, de outra parte, a examinar a origem e o desenvolvimento de conceitos relativos a essa questão. Não basta, entretanto, admitir que o princípio da dignidade humana transcende os limites do âmbito jurídico. Com efeito, para que se possa formar um entendimento crítico sobre os conceitos que encarnam esse princípio, é fundamental um estudo que ajude a compreender alguns dos aspectos históricos, filosóficos e sociológicos que fizeram dele uma ideia, não apenas diretriz, mas também decisiva, do ponto de vista da complexa inserção humana no universo. (CAVALCANTE, 2017, p. 13).

Esse princípio é a ‘face nua dos direitos humanos, garantir uma vida digna a seu povo é estabelecer todas as garantias que as pessoas necessitam para uma vida completa e tranquila. Diante disso tudo, o princípio da

dignidade humana surge como um dos princípios basilares não só do Direito das Famílias, mas de todo âmbito jurídico. Salienta-se, também, que é ferido o princípio da dignidade humana no momento em que acontece o abandono, no mesmo sentido é a falta de afeto.

Em seguida, há a exposição do princípio da igualdade e o respeito às diferenças, ao qual, basicamente, trata sobre a ideia de que, independentemente das diferenças existentes, todos são iguais perante a lei. Em seguida, observa-se que há existência do livre arbítrio em razão do filho que abandonar afetivamente os seres que lhe geraram a vida, ou seja ele possui o poder da escolha em dar ou não afeto aos pais. Entretanto, ele poderá responder juridicamente por seus atos que podem gerar sofrimento aos idosos, uma vez que a falta de afeto pode gerar ao idoso uma série de doenças, dentre elas a depressão. Como é noticiado pelo *site* do UOL citando como causa de depressão na velhice o abandono familiar: “Segundo o médico neurologista Vitor Tumas, professor da FMRP (Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto) da USP, entre as principais causas da depressão no idoso estão o abandono familiar e o sentimento de inutilidade causado pelo abandono de atividades exercidas.” (Lourenço, 2021). Há a liberdade de escolha, em dar ou não afeto ao ser que gerou a vida, mas, dependendo do caso concreto, poderão ocorrer consequências jurídicas para sanar a dor que o idoso terá por ter sido abandonado por sua prole, inclusive, pela depressão.

Já em relação ao Princípio da autonomia e da menor intervenção estatal Tormena explana que:

No âmbito familiar, a atuação do Estado deve ser mínima, pois o que prevalece é o exercício da autonomia privada, já que no âmbito privado o direito à intimidade e liberdade dos sujeitos resulta também na personificação do indivíduo. [...] É preciso, no entanto, que o Estado exerça um poder de tutela, o que não significa possibilitar ao Estado fiscalizar ou controlar as relações

familiares, mas sim, a atuar de forma instrumental, apresentando meios a garantir a realização pessoal de seus indivíduos. (TORMENA, 2020, p.03)

Assim, surge também o Princípio da pluralidade de formas de família, em decorrência das mudanças no Direito das Famílias, atualmente há uma nova visão sobre a formação familiar. Este princípio legitima todas as formas de famílias.

É de se expor, em razão da menor intervenção estatal, onde se afirma que em relações familiares o estado não deveria intervir, salvo nos casos em que existem danos para um ente, como na hipótese de idosos que são, praticamente, esquecidos em clínicas ou nas próprias casas, impedidos até mesmo de conviver com seus netos e filhos. Importante mencionar, que, em alguns casos, os pais são abandonados, porque também abandonaram os filhos e, nesse caso, acredita-se que não caberia indenização por abandono afetivo inverso, analogicamente a decisão que deu improcedente o direito de o idoso receber alimentos do filho, em decorrência de não ter suprido duas carências na infância e juventude. Assim é noticiado no *web site* do Instituto Brasileiro do Direito das Famílias (IBDFAM):

Negativa de alimentos à genitora que abandonou os filhos gera polêmica e esbarra em artigo do Código Civil. A 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) manteve a decisão da 1ª Vara de Família e de Órfãos e Sucessões do distrito de Sobradinho (DF) que julgou improcedente o pedido de alimentos ajuizado por uma mãe em desfavor de seus três filhos. O Recurso, uma Apelação, contra a sentença proferida em ação de alimentos que julgou improcedente o pedido da genitora, consistente em condenar os filhos a lhe pagar alimentos. (IBDFAM, 2017)

Após, fala-se sobre o princípio da Igualdade entre filhos, embasado pelo art. 227, §6 da CF: “§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer

designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, 1988) bem como o art. 1596 do Código Civil, o qual reproduz, nos mesmos termos, o princípio em debate. Diante disso, também é explicado, por Tartuce, sobre algumas características da igualdade entre os filhos.

Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos, os filhos socioafetivos e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões filho adulterino ou filho incestuoso que são discriminatórias. Igualmente, não podem ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões filho espúrio ou filho bastardo, comuns em passado não tão remoto. Apenas para fins didáticos utiliza-se o termo filho havido fora do casamento, eis que, juridicamente, todos são iguais. Isso repercute tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei. Trata-se, desse modo, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional. (TARTUCE, 2017, p. 23)

É ressaltada, na passagem anterior, a importância desse princípio, uma vez que fixada em meio constitucional um modo de amparar os filhos, uma vez que versa em razão da desigualdade em que poderia existir entre um filho para com o outro. Fica clara também a preocupação do legislador em proteger os filhos adotivos, bem como os filhos havidos fora do casamento; por outro lado, esses filhos, sendo, ou não adotados, devem, igualmente, proporcionar dignidade aos pais na velhice, dando-lhes acolhida, afeto, incluindo alimentação, se estes necessitarem, repetindo o binômio necessidade/possibilidade. O afeto deveria ser dado, aos pais, por todos os filhos, que não são discriminados pela forma como ingressam na família, seja por consanguinidade, afetividade, ou adoção; portanto, todos deveriam ter a obrigação moral de proporcionar uma vida digna aos seus genitores, incluindo o afeto.

Ademais, há de se discorrer sobre o princípio da afetividade, este que versa muito com a pauta entalhada no presente trabalho. Assim, apresenta-se com maestria o exposto por Tormena (2020, p. 03): “O princípio da afetividade trouxe modificações no âmbito do relacionamento entre cônjuges e companheiros, e também originou a teoria da parentalidade socioafetiva.” Teoria essa em que, resumidamente é a qual se baseia nos sentimentos ou no afeto para versar sobre a maternidade ou paternidade. (Rodrigues, 2013, p.10)

Em complemento ao exposto anteriormente, é o entendimento de Gonçalves:

Todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do século passado e o advento da Constituição Federal de 1988, com as inovações mencionadas, levaram à aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma “paternidade responsável” e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar. (GONÇALVES, 2017, p. 27)

Em complemento, ao princípio da afetividade é de extrema importância capturar o explanado magistralmente por Maria Berenice Dias elenca o princípio da afetividade como um dos principais fundamentos do Direito das Famílias:

A afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico.⁵² O termo *affectio societatis*, muito utilizado no Direito Empresarial, também pode ser utilizado no Direito das Famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas

peçoas para formar urna nova sociedade, a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes ele uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, corno sempre foi, a família. (DIAS, p. 52, 2015)

É analisada, com a passagem anterior, o quanto os legisladores e doutrinadores têm se preocupado com o afeto, muitas vezes ultrapassando as barreiras biológicas, inclusive sendo alterada a Constituição Federal, no momento em que foi legislado em favor da afetividade incluindo-a como item indispensável no âmbito familiar. Assim é a afirmação de Dias: “Com a inclusão no conceito de família das estruturas monoparentais, a ideia de família migrou da genitalidade para a afetividade.” (DIAS, p. 02, 2017)

Diante do exposto, é de se observar a importância da afetividade no seio familiar, bem como outros sentimentos que, na ótica do direito, surgem como princípios, por exemplo, o da solidariedade, o qual é explanado por Rodrigues:

No Princípio da Solidariedade familiar, decorre do Princípio da Afetividade, que compõe um Princípio Constitucional e, acima disso, um Princípio Bíblico. O Evangelho, segundo Marcos, diz que “Amarás o teu próximo como a ti mesmo”. Se não existisse a solidariedade e a afetividade não existiria a forma de filiação socioafetiva. Diante da solidariedade decorre o dever de pagar alimentos e a responsabilidade de assistência aos filhos. (RODRIGUES, 2003, p.11)

A solidariedade familiar é de interesse do Estado, porque, se a família falha na sua função de proteção à prole, ou, no caso em tela, do idoso, caberá ao Estado suprir esse papel, que sustentando, proporcionando

abrigo, ou, até mesmo, viabilizando tratamento psicológico diante do abandono, do vazio proporcionado pela ausência de pertencimento.

Ainda, Tormena (2020) completa: “O princípio da solidariedade, no âmbito jurídico, traduz na existência de um vínculo de sentimento racional e guiado que compele à oferta de ajuda; é o dever de cuidado ao outro.” Entende-se o quanto é instigante ao núcleo familiar o afeto, tanto que, sem a existência de afeto, solidariedade e outros sentimentos que ainda serão percorridos, não há o que se falar em família, ou seja, o termo família perde seu verdadeiro sentido. Sucinta, também é a explicação relativa ao princípio da solidariedade em âmbito familiar por Silva: “A palavra solidariedade pode ser definida como o compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas às outras e cada uma delas a todas, sendo assim, percebe-se que esse princípio tem origem nos vínculos afetivos.” (SILVA, 2017), a solidariedade pode complementar o afeto, no mínimo, a retribuição daquilo que foi dado de um ao outro, tornado os familiares mais humanizados.

Importante, também, realizar a leitura o art. 227, da Constituição Federal:

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

Esse princípio é norte para o presente trabalho, uma vez que a falta de solidariedade é o que faz com que o ente familiar sinta-se desamparado, é nesse momento que surge o direito, com o fim de fazer com que o pai, que abandonou o filho ou o filho, que abandonou o pai cumpra seus

deveres familiares. No caso, de amparar afetivamente o ente familiar abandonado. Como, claramente é destacado por Tartuce:

[...] no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, eis que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. A importância da solidariedade social é tamanha que o princípio constituiu a temática principal do VI Congresso Brasileiro do IBDFAM, realizado em Belo Horizonte em novembro de 2007. Deve-se entender por solidariedade o ato humanitário de responder pelo outro, de preocupar-se e de cuidar de outra pessoa. (TARTUCE, 2017, p. 22):

É a mais pura responsabilidade em que um tem para com o outro e que, quase em todos os casos, surge naturalmente, em decorrência do sentimento familiar e da convivência dentro de casa. Advém, também, do sentimento paterno, materno e filial. Entretanto, o que se estuda é o núcleo familiar doente, em que o membro familiar falta com responsabilidade, afeto ou solidariedade. Assim, necessita-se a análise de mais um princípio, o da responsabilidade. Nos termos do exposto por Tormena:

O princípio da responsabilidade nas relações familiares possui efeitos no ambiente interno e particular, bem como no ambiente externo e coletivo. No âmbito interno e particular, o princípio da responsabilidade traduz o dever e a responsabilidade de os cônjuges e companheiros zelarem, cuidarem, protegerem e amarem um ao outro, sob risco de o relacionamento conjugal terminar. Ainda, existe o dever e a responsabilidade de os genitores promoverem a criação, educação, sustento material e afetivo de seus filhos, sob pena de serem responsabilizados civilmente, com obrigação de pagar indenização em prol do filho prejudicado, se ficar evidenciada a existência do abandono afetivo. No âmbito externo e coletivo, o princípio da responsabilidade impõe sobre os responsáveis legais das crianças e dos adolescentes o dever de indenizar os prejuízos causados pelos menores no âmbito civil, posto que deveriam

ter exercido com eficiência o dever de cuidado e criação. (TORMENA, 2020, p. 12):

A responsabilidade parental é cristalina na legislação, mas o inverso também é verdadeiro, os filhos, netos também possuem responsabilidade para com os seus ancestrais, não só como solidariedade, mas como dever legal, referendado tanto na legislação civilista (art. 1566, IV), como na Carta Política (art. 226, § 7º, que versa sobre a paternidade responsável); o binômio direito/dever está interligado; ou seja, se os pais têm responsabilidade para com os filhos/descendentes; estes também têm deveres para com seus pais/ascendentes. Ainda exposto por Gonçalves

Essa responsabilidade é de ambos os genitores, cônjuges ou companheiros. A Lei n. 9.253/96 regulamentou o assunto, especialmente no tocante à responsabilidade do Poder Público. O Código Civil de 2002, no art. 1.565, traçou algumas diretrizes, proclamando que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal” e que é “vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas e privadas”. (GONÇALVES, 2017, p. 24)

Diante de toda a análise já realizada sobre os princípios que norteiam o Direito das Famílias, passou-se a possuir uma maior compreensão do que se passa no âmbito familiar, bem como se analisou os sentimentos que são essenciais para uma convivência familiar saudável, digna e que ampare todos os membros de uma família. Cabe expor que, neste tópico, foram estudados os princípios dos Direitos das Famílias mais utilizados e citados por doutrinadores e acadêmicos, utilizando, como parâmetro para a análise no presente trabalho, o grau de coerência do princípio para com o tema em debate. Após encerrar o presente capítulo, julga-se apto a prosseguir com alguns estudos pertinentes ao trabalho. Avançando no capítulo será analisado o Estatuto do Idoso, para qual se fará ligação com os direitos e algumas medidas para a segurança dos idosos.

3. Sucinta análise do estatuto do idoso

Passadas algumas conceituações preliminares, bem como alguns debates essenciais para o entendimento do trabalho, passa-se a abordar a temática do Estatuto do Idoso fazendo uma sucinta análise sob os direitos e o modo que o legislador usou para amparar os seres humanos, que possuem mais de sessenta anos. Deste modo, se faz necessário analisar o art. 3º da Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003: “É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”

Deste modo, é importante observar que o legislador, usou da lei para garantir que a família, em concorrência com a comunidade, com a sociedade e com o Poder Público garanta uma vida digna ao idoso. Bem como, no parágrafo primeiro do referido diploma compreende uma série de prioridades pelas quais todos devem respeitar em favor dos idosos:

§ 1º A garantia de prioridade compreende: I - atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; II - preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; III - destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso; IV - viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações; V - priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; VI - capacitação e reciclagem dos recursos (BRASIL, 2003)

Dentre os direitos dos Idosos, também, é necessário que seja mencionado que a lei do idoso tem, como seu principal objetivo, dar total

proteção e amparo a pessoa da terceira idade, além de defender seus direitos fundamentais, que estão previstos na constituição Federal artigo 5º, inciso X. O Estatuto dispõe, em seu Art. 3º, que “é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.” (BRASIL, 1988)

Importante analisar o art. 5º, X, da CF “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988); ou seja, há possibilidade de os genitores pedirem auxílio aos filhos, assim como os filhos pedem auxílio aos pais e essa ajuda é necessária, principalmente, quando estes são idosos, pois é nesta fase da vida que eles mais precisarão de auxílio, tendo em vista que não conseguem fazer as coisas com a mesma agilidade, não conseguirão ter a mesma saúde e integridade física e, por vezes, nem mesmo a mente consegue manter lucidez, é notório que não se pode obrigar filhos e pais a se amarem, mas é necessário conceder ao prejudicado indenização pelo dano sofrido, caracterizado pela solidão, pelo isolamento, pela tristeza, entre outros, sempre tendo, como causa, omissão de afeto e atenção mínimas essenciais.

Também nos direitos dos idosos determinado no Título II, Subtítulo III, do cap. VI do Código Civil, destaca-se os de natureza alimentar, como o direito de receber pensão alimentícia dos filhos e parentes, quando não possuírem meios de sustentação própria ou recursos capazes de garantir sua subsistência. Ademais, Lôbo explica o porquê da existência de Estatutos para amparar os membros mais frágeis da sociedade:

A fragilidade ou a vulnerabilidade de algumas pessoas é uma tentação ao exercício ilusório de poder de outras pessoas sobre elas. Acresce a isso o preconceito contra os que são considerados diferentes do modelo de conduta da moral dominante (por exemplo, os homossexuais), principalmente os mais fracos, seja pelo número, seja pela fragilidade natural (crianças, mulheres, idosos, pessoa com deficiência). Essa é a realidade social que não pode ser desconsiderada pela lei. Esses Estatutos não podem ser tidos como paternalistas, mas sim como respostas normativas adequadas a essas situações merecedoras de proteção solidária e de tutela jurídica adequada. (Lobo, 2018, p. 30)

Em outros termos, a criação de Estatutos surge como um meio de proteger os indivíduos mais sensíveis a sofrer com os perigos existentes, assim, o Estatuto do Idoso advém como um meio de equilibrar a balança em favor dos membros mais vulneráveis da sociedade. Dentre os meios de proteção ao idoso, o Estatuto determinou o pagamento de alimentos, às pessoas com idade superior a 60 anos, como analisa Gonçalves:

O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 10-10-2003), inovando, instituiu a solidariedade no tocante à obrigação de alimentos para os maiores de 60 anos, podendo estes escolher os prestadores. Ao lado da ampliação do direito de acesso aos alimentos, proclama o aludido diploma, no art. 12: “A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores”. Dispõe ainda o art. 14 da referida lei que “se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social”. (GONÇALVES 2017, p. 678)

Exemplifica-se, deste modo, uma das formas de garantir uma vida saudável na velhice elencadas no Estatuto em debate. Nesses aspectos, entretanto, como forma de defender os idosos de sofrer violência em razão de sua fragilidade é a interpretação de Lôbo:

O idoso é cidadão vulnerável, merecedor tanto da proteção do Estado como da família e da sociedade. A legislação tem de oferecer os meios necessários para que essa proteção se efetive. A redação do art. 19 do Estatuto do Idoso, dada pela Lei n. 12.461/2011, responsabiliza diretamente as instituições de saúde pela notificação de atos e fatos de violência praticados contra os idosos. Passaram a ser obrigadas à notificação da violência tanto as instituições de saúde públicas quanto as privadas. Essa Lei também introduziu definição da violência contra o idoso como qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico. Fica mais clara a peculiaridade da violência, inclusive no espaço privado, podendo o ofensor ser qualquer pessoa, familiar ou não. As autoridades que recebem a notificação são a polícia, o Ministério Público ou os Conselhos nacional, estadual ou municipal do idoso. (LÔBO, 2018, p. 31)

O período retro faz menção ao art. 19 do Estatuto do Idoso⁴, esse que foi outro meio com fins de proteção aos idosos, uma vez que, de forma sucinta, garante a comunicação obrigatória ao rol de órgãos competentes elencados no próprio artigo, de quaisquer que sejam a violência existente contra os mesmos. Por fim, este capítulo buscou analisar algumas formas que o Estatuto do Idoso trouxe para o mundo jurídico, como forma de proteção aos idosos, assim, posteriormente, irá ser analisada a matéria específica referente à prestação de alimentos ao ente familiar, que for abandonado afetivamente.

4. A possibilidade de indenização por abandono afetivo

No decorrer do trabalho foi abordada a importância do afeto a todos os membros familiares, é um bem que nada consegue sobrepor, entretanto, advém como uma forma de amenizar essa dor, um valor pecuniário

⁴ Art. 19. Os casos de suspeita ou confirmação de violência praticada contra idosos serão objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos e privados à autoridade sanitária, bem como serão obrigatoriamente comunicados por eles a quaisquer dos seguintes órgãos: I - autoridade policial; II - Ministério Público; III - Conselho Municipal do Idoso; IV - Conselho Estadual do Idoso; V - Conselho Nacional do Idoso.

ao indivíduo que promove esse mal a algum ente familiar, nesse contexto é por Gagliano

Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor. (GAGLIANO *et. al*, 2012, p. 649)

Analisa-se a importância de compreender sobre responsabilidade civil, uma vez que se tornou fonte de debates no Direito das Famílias, mais especificamente, nos casos de abandono afetivo. Pablo Stolze (2012) define a responsabilidade civil como: “Deriva da transgressão de uma norma jurídica civil preexistente, impondo ao causador do dano a consequente obrigação de indenizar a vítima.” Balack(2020) explica sobre o abandono:

Quando o idoso mora com a família, e estes membros o deixam só por longos períodos, este se sente desamparado. Muitas vezes, a convivência dentro do lar é difícil, principalmente quando o idoso precisa de remédios ou de alguém que o acompanhe devido a alguma debilidade. Essas situações obrigam o idoso a procurar ajuda no Poder Judiciário, devido ao abandono material e afetivo suportado, que culmina no pedido de dano moral em face da prole. (BALACK, 2020, p. 17)

A responsabilidade civil provém da violação de uma norma jurídica preexistente, a qual gerará uma obrigação ao causador do dano de indenizar o lesionado. É a consequência jurídica e patrimonial do descumprimento de uma obrigação. (GAGLIANO, 2012). Nos casos de

abandono dos filhos aos pais a constituição dispõem, nos artigos 229 e 230 da Carta Constitucional: “Art. 229 Os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” e “Art.230 A família, a sociedade e o estado têm o dever de amparar as pessoas idosas assegurando sua participação, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.” (BRASIL, 1988). Observa-se, com a leitura dos artigos da CF, a preocupação de proteger a população idosa, enfatizando, também, que elencou a família dentre os que possui o dever de amparar e garantir uma velhice digna.

Estando presentes os elementos necessários à caracterização do dano moral, o causador do dano, a culpa e o nexo causal, existe a possibilidade de indenizar, primeiro, cabe salientar que, para configurar a responsabilização civil, necessita, obrigatoriamente, da presença dos três elementos acima referidos. Pablo Stoltze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho definem esses elementos como:

- a) causador do dano: que pode ser comissiva ou omissiva, próprias ou de terceiros ou, mesmo, ilícita (regra geral) ou lícita (situação excepcional);
- b) dano: a violação a um interesse juridicamente tutelado, seja de natureza patrimonial, seja de violação a um direito de personalidade;
- c) nexo causalidade: a vinculação necessária entre a conduta humana e o dano. (STOLZ, *et. al.*, 2012, p. 246)

A indenização do dano moral é garantida constitucionalmente, a obrigação de indenizar encontra-se nos artigos 186 e 927 do código civil, que dispõem acerca da obrigação de reparação por parte daquele que causa dano a outrem. “Art 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. E o Art. 927, dispõe: “Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo

único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Realizada a leitura dos artigos retro, fica clara a obrigação, que o indivíduo que lesar alguém moralmente, possui em reparar este dano.

Como já explanado nos primórdios do presente capítulo, a indenização por dano moral, não tem o objetivo de impor o amor, pois amar é faculdade e uma dádiva do ser humano, portanto não se compensa com dinheiro, todavia, o objetivo aqui é evitar ou pelo menos amenizar, os danos físicos, sociais e principalmente psicológicos causados pela falta de cuidado. Nesse mesmo sentido Silva elucida: “É sabido que obrigar um ente familiar amar seus pais é impossível. Buscando-se apenas evitar que aconteça o abandono e quando realizado gere o dano cabível ao ofensor. Não sendo essa responsabilidade para se obter vantagem, mas que compense e que seja educativo.” (SILVA, p. 11, 2018)

O ambiente familiar é considerado o local de conforto, amparo, onde se encontra afeto, segurança, amor. A falta de um desses valores, no âmbito familiar, gera um dano irreparável à vítima, surge aí a indenização por dano moral no Direito das Famílias, decorrente do abandono afetivo.

Atualmente, de acordo com a realidade atual, há maiores demandas judiciais envolvendo problemas das famílias, as quais reconhecem o dano moral por abandono afetivo. Como também, diversas ações que pleiteiam o reconhecimento do dano moral em consequência do abandono afetivo dos idosos, embora não haja na lei, especificamente, a possibilidade dessa reparação.

A pensão é entendida tanto na forma de alimentos, quanto a recursos para despesas de casa, assistência médica, remédios e outras necessidades. A finalidade da prestação de alimentos é fornecer os meios de vida a quem

dependa, não dispondo de meio próprio de sustento. Assim é o entendimento fixado no artigo 1696, do Código Civil. “Art. 1696- O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Carece no ordenamento jurídico brasileiro uma Lei que garanta uma efetiva responsabilização por dano moral, em casos de abandono afetivo inverso, todavia, existe um Projeto de Lei tramitando na Câmara dos Deputados nº 4294/2008, que visa à inclusão da indenização por dano moral em razão do abandono afetivo instituindo, no Artigo 3º, parágrafo segundo, com a seguinte redação: “§ 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral.” O fundamento do projeto está na indispensabilidade de um auxílio moral, prestação de apoio, afeto e atenção, que são imprescindíveis ao adequado respeito às pessoas idosas.

O projeto ainda não foi votado, no ano de 2019, já foi pedido o desarquivamento e foi aceito, quando o projeto for aprovado, haverá a efetividade, não só do princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade, como tantos outros presentes no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a tornar a responsabilização dos filhos em razão do abandono afetivo dos pais formal.

Em 2021, pesquisa realizada no dia dez de maio no *site* do Tribunal de Justiça, verificou-se que este projeto de lei encontra-se “Aguardando Designação de Relator, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).” Para melhor esclarecer o que é abandono de idosos, relevante se faz definir, primeiramente, o que é o abandono propriamente dito. Na esfera jurídica, abandono é o ato pelo qual uma pessoa, de forma negligente, renúncia, e um direito em relação a uma pessoa ou um bem, causando consequências jurídicas. Contudo, o abandono de idosos pode ser de forma material ou imaterial. Sendo que o abandono material se dá quando o

idoso deixa de ter acesso a itens básicos para sua sobrevivência, como, por exemplo, água, alimentação saudável e digna, vestimentas adequadas, bem como o acesso à saúde e tratamento adequado se for o caso e até mesmo a pensão alimentícia. Na medida em que o abandono imaterial diz respeito ao afeto.

Ainda referente a forma de abandono imaterial, este é o mais devastador, sendo caracterizado pela falta da convivência familiar e assistência moral ao idoso. O abandono imaterial é arguido pelo artigo 229 da CF, quando determina a reciprocidade do dever da relação entre pais e filhos. Bem como o artigo 4º do Estatuto do Idoso definiu: “Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.” Evidenciado, no Estatuto, o dever de todos evitar que os direitos dos idosos sejam violados, e quem violar qualquer direito será punido na forma da lei, bem como o CP tipificou o abandono material, em seu art. 244⁵. O Estatuto do Idoso tipificou a conduta do abandono imaterial, em seus artigos 98 e 99:

Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de

⁵ Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:

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

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte:

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

Apesar de penalizar a conduta, com pena privativa de liberdade e multa, nota-se que nem mesmo o Estatuto do idoso, um dos dispositivos mais importantes de proteção dos direitos dos idosos, não abrangeu a possibilidade de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo inverso. Entretanto cabe aos julgadores entender a respeito. A CF, em seu artigo 229, resguardou esse direito do idoso, bem como o Código Penal (CP) tipificou a conduta do abandono material em seu artigo 224:

Art. 244 - Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Alterado pela L-010. 741-2003). Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País (BRASIL, 1941).

Pode-se observar que o Código Penal determinou pena privativa de liberdade, cumulada com multa, para aquele que deixar de cumprir o dever legal de prestar assistência material ao idoso, o que significa dizer que, apesar do CP tipificar a conduta como um crime de desamor, ainda assim, não há previsão legal de forma explícita no âmbito civil, a respeito da responsabilidade civil, decorrente do abandono afetivo inverso. Importante, citar a seguinte apelação civil, formalizando a tese apresentada até então.

No seguinte fato, os dois filhos foram obrigados a pagar alimentos a seus pais.

Apelação cível - Ação de alimentos – Sentença de parcial procedência – Fixação em 15% do salário mínimo devidos pelos dois filhos ao genitor, arcando, cada parte, com 50% das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de seus respectivos patronos, observada a gratuidade. Inconformismo dos requeridos defendendo a incidência da tese da indignidade, já que o genitor os abandonou há mais de 50 anos, quando contavam 02 e 06 anos de idade, não mantendo, desde então, nenhum contato, afastando o dever alimentar ou subsidiariamente, a fixação em 05% do salário mínimo, porque não têm condições de destinar o percentual arbitrado para a manutenção do genitor. Sentença parcialmente reformada – Genitor que, de fato, abandonou os filhos há mais de 50 anos, não mantendo com a prole nenhum contato, formando nova família, que o auxilia moral e materialmente, certo que os apelantes foram sustentados, com dificuldade e exclusividade, apenas, pela genitora – Tese da indignidade afastada – Abandono paterno que não cessa o direito dos filhos aos alimentos e nem mesmo o contrário – Observância do dever de solidariedade – Alimentos, todavia, que deverão ser arbitrados, não só com fundamento na necessidade, como também de acordo com a possibilidade financeira dos alimentandos que, "in casu", demonstraram, cabalmente, que não têm condições de pagar os alimentos no percentual estipulado, vivendo modestamente, ainda que um deles seja Advogado, mas não ostentam vínculo empregatício formal há 20 anos, auferindo rendimentos suficientes para o pagamento do aluguel e despesas ordinárias, sem regalias – Prova do cadastro do nome no rol dos inadimplentes e empréstimos consideráveis perante a instituição bancária, contando os apelantes, ademais, 64 e 60 anos de idade – Apelado que não se desincumbiu de provar o contrário, certo que recebe benefício no valor de um salário mínimo, contando 91 anos de idade, encontrando-se em clínica para idosos há 7 anos, mantida pela filha da novel união – Acolhimento do pleito subsidiário – Recurso parcialmente provido. (SÃO PAULO, **Tribunal de Justiça de São Paulo**. AC: 10074705620188260286, Relator: José Joaquim dos Santos, Data de Julgamento: 16/06/2020)

Nesse sentido, também é de se observar que no caso exposto acima, resumidamente o genitor abandonou seus filhos por um período de cinquenta anos, entretanto ajuizou ação requerendo alimentos, sendo fixado no valor de 15% do salário mínimo. Importante salientar que o relator analisa o binômio da necessidade e possibilidade, fazendo um estudo da real da imprescindibilidade da fixação dos alimentos em favor do genitor, bem como da capacidade dos filhos em pagar a quantia fixada pelo juiz. Outro caso concreto que pode ser observado é o da ação civil:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MEDIDA PROTETIVA EM FAVOR DE IDOSA - SITUAÇÃO DE RISCO EVIDENCIADA - ABANDONO AFETIVO E MATERIAL - COLOCAÇÃO EM ABRIGO - UTILIZAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO RECEBIDO PELA IDOSA PARA PAGAMENTO DAS DESPESAS - POSSIBILIDADE - RESPEITO ÀS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO ART. 35 DO ESTATUTO DO IDOSO - REFORMA PARCIAL DA

SENTENÇA. 1 - Incumbe ao Município empreender os esforços que efetivem o princípio fundamental de proteção aos idosos que se encontram em situação de risco, por abandono material e afetivo, em respeito aos ditames constitucionais e ao Estatuto do Idoso - Lei Federal nº 10.741/03. 2 - Comprovado nos autos que a idosa encontra-se em situação de desamparo, sem acesso às mínimas condições para viver condignamente, deve ser julgada procedente a ação que visa o abrigamento da paciente em instituição para idosos. 3 - Nos termos do art. 35 do Estatuto do Idoso, o benefício previdenciário da idosa pode ser utilizado no pagamento de parte das despesas em razão do abrigamento, desde que seja respeitado o limite de 70%, e que o ente público continue arcando com o pagamento complementar das despesas necessárias. 4 - Reforma parcial da sentença. (MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** – Apelação Cível Nº 10000150873347002, Relator: Sandra Fonseca, Data de Julgamento: 08/10/2019)

Na situação supracitada, a idosa encontrava-se desamparada, e assim buscou o judiciário, resultando em internação da idosa, conduzindo-a para um abrigo, pois não havia ninguém da família para amparar a idosa, como

mencionado, quando falha a solidariedade familiar, cabe ao estado proporcionar dignidade aos indivíduos. Completados, os capítulos propostos do presente trabalho, é com propriedade que se parte para as considerações finais.

5. Considerações finais

Destarte, diante do material colhido, bem como a sucinta análise produzida e aglutinada no decorrer do trabalho, diversas ideias e pensamentos foram produzidos, além de conceituações sobre os assuntos pertinentes. Para assim, chegar nessa etapa e formalizar uma conclusão concreta e firme sobre o assunto debatido, abandono afetivo inverso. No decorrer da produção desse Trabalho de Conclusão de Curso diversos pontos foram abordados. Primordialmente, acerca do abandono afetivo inverso no Direito das Famílias. Em seguida, fez-se uma análise aos direitos e as formas pelo qual o legislador adotou para garantir, aos idosos, segurança diante do Estatuto do Idoso. Por fim, adentrou-se na matéria específica versando sobre o abandono afetivo e a possibilidade de indenização.

Para uma concreta dedução, foi necessário partir da premissa da elaboração de diversas deduções sobre a problemática criada. Podendo ser que, comprovado o abandono afetivo, o ressarcimento pelo dano sofrido pode ser monetário, mesmo que ele não cubra a dor sofrida por um abandono, pois a indenização é uma forma de punição social àquele que deixa seu ancestral ao desamparo afetivo.

Como já explanado anteriormente é importante aduzir que, ao fazer as análises de situações problemáticas no âmbito familiar, adentra-se em uma matéria que exige bastante cuidado, deste modo foi necessário buscar conteúdos atualizados utilizando, como base e norte, os trabalhos produzidos por Maria Berenice Dias, eis que ela é a fundadora do Instituto

Brasileiro do Direito das Famílias. Bem como, ressaltando a tese exposta nesse trabalho, surgem jurisprudências que adotam a teoria aqui apresentada orientando-se com positivos pareceres em favor do litigante que postula dano moral, em razão do abandono afetivo inverso.

Expondo, desta maneira, a preocupação existente no meio jurídico para amparar o ente familiar abandonado. De acordo com o material produzido neste trabalho, a inovação dessa temática do abandono afetivo inverso, é notável, por ter escassez de parecer sobre o tema, seja por doutrinadores, ou julgados proferidos pelos ministros dos tribunais superiores.

Conclui-se que, é necessária uma análise cautelosa para que seja comprovado o abandono inverso, ficando evidenciadas as consequências decorrentes de tal abandono, bem como a omissão por parte daquele que deveria prestar auxílio e fazer-se presente; contudo, mesmo sem uma legislação específica destinada ao tema estudado, observa-se que os doutrinadores reconhecem a existência do abandono afetivo inverso e a responsabilidade dos filhos que não cumprirem com os seus deveres afetivos.

Cabe salientar, que a conduta onde apresenta omissão ou negligência, dos filhos para com os pais, transforma-se em um ato ilícito e este merece ser reparado, levando em consideração o binômio da necessidade/possibilidade; bem como, descarta-se a comprovação de culpa uma vez que, considera-se, que a conduta dos filhos para com os pais, é um dever objetivo.

Ademais, completando adjacientemente a tese criada, apoia-se em princípios impetrados na Carta Política, bem como apontados por diversos doutrinadores de ímpeto inquestionável no ramo dos Direitos das Famílias e que foram abordados e percorridos no decorrer deste trabalho, mais especificamente, no capítulo dois. Deste modo, no momento em que uma

conduta fere princípios tão importantes para o Direito é improvável que a justiça brasileira não acolha a tese aqui exposta e forneça decisões positivas em prol do abandonado afetivo inverso.

Por fim, é de se indicar que o problema, para uma fiel e final ideia de indenização por abandono inverso, é a concepção de que iria se suprir problemas imateriais, como a falta de afeto, com um suporte material. Entretanto, o meio jurídico não pode fechar os olhos para um problema familiar, que gera tanto sofrimento ao membro de uma família que se dedicou na criação e educação de um filho e, posteriormente, sofre com o abandono. Mesmo redundante, é imprescindível dizer que, resta ao âmbito jurídico, utilizar-se de seu principal fundamento, fazer da sociedade um lugar mais justo, deste modo, amparar o sofrimento do abandonado com os meios que possui sendo imperioso para a garantia de uma vida digna na velhice.

Referências

AURELIO. **Dicionário Eletrônico Aurélio da Língua Portuguesa**. Ed Positivo Soluções Didáticas LTDA. 2021. Disponível em: < [https://editorapositivoaurelio.page.link?apn=br.com.editorapositivo.aurelio&ibi=https%3A%2F%2Feditorapositivoaurelio.page.link&link=https%3A%2F%2Feditorapositivoaurelio.page.li](https://editorapositivoaurelio.page.link?apn=br.com.editorapositivo.aurelio&ibi=https%3A%2F%2Feditorapositivoaurelio.page.link&link=https%3A%2F%2Feditorapositivoaurelio.page.link%2Fentry%2F267) nk%2Fentry%2F267 > Acesso em: Junho de 2021;

BALACK, Juliana Gruber. **Abandono afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos por abandono afetivo dos pais idosos**. Revista Científica Eletrônica: Academia de direito. Editora UNC: Santa Catarina. Janeiro de 2020;

BRASIL. Código Civil. Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 11 abr. 2019;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 06 maio. 2019;

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019;

BRASIL. Lei nº 2848/1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm que dia foi o acesso?

BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 de maio de 2017.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019;

CAVALCANTE. Lara Capelo. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da produção da existência em todas as suas formas**. Fortaleza. 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049145.pdf>. Acesso em: abril de 2021

CUNHA. Ana Carolina Tonon da. **Abandono afetivo e seu reflexo no universo jurídico**. 2016. Disponível em: <https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2016/11/abandono> Acesso em: Junho de 2021;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**, 4ª ed. São Paulo, editora revista dos tribunais: 2007;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 10ª ed. São Paulo, editora revista dos tribunais: 2015;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**, 14ª ed. São Paulo, editora revista dos tribunais: 2021;

DIAS, Maria Berenice. **Novos Rumos do Direito das Famílias**. 2017. Disponível em: <[http://berencedias.com.br/manager/arq/\(cod2_565\)17_novos_rumos_do_direito_das_familias.pdf](http://berencedias.com.br/manager/arq/(cod2_565)17_novos_rumos_do_direito_das_familias.pdf)> Acesso em: junho de 2021

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direito de família, as famílias em perspectiva constitucional**, 2ª ed. São Paulo, editora Saraiva: 2012;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 14º ed. São Paulo, editora Saraiva: 2017;

IBDFAM. **Negativa de alimentos à genitora que abandonou os filhos gera polêmica e esbarra em artigo do Código Civil**. 2017. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/6258/Negativa+de+alimentos+%C3%A0+genitora+que+abandonou+os+filhos+gera+pol%C3%AAmica+e+esbarra+em+artigo+do+C%C3%B3digo+Civil%22>> Acesso em: Junho de 2021;

LOBO, Paulo. **Direito civil, famílias**. Vol. 5. 8ª ed. São Paulo, editora Saraiva: 2018;

LOURENÇO, Tainá. **Pesquisa do IBGE aponta que idosos são os mais afetados pela depressão**. 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/02/23/pesquisa-do-ibge-aponta-que-idosos-sao-os-mais-afetados-pela-depressao.html> Acesso em: Junho de 2021.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Apelação Cível Nº 10000150873347002 MG**, Relator: Sandra Fonseca, Data de Julgamento: 08/10/2019, Data de Publicação: 16/10/2019

OLIVEIRA, Roberto Bascherotto De. **Responsabilidade civil no abandono afetivo inverso**, Universidade Do Sul De Santa Catarina: 2018;

POMBO, Rocha. **Dicionário de sinônimos da língua portuguesa**. 2011. 2º ed. Disponível em: <https://www.academia.org.br/sites/default/files/publicacoes/arquivos/cams-10-dicionario_de_sinonimos_da_lingua_portuguesa-para_internet.pdf> Acesso em: junho de 2021;

QUERINO, Sabrina Machado. **A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo.**

2º ed. Juiz de Fora/MG: Revista Estação Científica, 2020;

RODRIGUES, Etiane. **Parentalidade socioafetiva: a preponderância da filiação**

socioafetiva em face da biológica. 2003. Disponível em:

<jus.com.br/artigos/35080/parentalidade-socioafetiva-a-preponderancia-da-filiacao-socioafetiva-em-face-da-biologica>. Acesso em: abril de 2021;

SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** – Apelação Cível

Nº 09000120520148240050 Relator: Jaime Ramos, Data de Julgamento: 10/12/2019,

Terceira Câmara de Direito Público, Pomerode/SC;

SÃO PAULO, **Tribunal de Justiça de São Paulo.** AC: 10074705620188260286, Relator:

José Joaquim dos Santos, Data de Julgamento: 16/06/2020, 2ª Câmara de Direito

Privado, Data de Publicação: 16/06/2020

SILVA, Camila Valério da. **Abandono afetivo inverso: responsabilidade civil dos filhos.**

2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Interf-Dir_v.06_n.2.03.

Acesso em: Junho de 2021;

SILVA, Daniel Ferreira da. **Princípios Norteadores do Direito de Família.** Fevereiro de

2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56132/principios-norteadores-do-direito-de-familia>> Acesso em: maio de 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, direito de família.** Vol 5. 12º ed. Rio de Janeiro/RJ.

Editora FORENSE LTDA: 2017;

TORMENA, Kethelin Bogowicz. **Princípios fundamentais do direito de família.** 2020.

Brusque/SC. Disponível em: <https://kethelinbogowicz.jusbrasil.com.br/artigos/879598723/principios-fundamentais-do-direito-de-familia>

Acesso em: abril de 2021

III

As decisões judiciais na atualidade e sua relativização na produção de direitos ¹

Diego Fioravante²
Sílvia Lopes da Luz³

1 Introdução

O presente trabalho tem o intuito de estabelecer raciocínio organizado sobre o corrente tema, demonstrando com pesquisa teórica as evidências e causas expostas.

Dessa forma, no segundo capítulo, é necessário o estudo das causas primárias do tecnicismo e, em se tratando de decisão judicial, surge uma breve explanação e pontuação da hermenêutica jurídica como instrumento de especialização da interpretação jurídica. Entretanto, nem sempre o caminho de uma interpretação concisa é único, é preciso analisar no capítulo três, os métodos utilizados e os fatos que envolvem a discricionariedade interpretativa e isso, principalmente, quanto à ação do intérprete em desprender-se, de certa forma, da norma fazendo com que aquele desempenhe uma ampliação valorativa na ponderação das especificidades extraídas de normas, regras, princípios, etc.

¹ Artigo apresentado no segundo semestre de 2020, ao Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – Campus Santa Maria, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

² Graduando no curso de Direito, da Universidade Luterana do Brasil – Campus de Santa Maria (ULBRA/SM). E-mail: diegofioravante@rede.ulbra.com.br.

³ Mestra em Patrimônio Cultural (área de concentração: História e Patrimônio Cultural), pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), 2017, especialista em Direito Público- FIC (Faculdade de Ciências e Letras, Imaculada Conceição, atualmente, Universidade Franciscana)- 1996, graduada em Letras Inglês/Português pela Universidade Franciscana (1986) ;bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidade Federal de Santa Maria(UFSM) (1988), advogada, professora horista da Universidade Luterana do Brasil, com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil (Família e Sucessões), Direito Civil I, Introdução ao Estudo do Direito, Hermenêutica, Direito das crianças e adolescentes.

Portanto, no capítulo quatro, disserta-se sobre uma decisão que, nem sempre, aduz a mera transcrição de um positivismo e, sim, a abertura de uma condição especulativa sobre a incidência dos preceitos constitucionais, atingindo, inclusive, a estreita relação de competências entre os poderes do Estado. São decisões com conteúdos, e fundamentos abrangentes, que surgem nos mais distintos órgãos judiciais deliberativos no Brasil.

Como conclusão, estuda-se o percurso decisório, desde a origem da existência de uma determinada matéria proposta. Percebe-se a exclusão de uma possível subversão dos mecanismos interpretativos, ou a extensão dos limites do poder judiciário, mas sobrevém, as evidências materiais da ineficácia das competências funcionais de outros órgãos gestores do Estado, o que caracterizam a responsabilidade da relativização de decisões judiciais como produtoras de Direito.

Por fim, o trabalho encontra-se respaldado na linha de pesquisa universitária sobre a inter-relação entre Direito, política, globalização e inclusão social na contemporaneidade. Integra-se, nesse gênero, por conta da abordagem analítica e da indissociabilidade entre ciências jurídicas e sociais (ciência política), os efeitos da globalização no instrumento jurídico em evidência, com também, a necessidade de ações eficientes como incisões para uma melhor qualidade de vida na sociedade atual.

2 Da criação do direito e a sua interpretação

Este capítulo procura desenvolver a competência da criação do direito, e a conceitualização/definição da interpretação jurídica. Para isso, é necessário fazer alusão à diferença entre princípios, regras, normas e lei. Tem-se por princípio, a força cogente de vinculação a toda norma, versando sua composição num padrão de conduta, podendo estar explícito, ou não no ordenamento jurídico. Reale enfatiza:

O legislador, por conseguinte, é o primeiro a reconhecer que o sistema das leis não é suscetível de cobrir todo o campo da experiência humana, restando sempre grande número de situações imprevistas, algo que era impossível ser vislumbrado se quer pelo legislador no momento da feitura da lei. Para essas lacunas há a possibilidade do recurso aos princípios gerais do direito, mas é necessário advertir que a estes não cabe apenas essa tarefa de preencher ou suprir as lacunas da legislação. (REALE, 2002, p. 304).

A partir disso, compreende-se que os princípios são como fundamentos para a criação do direito, e por vezes, versando como representação na falta deste. As regras são a regência de determinado fato, em que as condutas devem agir de acordo com seu direcionamento, dessa forma, “as regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis” (DWORKIN, 1999), ou seja, caracterizam-se por prescrições positivas a serem integradas em determinadas condutas. As normas, entendidas como conjunto de regras é a proposta normativa inserida em lei, regulamento, código, etc, ou para melhor expressar, “Do ponto de vista formal, que aqui elegemos, uma norma é uma proposição. Um código, uma Constituição, são um conjunto de proposições.” (BOBBIO, 2001), portanto, a norma seria uma produção de vontade legislativa, a expressividade intelectual de determinado texto jurídico.

A nossa vida se desenvolve em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas na realidade, estamos envoltos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações. (BOBBIO, 2001, p. 23)

De fato, as normas balizam as condutas humanas a todo momento, a finalidade dela deve estar de acordo com a necessidade de sua sociedade. Ademais, na constituição de sua ciência, podemos concluir as normas como sendo a vontade emanadora das regras. A lei, sendo um conjunto de

normas instituídas através de atos normativos próprios e codificadas como meio vinculativo para as ações humanas, seu conceito é generalizado e tem definição de acordo com os seus fins.

A lei jurídica propriamente, de sua parte, aponta também para alguns sentidos, que são análogos. A lei é tanto a norma constitucional quanto uma lei ordinária, por exemplo, o Código Civil, ou até uma cláusula contratual, que se diz ser “lei entre as partes”. (NUNES, 2003, p. 73)

No universo jurídico, a lei é a certeza de um vínculo regente, por isso, da pluralidade de sua significação. Entende-se, desses conceitos, que o processo de criação e a intrincada interpretação, passam por paralelos complexos, não apenas em questão de termos, mas de sentido, como bem assevera o doutrinador Bobbio:

Basta observar que a atribuição de um direito (subjetivo) e a imposição de um dever são momentos correlatos do mesmo processo: uma norma que impõe um dever a uma pessoa atribui ao mesmo tempo a outra pessoa o direito de exigir o seu cumprimento, assim como uma norma que atribui um direito impõe ao mesmo tempo a outros o dever de respeitar o seu livre exercício ou de permitir a sua execução. Em outras palavras, direito e dever são as duas faces da relação jurídica, sendo que uma não pode existir sem a outra. Dizer que o direito permite e não comanda significa [...] não se dar conta de que o direito só permite, uma vez que, ao mesmo tempo, também comanda. (BOBBIO, 2010, p. 117).

Nesse raciocínio, é estudo salutar na ciência jurídica, quando da subjetividade da proposição de um direito, sobrevém a imposição do dever. Quando a norma exerce a sua função, abre-se um leque entre os direitos e deveres, e estes desempenham um mecanismo de validação do direito. Nisso Bobbio (2010) demonstra que a norma é parte fundamental não só da aplicação, mas da existência do direito, sendo sua legitimação firmada

em seus efeitos, estes subentendidos quando o direito passa a permitir e comandar.

Nesse ínterim, a criação do direito tem a sua competência no âmbito legislativo, muitas vezes ocorre pelo impulso laboral do sufrágio, ou pelos efeitos de ações ocorridas na própria sociedade. Dessa forma, existe uma lógica na composição normativa, que deverá existir interligada a sua força motriz, em outras palavras:

A lei não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo. Em primeiro lugar, a própria vontade humana é condicionada, determinada; livre na aparência apenas. O indivíduo inclina-se, num ou noutro sentido, de acordo com o seu temperamento, produto do meio, da hereditariedade e da educação. Crê exprimir o que pensa; mas esse próprio pensamento é socializado, é condicionado pelas relações sociais e exprime uma comunidade de propósitos. Por outro lado, as ideias emanam do ambiente; não surgem desordenadamente, segundo o capricho ou a fantasia do que lhes dá forma concreta. (MAXIMILIANO, 2017, p. 28)

Diante disso, temos que o art. 2º da Constituição Federal, dispõe que os poderes são independentes e harmônicos entre si, num pleonismo óbvio: o “legislativo legisla” e o “judiciário julga”, havendo correlações indiretas nas funções de ambos (por vezes o legislativo julga, em instância administrativa, para manutenção de seu órgão e assim vice versa). Entretanto, embora o legislativo produza o direito, deve o judiciário interpretar a vontade da lei para o bem comum, daí versar que cumpre ao judiciário não apenas interpretar a lei, mas antes de tudo, a constitucionalidade das leis.

Portanto, após o seu surgimento, urge saber qual a finalidade da norma, seu objetivo e sua função, momento em que sobressai o mecanismo de interpretação pelo juiz, quando este se depara com a função de integrar o direito à situação fática. Através desse raciocínio, tem-se que o

magistrado desperta da lei a sua vontade, seu sentido, em outras palavras poeticamente exatas, BEVILÁQUA elucida que “Interpretar a lei é revelar o pensamento que anima as suas palavras.” (BEVILAQUA, 1955, p. 37). Dessa forma, sem espaço para nenhum tipo de silogismo, a interpretação jurídica passa a ser um desenvolvimento complexo para formar o enunciado normativo.

Para melhor síntese do conceito de interpretação, entende-se este por um processo cognitivo de compreensão. No universo específico do direito, requer-se interpretação a todo o momento, desde um mínimo algoritmo até complexas jurisprudências, além de valores, normas, etc. Numa colocação mais exata depreende-se que interpretar é:

Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém. (MAXIMILIANO, 2017, p. 21).

Nesse raciocínio, tendo a necessidade de interpretação da norma, é que surge, na ciência do direito, a hermenêutica jurídica. Em questões de termos, a semelhança desempenha fortes aspectos em ambos, não há que se falar de uma sem pensar na outra, a arte de interpretar possui um ramo científico a parte na ciência jurídica, caracterizando, assim a hermenêutica. Dessa feita, Gusmão enfatiza:

Do exposto ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, em vez de Hermenêutica, Interpretação. Esta é aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar. (GUSMÃO, 2017, p.15)

Sendo assim, a hermenêutica guarda na sua finalidade a ampliação dos mecanismos de interpretação, a sua forma e seu estudo, daí a

explicação de não converter um termo ao outro. Este ramo de estudo no direito é aplicado na estruturação de uma interpretação jurídica da lei. E é no exercício hermenêutico, que temos a formação de uma decisão judicial, a partir de sua aplicação na interpretação da norma.

A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. (GRAU, 2002, p.4).

No mesmo raciocínio, compreende-se que, da fonte material, o legislador extrai a norma e existindo a norma jurídica, cabe ao juiz interpretar e aplicar, e através do fenômeno da subsunção formar o produto final, a decisão judicial.

2.1 Hermenêutica, a interpretação jurídica e a integração do direito

A hermenêutica jurídica tem, por objeto, o estudo da aplicação do direito, “a hermenêutica é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito” (BARROSO, 2009, p. 107), entendendo o direito como norma, o processo hermenêutico trabalha o objetivo e efeitos da lei na sociedade, ocorrendo a sua sistematização através dos meios de interpretação, adequação e integração.

A interpretação jurídica é extrair da norma seu significado objetivo, o sentido que a literalidade quer expressar, ainda que de uma maneira implícita, em outra acepção, “Interpretar a lei é determinar o seu sentido objetivo, prevendo as suas consequências.” (GUSMÃO, 2018, p.235). O simples processo de interpretar pode parecer um método superficial, mas torna-se complexo na medida em que as normas exigem mais do intérprete na extração de sua finalidade.

A partir da hermenêutica, encontram-se as regras que devem ser usadas para utilizar a interpretação, bem como as suas classificações, os conceitos de métodos e técnicas. Não é possível abster-se do processo hermenêutico na aplicação do direito e, superficialmente apenas adequar a lei ao caso concreto, é necessário esmiuçar a teoria científica, trabalhar a norma, e como processo natural desta ação, aquela atrai, para si, os próprios meios hermenêuticos de interpretação. Estruturar o direito sobre uma situação fática é preceito importante para existir uma subjetividade segura.

Procurando ser mais claro: se a interpretação/aplicação - porque interpretar é aplicar - fosse uma “questão de sintaxe” (análise sintática), um bom linguísta ou professor de português seria o melhor jurista. Seria o império dos “conceitos” sem coisas. Só que as coisas (fatos, textos, fenômenos em geral) não existem sem conceitos (ou nomes). (STRECK, 2012, p.1).

A partir disso, observa-se que a interpretação requer ser estudada e sua compreensão não terá apenas um único significado, será plural, advindo assim, o trabalho de extração no corpo de uma lei. Nesta mesma linha, pode-se compreender que o objetivo da hermenêutica é a lei, e sobrevém a sua necessidade quando da aplicação, mas não banalizando o sentido dos conceitos, conforme Maximiliano aduz:

A Aplicação não prescinde da Hermenêutica: a primeira pressupõe a segunda, como a medicação a diagnose. Em erro também incorre quem confunde as duas disciplinas: uma, a Hermenêutica, tem um só objeto- a lei; a outra, dois -o Direito, no sentido objetivo, e o fato. Aquela é um meio para atingir a esta; é um momento da atividade do aplicador do Direito. (MAXIMILIANO, 2017, p. 20).

Para compreender a heterogeneidade dos termos, é necessário distinguir os limites entre texto e norma. No primeiro, sobrevém a caracterização de produção legislativa. Entretanto, embora criada a lei, seu objetivo é variado, surge então à norma, com a definição de ser o sentido do enunciado normativo. É nesse sentido, que surge a necessidade de depurar a interpretação, tornando-a mais exata ao seu alcance, ainda que utilizando diversos instrumentos hermenêuticos. Miranda num contexto histórico, aduz que “[...]o conceito não se identifica com a coisa, e é por isto que se torna indispensável ao estudo do direito a prévia iniciação na teoria do conhecimento.” (MIRANDA, 1972).

Nesse ínterim, quando se denomina conceito, há de se entender que é a norma e tal é a veracidade que o direito, em sua criação, determina seu sentido num efeito social. A subjetividade precária não existe mais, quando se é aplicada à forma aproximada de sua compreensão da norma, ainda que limitado o corpo do texto por suas palavras. Nessa mesma linha de entendimento, temos que “a palavra é sinal, notação; por traz dela está o conceito.” (MIRANDA, 1972); ou seja, num sentido mais abrangente, uma palavra no corpo da lei poderá versar sobre diversas definições.

Dito isto, a interpretação, mais precisamente da norma, sofre a subsunção no momento da sua aplicação. Sendo a lei criada, tem seu aspecto genérico, isto é, materialmente afastada em termos da realidade, possuindo a hipótese de uma situação e a sua manutenção jurídica. É então, que a interpretação estabelece parâmetros de extrair do texto normativo o seu sentido, em outras palavras, “estabelece o exato sentido da norma, o seu alcance, as suas consequências jurídicas e os elementos constitutivos do caso típico nela previsto.” (GUSMÃO, 2018).

Para entender o processo hermenêutico de interpretação, torna-se necessário além desta, abordar sobre a adequação e a integração do direito. Na adequação da norma tem-se uma ação, através de um sistema racional

de anexação do preceito jurídico, Gusmão elucida: “Interpretada, verificará o juiz a tipicidade do caso que ele tem de julgar, isto é, se corresponde ao modelo legal. Se corresponder aplicará ao mesmo as consequências jurídicas previstas na norma.” (GUSMÃO, 2018). Este termo na ciência jurídica é compreendido como uma forma ostensiva de raciocinar o direito.

Ademais, integrar a norma, nada mais seria que um processo de colmatação das lacunas, dispostas entre uma situação fática e a lei, encontrando sua diretriz expressa no art. 4º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942 (Brasil, 1942). Integrar o direito é meio de suprir determinadas ausências da lei. As normas agem de acordo com a conduta, regulando determinada relação social. Quando não regula, entende-se a norma não estar positivada, ainda pode a conduta social ser positiva ou negativa, ou seja, “a conduta humana disciplinada por um ordenamento normativo ou é uma ação por esse ordenamento determinada, ou a omissão de tal ação”. (KELSEN, 2009).

À partir disso, em correlação com a conduta, a definição de uma lacuna é determinada pela ausência de norma reguladora desta ação. A omissão, ou propriamente a lacuna da lei, é suprida, mas não por uma interpretação avulsa e sim, através da orientação do artigo supracitado, servindo a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, como norte para o intérprete integrar o direito.

Neste sentido, depreende-se que o campo de ação da hermenêutica jurídica, anteriormente conceituado, torna-se mais complexo à medida que a sociedade evolui. Isso porque, conforme mais dados, requer-se mais técnicas e, até mesmo, o brocardo “In claris cessat interpretatio” perde consistência na argumentação, pois a norma necessita de interpretação atual, clara e exata. O ex-ministro Grau deixa evidente que “a

interpretação é atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas.” (GRAU, 2002).

A norma, através do mecanismo interpretativo, tem sua finalidade revelada, os efeitos de sua existência podem e devem sofrer modificações, de acordo com os elementos da interpretação. Por vezes, dizer a norma quase específica o ato de interpretar, isso porque, após a criação do direito pelo legislador, o ato de interpretação, a adequação a determinado caso e a sua integração pelo magistrado, é que se terá a decisão judicial (resultado final da interpretação da norma) e, consoante, o esclarecimento de determinado direito.

3 A discricionariedade interpretativa

Após o processo hermenêutico, a decisão judicial transparece o resultado de uma interpretação jurídica. Em sua formação existe o resquício do fato, da lei e da interpretação do magistrado. Este se vale de certa margem de discricionariedade interpretativa, e não somente quando se fala em integração do Direito, mas também no mais simples exercício de subsunção.

Podemos acrescentar que, numa perspectiva mais geral, o conceito de discricionariedade está umbilicalmente ligado à ideia de interpretação. Afastada a concepção de que a discricionariedade seja sinônimo de liberdade absoluta e de que resulte sempre e necessariamente da simples existência de indeterminação de uma norma, podemos conceituá-la como o dever-poder do aplicador, após um trabalho de interpretação e de confronto da norma com os fatos, e restando ainda alguma indeterminação quanto à hipótese legal, fazer uma apreciação subjetiva para estabelecer qual é, no caso concreto, a decisão que melhor atende à vontade da lei. (MAURÍCIO E SOARES, 2019, p. 152).

Dessa forma, afasta-se a ideia de que discricionariedade tenha a ver com liberdade absoluta, seria na verdade mecanismo de existência da interpretação. Deve o magistrado sintetizar, subjetivamente, os fatos

apresentados, analisando as possibilidades de escolhas de uma, ou de outra parte, verificar as possibilidades técnicas que envolvem um caso e dizer o direito regulado. Quando se vale o juiz do processo genuíno de interpretação da norma é que esta surge inerente à discricionariedade. Nessa ordem de ideias, Cappelletti enfatiza:

[...] Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”, significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente. (CAPPELLETTI, 1999, p. 17).

A partir disso, nota-se que escolha não significa uma abertura de possibilidades generalizadas, mas tão somente constar, na liberdade decisória do juiz, resquícios da propriedade de outros ramos que compõem a vida na sociedade. A norma não se preestabelece e, em cada decisão, contém uma valoração da personalidade do magistrado. Nesse sentido, a discricionariedade visa dar maior azo na abrangência do texto normativo, mas nunca se afastando da finalidade deste. Portanto, torna-se inconcebível falar de interpretação jurídica da norma, e não abordar a discricionariedade interpretativa. Grau elucidada:

O intérprete produz a norma jurídica não por diletantismo, mas visando à sua aplicação a casos concretos. Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, já o vimos, linhas acima -, não nos limitamos a interpretar (=compreender)

os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) os fatos.(GRAU, 2002, p.4).

É a força cogente de existência dessa discricionariedade, os reflexos da interpretação dos fatos. Ademais, aborda-se, no presente trabalho, que o processo hermenêutico, com certa discricionariedade vinculada à norma, tem, como resultado, a interpretação, mas convém mencionar que apenas deva ser válido quando exercido por agente que detém legalmente a competência, mais uma vez esclarece o jurista:

De outra banda, é importante também observarmos que todos os operadores de direito o interpretam, mas apenas uma certa categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão-somente como produção das normas jurídicas, para delas extrair normas de decisão, é aquele que Kelsen chama de “intérprete autêntico”: o juiz. (GRAU, 2002, p.4).

Visto, pois, que a discricionariedade interpretativa trata-se de um instrumento frágil para alcançar a máxima da norma e, para isso, nada mais justo que a sua manipulação, através de operadores capacitados em definir os seus limites.

3.1 A discricionariedade decisória, e a ponderação em Alexy

O modelo de ponderação, em Alexy (2015), e os reflexos teóricos da discricionariedade interpretativa, demonstram a margem de liberdade decisória que o magistrado possui, pois fica evidente que, em casos de conflitos jurídicos, é comum este inclinar-se na deliberação de um do que do outro. Adentra-se nesse mecanismo a constatação de um desdobramento da discricionariedade, sendo possível a elaboração de uma decisão com pesos divergentes, mas ponderados.

Com isso, para elucidação deste subtópico, é necessário compreender princípios e regras como espécies normativas. O primeiro com propriedade suficiente para dar existência para uma norma jurídica, bem como para suprimi-la. Neste sentido, aborda Alexy:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios, são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2015, p. 90).

São eles, portanto, regentes da base de um ordenamento jurídico. As regras, partindo de uma conceituação acadêmica esteticamente mais direta, ou tem, ou não tem incidência; com isso, representa, na norma, a possibilidade de uma abrangência mais limitada, nesse sentido, Mendes e Branco mencionam que:

A norma da espécie regra tem um modo de aplicação próprio que a diferencia, qualitativamente, da norma da espécie princípio. Aplica-se a regra segundo o modo do tudo ou nada; de maneira, portanto, disjuntiva. Dworkin explica: se os fatos que uma regra estipula ocorrem, então ou a regra é válida, e a solução que dela resulta deve ser aceita, ou não é válida, e não contribuirá em nada para a decisão. (MENDES e BRANCO, 2014, p. 82).

Dessa forma, exercem propriamente o poder de aplicabilidade, pois, se estiverem de acordo com os fatos, preexiste sua incidência regulatória, possuindo a finalidade integral sobre o que versa seu conteúdo. Numa distinção mais estrita entre as duas espécies, Alexy leciona:

Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade

relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença. Segundo o critério de generalidade, seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra. (ALEXY, 2015, p. 91).

Sintetiza a idéia uma aceção material entre os termos, já que a crença seria um termo aberto, dependente da cultura, tradição, localização geográfica e entre outros itens para definir o tipo de crença. Essa liberdade de preferência no crer, ou não crer é uma espécie normativa de princípios, justamente pelos valores observados serem de vasta abrangência, diferente da norma de conversão de outros presos, quando esta possui uma incidência mais restrita, com grau e finalidade certa, sem subjetividade nos seus valores; sendo, por isso, uma espécie normativa de regras.

Elucidado, novamente, estes termos no trabalho, agora adjetivando como espécie de normas, torna-se mais eficaz a utilização da teoria da ponderação de Alexy (2015) na compreensão intelectual deste capítulo. Exposto isso, para que exista a ponderação entre dois pesos jurídicos, será necessário um conflito de otimização entre eles. Como um exemplo mais prático, aborda-se a colidência entre as espécies normativas subintituladas de princípios e que, no plano real de aplicação, é uma causa prática da discricionariedade existente na decisão judicial. Nesse ínterim, diferentemente das regras, nos princípios fala-se em colisão e, quando da existência dessa, vincula-se a técnica de sopesamento valorativa para determinado caso. Barcellos preleciona:

[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês ‘hardcases’), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode

ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso. (BARCELLOS, 2008, p. 55).

Ponderar é estudo minucioso dos elementos de um caso, é mapeamento dos princípios normativos colidentes e suas supressões lógicas. O mecanismo tradicional da subsunção não se aplica em determinada interrogação fática e normativa, tendo em vista que esta apenas contemplaria um dos elementos normativos existentes para regular o caso. Nesse raciocínio, a estrutura subsuntiva, demonstrada pelo autor acima, é insuficiente, em determinados casos complexos, servindo a ponderação como finalidade de resolução das divergências normativas. Alexy esclarece, com maestria:

Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação em sentido restrito e verdadeiro. (ALEXY, 2008, p. 63).

Conforme as etapas, a primeira seria o modo de preparação da teoria, o momento em que o intérprete busca todas as normas vinculadas ao caso, confrontando-se com as fundamentações. Na segunda, provém a análise entre os fatos e os princípios normativos e, por fim, na última fase requer-se a valoração dos conteúdos presentes em cada princípio colidente,

havendo a determinação da solução interpretada, sendo esta fase melhor conceituada nas seguintes palavras de Barroso:

[...] o grupo de normas que deve ter prevalência no caso concreto, devendo-se, se possível, haver disposição quanto à graduação da intensidade da solução prática escolhida, determinando-se, por consequência, o grau em que a solução será aplicada. (BARROSO, 2010, p. 336).

É com essa finalidade que age a teoria, disciplinar a norma eleita para determinada regulação, neste caso, os princípios colidentes, seu grau de aplicabilidade e adequação fática. Como exemplo de cunho fático e atual é o cenário do Brasil, sendo o sistema constitucional pautado pelos princípios basilares da liberdade, dignidade humana, proteção à saúde pública, entre outros, pode-se vislumbrar a colisão empírica de, ao menos, dois deles.

Antes de o intérprete debruçar-se sobre a problemática em si, a colisão, é necessário olhar em frente e entender a finalidade dessa ponderação, qual seja, frente a atual pandemia é erradicar a disseminação virológica da covid-19. Voltando a colisão, seria majoritário o entendimento de que os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana restariam afetados atualmente, por conta das declaradas restrições de locomoção, como também os casos de *lockdown*.

Entretanto, por outro lado, tendo em vista a finalidade fática que se requer, aqueles colidem com o princípio da proteção à saúde pública. Ambos têm seu peso valorativo declarado, com isso, após essa etapa, conforme a teoria explanada, colacionadas as normas colidentes, passa-se a análise dos fatos que fundamentam a existência do princípio no momento atual da sociedade que, conforme o caso, as restrições e reclusões domiciliares e, por fim, a prevalência de uma norma principiológica sobre as demais, ou seja, levando-se em consideração a finalidade de erradicação do contágio do

vírus, temos a saúde pública com peso maior na valoração dos princípios elencados, sobrevivendo a sua regulação em decretos e orientações.

Todavia, em reforço a ideia, o termo supressão é usado nesse caso com ressalvas, uma vez que, prevalecendo o princípio da proteção da saúde pública sobre os demais, aqueles restariam integralmente preservados numa aceção de manutenção do direito em longo prazo.

Resta elucidado, quanto a ponderação, a existência da discricionariedade interpretativa durante a decisão entre normas conflitantes, o magistrado pode escolher este, ou aquele determinado princípio, de acordo com o caso concreto colacionado aos autos do processo. É na hermenêutica interpretativa que provém suprimir um princípio em favor de outro, com valor e peso jurídico maior. É tamanha a autonomia do intérprete, que este age como regulador da quantidade e grau da norma incidente, vinculando-se integralmente aos fatos e extraindo da colisão, com certa discricionariedade na ponderação, a valoração que melhor regulará o caso.

4 As decisões judiciais na atualidade e sua relativização na produção de direitos

Conforme discorrido, ao longo do presente trabalho, verifica-se à complexidade existente na interpretação hermenêutica de determinada norma. Este direito será apenas efetivado da teoria para a prática, por meio de uma decisão judicial, pois é este o meio próprio e específico que utiliza a autoridade judiciária para aplicar o preceito jurídico. Entenda-se aqui o termo decisão, como referência ao pronunciamento dessa autoridade investida legalmente na sua competência, emanando assim, o conteúdo decisório sob a questão fática pendente.

Indo além, é medida vinculante às decisões dos tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), com sua sobreposição aos

demais órgãos de deliberações judiciais. Seria impreciso mensurar a influência do judiciário brasileiro na sociedade, e isso porque designam sobre questões peculiarmente constitucionais do país, e nestas há de se compreender assuntos relacionados aos mais diversos setores basilares da estrutura do estado, como economia, saúde, educação, etc.

A discricionariedade, que surge da ponderação de elementos num processo, ganha determinada uniformidade de decisão, neste caso, o norte específico de olhar sempre a constituição. O estado brasileiro, diferentemente de um sistema Common Law, adota a teoria de uma norma escrita para prevalecer à ordem social, gerindo-se esta pela prevalência de uma norma fundamental. Nesse sentido, em teoria, estreitam-se e quase se findam as possibilidades de politização do direito e, em determinado momento, fortalece única e exclusivamente a tecnicidade de uma base jurídica competente para dizer o direito.

Neste íterim, afasta-se totalmente, um viés de pessoalização do poder judiciário, tendo em vista que a composição de um tribunal está voltada a evitar a contaminação do direito em si. É um breve olhar aos mecanismos de manutenção jurídica no estado, a começar no controle difuso de constitucionalidade, tratando-se de um instrumento eficaz no proferimento das decisões, elegendo a norma mais adequada ao direito material. Entretanto, o controle da norma, nesse caso, é *inter partes*, agindo sua inconstitucionalidade frente ao direito material específico, sem causar a invalidação da lei no sistema.

É, portanto, nesse momento, que o tribunal constitucional desempenha o papel de prezar pela constitucionalidade e, portanto, como sentido dessa afirmação, o STF exerce a função de manter a regularidade específica da Constituição, conforme a positivação do art. 102, “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição[...]” (BRASIL, 1988), a Suprema Corte detém o dever, na carta nacional, de

guardar a ordem jurídica fundamental proclamando o direito, conforme a impessoalidade dos valores e sempre prezando pela existência da sociedade e, com isso, faz surgir com fins de exercer a sua competência, o mecanismo de controle concentrado, nesse, compreendem-se as ações declaratória de constitucionalidade sobre lei, ou ato normativo federal, ou a declaratória de inconstitucionalidade, esse sobre lei, ou ato normativo federal e estadual.

Dessa forma, tanto um como outro controle, tem como única e exclusivamente a intenção de prezar pela manutenção positiva fundamental, quando da insuficiência legislativa. Ademais, a cada dia percebe-se uma vasta produtividade de decisões e analisa-se o judiciário, representado nos mais diversos tribunais do Brasil, com uma carga que a todo o momento e, nas mais diversas questões, é requisitado este poder. Nisso, é inerente a publicidade emanadora de suas deliberações, um viés que busca exaltar, de um lado, a máxima jurídica de sua existência sobre revelar o direito; de outro, a proximidade com o cunho político e social, que afetam a sua estrutura orgânica do estado. Mas, uma fórmula simples deixa explícitas as competências entre criar e aplicar, qualquer decisão nesse meio, seria um modo indisposto no organismo constitucional.

Dito isso, vislumbra-se nas decisões e, no caso destas, sobre o tribunal constitucional, certo reconhecimento de expansividade do dever de decidir, quando abrange competências de outros poderes.

Como exemplo do exposto, é de salientar que o STF, em meados de 2011, deliberou sobre a ADPF - Ação de descumprimento de preceito fundamental - nº178, posteriormente convertida na ADI - Ação direta de Inconstitucionalidade - nº4277, que, na ocasião, tratava-se dos direitos das famílias não se estenderem às uniões homoafetivas. Nesse sentido, o tribunal não deliberou apenas sobre o descumprimento de preceito fundamental, mas declarou inconstitucional, então na época o art. 1.723 do

Código Civil, que disciplinava, “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher [...]” (BRASIL, 2002), passando a entender o sentido do art. 226, parágrafo 3º, “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1996), sobrevivendo a decidir assim, pelo reconhecimento da união estável oriunda da união entre pessoas do mesmo sexo.

Desta feita, justifica-se que, a partir da decisão, eclodiu, em grandes escalas, o proferimento de decisões consubstanciadas numa espécie de ativismo judicial, que é quando, “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição” (BARROSO, 2012), pois estariam, às definições jurídicas, sendo utilizadas como meio de imposição do judiciário frente a outros poderes do estado, em temas de competências de outros órgãos, resultando na arbitrariedade das razões no exercício decisório e a posição proativa do julgador no ultrapassar a lei. Nesse sentido, leciona Streck utilizando o julgado como exemplo do fenômeno descrito:

São nestes dois âmbitos de análise que tomamos emprestado o título da obra de Bachof para refletir sobre uma questão que tem tomado força em nossa comunidade jurídica. Trata-se da (tentativa de) regulamentação de uniões homoafetivas via jurisprudência do STF, como se fosse possível fazer um “terceiro turno” no processo constituinte. Com efeito, na teia de argumentos que se apresentam para a efetuação de uma tal medida, estão cruzados os dois modelos teóricos retratados acima. Eles se articulam de dois modos: a) explicitamente, porque há uma tentativa de instauração de uma verdadeira jurisprudência da valoração, na medida em que se pretende criar uma “abertura de espaços jurídicos” para a criação de algo que depende da regulamentação do poder legislativo;

b) implicitamente, porque a argumentação da Procuradoria Geral da República leva à repriminção da idéia superada de que poderia haver normas constitucionais inconstitucionais, na medida em que o próprio

§ 3º do art. 226 da Constituição Federal seria inconstitucional (sic!) ao declarar que a proteção do Estado se destina a união entre o homem e a mulher, contrariando assim princípios sensíveis da Constituição como é o caso da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana. (STRECK, 2008, p. 3)

Apesar de a base desta doutrina levantar uma discussão extensa sobre existir uma força inconstitucional, ou de direito genuína, por trás da decisão, fato é que, as decisões de elementos complexos trazem a caracterização de uma judicialização e assim resultando em decisões judiciais com caráter interpretativo mais expansivo, possuindo assim, aspectos de serem produtoras de direito. Não se torna apenas um caso isolado da existência jurídica atual, mas o mesmo se encontra em decisões de grandes expoentes para a sociedade, como a ADPF 669/20 tendo por objeto a campanha publicitária do governo federal, e também a ADPF 672/20 versando sobre o planalto não poder impedir isolamento nos estados, entre outras proposições.

Ainda que prevaleça continuar no debate acerca de determinado mecanismo, fato é que se trata de uma importante decisão, a assegurar princípios atinentes à igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica. Sendo assim, embora a discussão acerca do tema alargue as possibilidades de argumentações, por certo, é incontestável dizer que existe na decisão exposta, o termo outrora fixado, a judicialização, e que bem ressalta o entendimento de Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O

fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2008, p. 3)

Nesse sentido, a judicialização é meio importante para a existência dos controles de constitucionalidade e o debate deve se intensificar sobre a manipulação daquele instrumento pelos tribunais, tendo por pauta os limites de sua utilização. Dessa forma, volta-se a mencionar a discricionariedade interpretativa, quando, a partir dessa, o STF, na ponderação entre os elementos provenientes de determinado caso, resulta na inconstitucionalidade de uma norma. Adentra-se o tribunal, numa espécie de dizer a constitucionalidade da norma, nisso assevera Kelsen:

É aqui que aparece a distinção entre a elaboração e a simples anulação das leis. A anulação das leis se produz essencialmente como aplicação da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne ao seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. (KELSEN, 2003, p. 153).

Surge a teoria do legislador negativo e, assim, subentende-se, que a Constituição deve operar na sua efetividade, sendo assim, corroborado por Kelsen, nas palavras do ministro Mello entende-se que:

O STF como legislador negativo: a ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema

normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. (MELLO, 2001, ADI-1.063-MC).

Através disso, sobrevém o entendimento de que alguns mecanismos do judiciário, nas deliberações, tornam-se necessários para a manutenção da segurança jurídica. Estar na posição de legislador negativo, é tão somente o fim de uma judicialização existente, esta compõe aquele que tem por fim apenas declarar a constitucionalidade.

Não há que se falar somente no tribunal constitucional, quando o assunto envolve o mecanismo de judicialização presente nas decisões. A interpretação de uma norma, ou, mais precisamente, na colmatação de lacunas, ecoa nas mais diversas varas e tribunais pelo Brasil, em que a posição do judiciário, como um legislador negativo, é preceito exposto a todos aqueles que detêm o poder de decidir conforme a lei, e não inventar a lei.

Não se trata apenas sobre decisões ultra, citra ou extra petita, mas sim, da colocação de decisões que tenham peso significativo nos fatores do estado e que possuam quase que uma chancela final e sem apoio recursal de invalidações e assim se finda como uma interpretação genuína da norma. Nisso, depara-se o operador e verifica-se que é preciso analisar, pontuar e modificar. Há que se dizer, que por um lado, o judiciário abre a estreita faixa de sua interpretação e, que por outro lado, é conduzido a decisões que são apenas efeitos de uma estagnação, senão, um retrocesso de outros poderes atuantes na estrutura social, como bem se observa:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITOS INDÍGENAS. SALÁRIO-MATERNIDADE. REQUISITO ETÁRIO. IDADE MÍNIMA. DESCONSIDERAÇÃO. MULHERES INDÍGENAS. ETNIA KAINGANG. SEGURADAS ESPECIAIS. PROTEÇÃO SOCIAL

CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MULHER INDÍGENA. DISCRIMINAÇÃO POR ETNIA, SEXO E IDADE. DISCRIMINAÇÃO MÚLTIPLA OU INTERSECCIONAL. DIREITOS CULTURAIS. DIVERSIDADE CULTURAL. DIREITO AO RECONHECIMENTO. DIREITO PROBATORIO. DISCRIMINAÇÃO INDIRETA. PODER JUDICIÁRIO. LEGISLADOR NEGATIVO. ATUAÇÃO CONCRETIZADORA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. APLICAÇÃO IMEDIATA. DIREITOS SOCIAIS DERIVADOS. PRESTAÇÃO SOCIAL POSITIVA. PROIBIÇÃO DO TRABALHO. MENORES DE DEZESSEIS ANOS. NORMA PROTETIVA. TRATAMENTO DIFERENCIADO. POSSIBILIDADE. [...] 2. Direito à proteção

previdenciária em favor de mulheres mães indígenas, ainda que com idade inferior a 14 anos de idade.³ A Constituição da República reconhece “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (art. 231). O Estatuto do Índio prevê que “o regime geral da previdência social será extensivo aos índios, atendidas as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas” (art. 55). 4. A Constituição de 1988, atenta às diferenças culturais presentes na sociedade brasileira, previu tratamento específico quanto às culturas e etnias indígenas. Toda a legislação infraconstitucional deve ser interpretada conforme o comando do artigo 231, que prevê verdadeiro direito ao reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas. 5. Inaplicabilidade ao caso do art. 11, VII, c, da Lei n.º 8.213/1991, que estipula a idade de 16 anos, para o filho ou quem for a este equiparado, como segurado obrigatório da Previdência Social, porque não se trata de condição de segurada decorrente da qualidade de filha, mas sim de cônjuge ou companheira de segurado especial, uma vez que a mulher indígena em questão estabelece relação conjugal. [...] 7. No plano dos fatos, a literatura especializada não deixa dúvida quanto à idade de casamento na cultura kaingang ser não só inferior aos 16 anos, como serem consideradas adultas e, portanto, aptas para casarem desde a menarca (que ocorre entre os 9 e 15 anos, acontecendo em média aos 12 anos; dentre os Kaingang, há registro científico de 13 anos como idade média. 8. Na cultura indígena em questão, como em geral nas culturas indígenas espalhadas pelo Brasil, por volta dos 12 anos surgem não somente a menarca, como também a vida adulta. Junto com a vida adulta, não há como não reconhecer, igualmente, a participação ativa e

relevante destas indígenas nas atividades vitais para o desenvolvimento de sua comunidade, expressão que utilizo objetivando aproximar-me da categoria “trabalho”, como entendida desde a modernidade.[...] 16. Também não se sustenta o argumento de que a flexibilização do limite etário incentivará o trabalho infantil e a gravidez precoce. A um, porque tais elementos já ocorrem há muito tempo, fazendo parte da cultura dos índios, havendo ou não cobertura previdenciária; a dois, porque não se concebe a impossibilidade de se conceder qualquer benefício previdenciário ao argumento de que poderá abstratamente incentivar alguém a preferir a situação de risco coberta pela Previdência. A possibilidade de recebimento de salário-maternidade de forma alguma incentivará a gravidez precoce e muito menos pode servir de argumento para flexibilizar o requisito etário. 17. Não se trata de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo. Primeiro, porque o artigo 231 da CF/88, que é norma de direito fundamental, a proteger liberdade e igualdade fundamentais aos povos indígenas, bem como a reconhecer sua dignidade, tem eficácia direta e imediata. Ainda que não se empreste tal eficácia direta e aplicabilidade imediata do direito de igualdade, estamos diante de direito fundamental derivado a não-ser discriminado no sistema previdenciário. Deste modo, o tribunal está agindo não como legislador positivo, não está inovando. Ele está aplicando a clássica proteção antidiscriminatória, de natureza negativa, ao dizer o que o legislador, no sistema que ele mesmo erigiu, não pode fazer:(TRF- 4-AC:50017962320154047127RS5001796-23.2015.404.7127, Relator: RO-GER RAUPP RIOS, Data de Julgamento:28/03/2017, QUINTA TURMA)

Trata-se de uma questão fática real para análise, no qual a hermenêutica jurídica irá operar objetivamente apenas para dizer se há, ou não a existência de requisitos de seguradas da previdência. Veja-se que é competência do judiciário operar apenas até esse limite oriundo da judicialização. Isso porque, a questão acima, proposta por representante do Ministério Público, transcreve sobre a possibilidade de mulheres indígenas, que vivem em comunidades e trabalham para manter esta, quando genitoras, sendo ao mesmo tempo beneficiadas pelo auxílio maternidade.

Neste caso em específico, entenda-se o substantivo feminino, dirigido a infante-juvenis, isso porque, na cultura aborígine é tradição que a mulher, após sua primeira menarca, passa a ser considerada adulta. Entretanto, observa-se que, inclusive, na própria jurisprudência, existe a menção que, fisiologicamente, esta questão da saúde feminina ocorre geralmente aos doze anos de idade. Em questões orgânicas particulares, existe a possibilidade de ocorrência da menarca aos nove anos de idade.

A questão é que com a chegada da vida adulta feminina, surgem obrigações para com a comunidade, e na tradição Kaingang, como é o caso, a constituição de uma prole. Não se fala desta forma, de uma ponderação de normas, ainda que esta reste implícita, mas a decisão, tão somente, quanto à judicialização previdenciária.

O judiciário é induzido a decidir sobre um caso que abarca complexidades diversas. Os mecanismos da hermenêutica interpretativa oscilam na divergência constitucional ora imposta. Analisando de um lado, é certo que a comunidade deve ser abraçada pelo alcance previdenciário, tendo em vista a irrecusável evidência de que a comunidade indígena é um órgão indivisível na sua existência e toda inserção laboral vem de um contexto cultural.

Embora se reconheça no aclamado judicial, a preservação do art. 215 da Constituição Federal, sobre a preservação e o pleno exercício cultural, mas, na originalidade dessa causa observa-se a mutilação de dispositivos constitucionais, nisso porque o art. 227, da mesma carta, expõe o dever da família, sociedade e do Estado em assegurar o exercício do direito da criança, do adolescente e do jovem quanto a questões diversas como a vida, saúde, e a sua dignidade. Se, por um lado, definir infante-juvenis como seguradas do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é uma prova da evolução operante, por outro, é de declarar inconstitucional parte do ordenamento jurídico fundamental. Ainda que tal situação não verse sobre

esses extremos, reconhece-se a mesma estagnação pelo membro representante da etnia, em representar contra a omissão da gestão pública em questões graves.

Por certo, a questão social é ampla, e também se deve levar em conta que a comunidade, geralmente, carece de auxílios pecuniários para sua existência e que o exercício laboral desses infantes, visa, tão somente, a manutenção de subsistência dos seus. Ainda que se afaste a idéia de exploração do trabalho infantil, quando preenchidos os requisitos do auxílio, estar-se-á falando sobre relações sexuais de crianças na faixa de nove a treze anos de idade. Sobrevém um caso típico da inércia do poder executivo em regular uma aproximação entre evolução, sociedade e cultura em questão. Restando ao judiciário carregar os reflexos da falta de uma política pública abrangente que integre e esclareça.

A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo, em certa medida, a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos (BARCELLOS, 2007, p. 09).

O mecanismo em questão tem, como função, agir num sustento ao controle social, e busca irradiar na sociedade, uma determinada licitude nas condutas, sobrevivendo como um instrumento de trabalho para informar, instruir e esclarecer aos populares. A Administração pública utiliza-se, não rara às vezes, de políticas de informação, para que a sociedade, em maior escala, seja agregada.

À parte, quanto ao caso exposto, não se trata de uma incisão na cultura aborígene, nem mesmo uma espécie de moderna catequização

jurídica coercitiva, mas se fala de um trabalho de aspecto amplo, moldador, evolucionista e preservador da dignidade física e mental de humanos que apenas detém o conhecimento inicial da vida. Dessa forma, em lógica, se as benesses da lei podem ser recepcionadas no fechado círculo cultural, porque seriam os fundamentos em caracterizar a tipicidade de uma ilicitude, insuficientes, para serem acolhidos quanto preceito constitucional sobre preservar a dignidade.

Portanto, diante de tudo isso, decisões relativizadas como produtoras de direitos, expressam em si, questões mais intrínsecas da estrutura social.

5 Conclusão

Abordou-se sobre a relativização de decisões produtoras de normas e, nesse sentido, compreende-se normatividade como aquela que eclode de uma necessidade da sociedade e permanece expressa no ordenamento jurídico. Dessa forma, verifica-se que é necessário um trâmite legislativo para a sua existência, mesmo falando-se de âmbito federal, estadual ou municipal.

Nesse sentido, a produção decisória referida perfaz certo desalinho com toda a ciência composta a determinado tema; indo além, é necessária uma análise das composições do objeto estudado para, então, existir o apontamento de uma possibilidade de causa para esse resultado. A estrutura social, como um organismo, e com a multiplicidade de variações casuísticas, não raras às vezes, apresenta à regulação do judiciário alguns casos de complexidades acentuadas, não somente pelas entrelinhas de uma situação fática obscura em seu esclarecimento, mas pelo confronto de princípios constitucionais em relação a outros de igual valoração.

Adentra-se nas questões de interpretação jurídica, e nisso, não se fala sobre o gênero da norma, uma vez que, este estaria suprido até o momento da aplicação do direito. Explorando os vértices disponíveis na ciência

jurídica, nota-se que a interpretação teve seus horizontes limitados, mas definidos, com objetivos de aplicação. Assim, com o surgimento da hermenêutica jurídica, disciplina o magistrado atenção vinculada ao caso exposto, utilizando-se de mecanismos próprios para a subsunção.

O direito deve ser interpretado para sua aplicação, apesar de seu caráter de positivismo pré-constituído, é necessária a refinação de sua composição. A interpretação genuína detém a autoridade judiciária em fazê-lo e, suprida essa fase, a aplicação dá legitimidade ao direito, quanto à questão de hermenêutica e resultado do ato, que é interpretar. Mas na maioria das vezes, por peculiaridades distintas, quanto a insuficiência do ordenamento jurídico, ou pela exacerbação de determinado caso, existem vácuos normativos para regulação, ou como anteriormente denominada, lacunas. Nisso que a hermenêutica define como integrar o direito, quando por omissão da positividade, usa-se o magistrado da analogia, dos costumes ou dos princípios gerais do direito.

Por um lado, há existência de certa subjetividade da analogia, dado o alcance que expõe para a interpretação, o que não é visto pela intrincada forma exposta pelos costumes. Mas é nos princípios que detém a maior origem das deliberações com cunho de produtividade normativa, pois, tanto para a decisão por analogia, quanto para costumes, os princípios devem embasar esta escolha, e daí extrai a colidência de suas finalidades.

Ponderar as normas principiológicas, que serão aplicadas é a diretriz, e esse embate

é realizado, na maior parte das vezes, quando há existência da oportunidade de integrar o direito. Ocorre que, analisando mesmo que superficialmente, interpretar e ponderar não seriam causas para a usurpação da função decisória, estariam, tanto uma quanto a outra, inerentes a função judiciária de aplicar o Direito e, embora a autoridade judiciária

possua certa discricionariedade interpretativa, a partir dela não deve desvincular-se do objetivo que a decisão quer alcançar.

Mesmo que tais mecanismos interpretativos possam apropriar-se dessa objetividade, ficariam demarcados os limites ultrapassados e tornar-se-iam superadas por ações forenses, por conta do excesso de competência. Nesse meio, verifica-se que nos casos apreciados judicialmente, nem sempre estarão constituídos de direitos materiais controversos, restando assim, apenas ao judiciário declarar a regulação normativa.

Entretanto, na divergência de casos complexos, é que se aborda sobre determinada politização do Direito frente a demandas, que exprimam conteúdo de gênero subjetivo e esta decisão influí, substancialmente, na vida social da comunidade. Politizar denominaria ação pela qual o Tribunal, ou órgão judicial utiliza-se de sua competência para subverter a finalidade de determinada decisão em causa que sejam de interesses de uma minoria.

É de fácil percepção que, ao decorrer da história, esse mecanismo não apenas existiu como ainda perdura em distintos tribunais de outros países e figuram como forma mais abrangente de uma interpretação menos dogmática. Entretanto, no Brasil, pode-se salientar suprida essa anomalia, quando se depara com o fenômeno da judicialização.

Esta, caracterizada pelo momento em que há uma decisão sobre direitos fundamentais para o Estado, é a capacidade de um Tribunal deliberar sobre a vida, liberdade, dignidade, etc. Nesse sentido, a judicialização tem legitimidade pelo processo constituinte do próprio Estado e não um modo imposto por um poder judiciário arbitrário. Para isso, ao juiz é dada a discricionariedade de decidir sobre esses direitos e, quando levantada à hipótese de uma politização do direito, basta olhar na origem da causa apreciada.

Quando o Estado é insuficiente em outros fatores de atuação, gera uma deficiência social, que por sua vez é judicializada, com a finalidade de

que na atuação togada de um órgão judicial, determine a sua regulação. É um atributo do próprio estado de direito conferido ao poder judiciário, e é competência exercê-lo. As demandas são lançadas na justiça brasileira para que sua voz apenas diga o Direito e, muito embora, às vezes pareça inventá-lo, tal aparência ocorre pela frequente ponderação de normas instituídas, somado a isso, a insuficiência de uma gestão executiva. Sendo assim, não passa somente pelo crivo de uma lacuna deixada para trás pelo legislador, vai além, e envolve fatores estruturais da sociedade, como a demanda de informações e, até mesmo, a aplicação de políticas públicas categóricas. Com sabedoria suficiente, essas questões são resultados da falta de lisura de uma administração governamental, com resquícios da ausência de interesse pela necessidade da coletividade.

O judiciário tem sua posição constitucionalmente definida, e atuante pelo fenômeno da judicialização. A este é dado apenas decidir, embora a causa que anseia por isso, seja autora de uma ponderação vertiginosa para o Direito. A diretriz da separação dos poderes é expressa, e assim como para o judiciário está à função de aplicar o Direito, para o legislativo está o de criá-lo, como bem para o executivo o de administrar, sendo assim, a insuficiência das competências de um dos poderes ocasionará, mais tarde, decisões com caráter de produtividade, enquanto ainda não existir a solução adequada, que é a finalidade de uma carta constitucional aplicada em sua integralidade.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. *In: A Nova Interpretação Constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In: SOUZA, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). A constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 1-32, jun. 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria do Direito Civil**. 7. ed. Sao Paulo: Francisco Alves, 1955.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 1. ed. Edipro, 2001.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.063**. Relator: Ministro Celso de Mello.DJ:27/04/2001. Supremo Tribunal Federal [1994].

Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346801>>. Acesso em: 6 jun. de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ:05/05/2011. Supremo Tribunal Federal [2011]. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 7 jun. de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 669**. Relator: Ministro

Roberto Barroso. DJ:31/03/2020. Supremo Tribunal Federal [2020]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF669cautelar.pdf>>. Acesso em: 7 jun. de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ:23/06/2020. Supremo Tribunal Federal [2020]. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866885030/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-672-df-distrito-federal-0089306-9020201000000>>. Acesso em: 7 jun. de 2021.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Reimpressão. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GRAU, Eros. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

KELSEN, Hans. **A garantia jurisdicional da constituição.**_ Jurisdição constitucional. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **A Teoria Pura do Direito.** 8. ed. São Paulo. WMF Martins Fontes, 2009.

MAURÍCIO, Ricardo; Soares, Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito.** T. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito:** com exercícios para sala de aula e lições de casa. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27. ed. Saraiva, 2002.

SILVA, Walber Carlos da. Normas, Princípios e Regras no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Jus.com.br.** Brasil, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64137/normas-principios-e-regras-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

SOUSA, Ricardo Gonçalves e. Teoria da Norma Jurídica. **Jus.com.br** -. Brasil, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61666/teoria-da-norma-juridica-norberto-bobbio>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

STRECK, Lenio Luiz.; BARRETO, Vicente de Paula.; 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,**

Hermenêuticos e Teoria do Direito, vol. 1, n. 2, p. 01-09, jun.-dez., 2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.4013/47>>. Acesso em: 5 jun. 2021.

STRECK, Lênio Luiz. É possível fazer direito sem interpretar?. **Conjur.com.br-Brasil**, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>>. Acesso em: 2 de Junho de 2021.

PORTO ALEGRE. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (5. Turma). **Apelação Cível 50017962320154047127RS5001796-23.2015.404.7127**. Relator: Roger

Raupp Rios, Data de Julgamento: 28/03/2017. Disponível em: <<https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/444712612/apelacao-civel-ac-50017962320154047127-rs-5001796-2320154047127>>. Acesso em: 7 jun. 2021.

IV

A reciprocidade do tratamento dado ao filho, na infância ao genitor, na velhice: um desafio jurídico

*Gisele Elena da Silva*¹
*Silvia Lopes da Luz*²

1 Introdução

O tema abordado neste trabalho é de fundamental importância para o debate sobre o da reciprocidade, alinhada ao âmbito jurídico, na qual as famílias vêm, por este meio, requerer o direito de cuidados pelos familiares ao idoso, mesmo nos casos em que houve abandono afetivo por parte do genitor aos filhos.

Serão desenvolvidos os princípios constitucionais que tratam sobre o abandono afetivo e material, que servem como base para o entendimento e julgamento tanto no meio social quanto no jurídico. Desse modo, os debates acerca da temática abordam questões pontuais sobre o acompanhamento e as formas como o tema é tratado na sociedade.

A temática do presente trabalho está alinhada a uma das linhas de pesquisa e extensão da ULBRA, qual seja, Direito e Cidadania, pois envolve projetos de defesa dos direitos humanos e sua dignidade proteção e promoção dos direitos humanos e ações de modificação para a garantia desses direitos. Ainda, trata da capacidade civil e o direito de família, planejamento e implementação de processos de melhorias na vida social dos indivíduos da faixa etária indicada.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil, Campus Santa Maria, RS. Endereço eletrônico: giselesilva@rede.ulbra.br

² Mestra em Patrimônio Cultural, Universidade Federal de Santa Maria, especialista em Direito Público advogada, professora do Curso de Direito, da Universidade Luterana do Brasil, Campus de Santa Maria, RS. Endereço eletrônico: silvia.luz@ulbra.br

A desconstrução das questões inerentes ao abandono afetivo e material transcende a esfera familiar, tendo destaque e relevância no ordenamento jurídico e salvaguardado na Carta Política. Tal compreensão enseja maior atenção para os acontecimentos e as constantes mudanças em favor do idoso, por exemplo, a criação da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, denominada Estatuto do Idoso.

O estatuto, acima citado, facilitou os julgados no sentido de amparar o idoso acometido pelo abandono dos familiares, sendo afetivo ou material. Em detrimento à referida lei, surgiram consequências jurídicas, por ora favoráveis e, por vezes, desfavoráveis aos filhos, que não tiveram a presença paterna, ou materna dos genitores.

Este trabalho de conclusão de curso tratará, não somente dos fatores jurídicos, mas também das questões sociais que envolvem as famílias sobre o abandono ao idoso, demonstrando os pedidos nas ações de abandono material, que englobam materiais de higiene, alimentos, cuidados terapêuticos com equipe médica e de enfermagem, além da atenção constante que os familiares devem ter com os idosos. Em contraponto a isto, serão analisadas as contextualizações fáticas quando o idoso abandonou a família quando tinha idade e condições físicas para viver sozinho, indo procurar os familiares apenas no momento da velhice.

2 Princípios constitucionais no direito das famílias

Este trabalho se justifica pela necessidade de levar ao público, pontos de vista e julgamentos de valor e sentimentos, os quais levam os filhos a não querer prestar alimentos aos seus pais na velhice, pelo fato de terem sido abandonados na sua infância. A necessidade de esclarecer certos aspectos, relacionados a alguns princípios constitucionais no direito das famílias, vem a ser de extrema importância no contexto da sociedade brasileira.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) volta-se para a afetividade, precisamente, em seus artigos 226, §4º; 227, caput, §5º C/C §6º, os quais preveem o reconhecimento da comunidade composta pelos pais e seus ascendentes, incluindo-se os filhos adotivos, faz-se uma correlação com os direitos do idoso, igualmente previstos na Carta Constitucional e, salvaguardados no Estatuto do Idoso, Lei 10.741, de 1º de Outubro de 2003, especificado em seu artigo 1º, conforme transcrição a seguir: “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”.

Essa garantia, embora tardia, visou ampla proteção e segurança jurídica ao idoso proporcionando-lhe o cumprimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Neste viés, o Estatuto do Idoso, em seu artigo 3º, corrobora com os preceitos constitucionais.

Art. 3º - É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e a convivência familiar e comunitária. (Brasil,2003,Art.3º)

Diante desta análise, percebe-se que o idoso está inserido no contexto familiar, bem como, faz parte da sociedade. Ademais, a pessoa, na sua velhice, possui amparo legal fixado na Constituição Federal e contextualizado no Estatuto do Idoso.

Em concordância ao referido sobre os princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana está relacionada no artigo 1º, inciso III da CF e se refere à garantia das necessidades vitais de cada indivíduo. Alexandre de Moraes conceitua o Princípio da dignidade da pessoa humana, como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa humana, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2011, p.61).

A dignidade da pessoa humana está ligada à saúde física, mental e social, desvelando um sentido para a vida, norteador de limitações, condições estas protegidas pela lei. Resta salientar que a relevância do Estado Democrático de Direito, na busca pela realização e efetivação dos direitos fundamentais de todo cidadão, serve como base para o ordenamento jurídico brasileiro. Cada cidadão arca com as consequências dos atos praticados, os quais irão se refletir na sua vida atual de uma forma positiva, ou não.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana possui notória relevância para a apreciação da análise nas relações afetivas entre pais e filhos, que vão desde a criação até a fase que os pais precisam de cuidados materiais e afetivos na velhice. Nesta linha de raciocínio, Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e coo-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. SARLET, 2007 apud SANTANA, p. 1).

Neste sentido, a dignidade da pessoa deve ser levada em consideração por parte do Estado, a fim de garantir deveres fundamentais, que proporcionaram uma vida mais digna e saudável àqueles que não só buscam a tutela jurisdicional, mas para todos em geral. É imprescindível sopesar cada situação concreta, que chega ao judiciário, no que se refere aos pedidos de alimentos, propostos por idosos aos seus filhos, pois não seria crível que um pai, que abandonou por livre vontade a prole, busque ajuda para o seu sustento na velhice, até mesmo, como fundamento da dignidade humana; no entanto, esse mesmo embasamento poderá reverter favoravelmente ao idoso. Essas situações serão demonstradas em capítulo específico.

3 Abandono afetivo e material: consequências jurídicas

Este trabalho se justifica pela necessidade de levar ao público, pontos de vista e julgamentos de valor e sentimentos, os quais levam os filhos a não querer prestar alimentos aos seus pais na velhice, pelo fato de terem sido abandonados na sua infância, a necessidade de esclarecer certos aspectos, relacionados a alguns princípios constitucionais no direito das famílias, vem a ser de extrema importância no contexto da sociedade brasileira.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) volta-se para a afetividade, precisamente, em seus artigos 226, §4º; 227, caput, §5º C/C §6º, os quais preveem o reconhecimento da comunidade composta pelos pais e seus ascendentes, incluindo-se os filhos adotivos, faz-se uma correlação com os direitos do idoso, igualmente previstos na Carta Constitucional e, salvaguardados no Estatuto do Idoso, Lei 10.741, de 1º de Outubro de 2003, especificado em seu artigo 1º, conforme transcrição a seguir: “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os

direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”.

Essa garantia, embora tardia, visou ampla proteção e segurança jurídica ao idoso proporcionando-lhe o cumprimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Neste viés, o Estatuto do Idoso, em seu artigo 3º, corrobora com os preceitos constitucionais:

Art. 3º - É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e a convivência familiar e comunitária. (Brasil,2003,Art.3º)

Diante desta análise, percebe-se que o idoso está inserido no contexto familiar, bem como, faz parte da sociedade. Ademais, a pessoa, na sua velhice, possui amparo legal fixado na Constituição Federal e contextualizado no Estatuto do Idoso.

Em concordância ao referido sobre os princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana está relacionada no artigo 1º, inciso III da CF e se refere à garantia das necessidades vitais de cada indivíduo. Alexandre de Moraes conceitua o Princípio da dignidade da pessoa humana, como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa humana, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2011, p.61).

A dignidade da pessoa humana está ligada à saúde física, mental e social, desvelando um sentido para a vida, norteador de limitações, condições estas protegidas pela lei. Resta salientar que a relevância do Estado Democrático de Direito, na busca pela realização e efetivação dos direitos fundamentais de todo cidadão, serve como base para o ordenamento jurídico brasileiro. Cada cidadão arca com as consequências dos atos praticados, os quais irão se refletir na sua vida atual de uma forma positiva, ou não.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana possui notória relevância para a apreciação da análise nas relações afetivas entre pais e filhos, que vão desde a criação até a fase que os pais precisam de cuidados materiais e afetivos na velhice. Nesta linha de raciocínio, Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e coo-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. SARLET, 2007 apud SANTANA, p. 1).

Neste sentido, a dignidade da pessoa deve ser levada em consideração por parte do Estado, a fim de garantir deveres fundamentais, que proporcionaram uma vida mais digna e saudável àqueles que não só buscam a tutela jurisdicional, mas para todos em geral. É imprescindível sopesar cada situação concreta, que chega ao judiciário, no que se refere aos pedidos de alimentos, propostos por idosos aos seus filhos, pois não seria crível que um pai, que abandonou por livre vontade a prole, busque ajuda para

o seu sustento na velhice, até mesmo, como fundamento da dignidade humana; no entanto, esse mesmo embasamento poderá reverter favoravelmente ao idoso. Essas situações serão demonstradas em capítulo específico. Em breve análise sobre o Princípio da Solidariedade Familiar tange tal princípio com o advento da criação da Constituição Federal de 1988, com o objetivo de complementar o princípio da solidariedade, previsto no artigo 3º, caput, inciso I, da Carta Magna, “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Ademais, mesmo com a previsão legal, a solidariedade e afetividade é subjetiva e inerente a cada indivíduo, tendo como norteador o tratamento que cada filho e pai tem com o outro. Em outras palavras, essa relação deve ser individual, de maneira que o Estado interfira de forma mínima. Quando não há o entendimento entre as partes num litígio em situação que há abandono afetivo e/ou material, procura-se a justiça para salvaguardar tal direito.

Há inúmeros casos de processos que envolvem a tutela jurisdicional para garantir conforto e os devidos cuidados ao idoso, pois os mesmos relatam que foram esquecidos pelos filhos. Em contrapartida, há casos que os filhos alegam que foram abandonados e nunca tiveram afeto, tampouco apoio financeiro para seu sustento enquanto filhos menores.

Com isso, demonstra-se no Recurso Especial nº 1.087.561-RS, de 13 de junho de 2017, cujo Relator Ministro Raul Araújo, emite o voto:

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 com 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.

(STJ – Resp: 1087561 RS 2008/0201328-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 13/06/2017, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/08/2017).

O Recurso Especial acima citado, refere-se a situações precárias que muitas crianças e adolescentes enfrentam em seu meio familiar, genitores que lhes abandonam, mesmo que tenham condições e possibilidades de criá-los e sustentá-los; no entanto, preferem deixá-los para trás sem prestar auxílio em sua criação, atentando contra a dignidade da pessoa humana, integridade física, moral, intelectual, podendo afetar o lado psicológico.

Resta evidente que o genitor, que abandona seu filho na infância/juventude, sem prestar algum tipo de auxílio material para garantir sua sobrevivência digna, estará praticando abandono material e quiçá afetivo. Muitas dessas crianças e adolescentes sofrem agressão parental, o que afronta o art.4º, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), menciona que:

“É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

Ao violar os princípios da dignidade da pessoa humana, com relação ao seu filho, enquanto menor de idade, seria possível pleitear alimentos na velhice e lograr êxito em seu pedido? Os princípios da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade estão relacionados com a interação e ligação entre familiares. Neste viés, poderá ter um ponto positivo ou negativo ao que se refere o afeto entre pais e filhos, pois o contato entre ambos é de extrema importância desde o seu nascimento, para dar-lhe toda a assistência possível.

Deste modo, conforme entendimento jurisprudencial, pleitear alimentos na velhice e lograr êxito no pedido depende do ponto de vista e entendimento dos nobres julgadores. A seguir, vislumbra-se o caso de jurisprudência desfavorável ao genitor na Apelação Cível nº 70083212431, Ação de Alimentos, 8ª Câmara Cível, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PRELIMINAR REJEITADA. PEDIDO DE ALIMENTOS DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE. FILHOS ABANDONO AFETIVA E MATERIALMENTE PELO PAI. AUSÊNCIA DE SOLIDARIEDADE FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DO DEVER ALIMENTAR. 1. Tratando-se de sentença que condena a pagar alimentos, seus efeitos são produzidos imediatamente após sua publicação, nos termos do art. 1.012, § 1º, II, do CPC. Inteligência do art. 1.012, §§ 3º e 4º, do CPC. Preliminar rejeitada. 2. A sentença obedece às determinações dos artigos 11 e 489 do CPC e do artigo 93, IX da CF. Preliminar rejeitada. 3. Na espécie, não há que se cogitar de falta de interesse recursal do apelante, porquanto a sentença foi de parcial procedência, experimentando decaimento em seu pedido inicial, já que apenas uma filha foi condenada a prestar-lhe verba alimentar. Preliminar de não conhecimento rejeitada. 4. Podem os parentes pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com sua condição social (art. 1.694 do CC), direito que é recíproco entre pais e filhos (arts. 229 da CF e 1.696 do CC). 5. No caso, porém, nunca existiu afeto, jamais houve solidariedade familiar, já que o pai autor

abandonou seus filhos em tenra idade, quando do falecimento da primeira esposa, relegando-os à própria sorte. 6. A inexistência de afeto impossibilita cogitar-se de família ou de solidariedade familiar, causa jurídica que embasa o dever de mútua assistência. 7. A sementeira é livre, mas a colheita é obrigatória, com o que a indignidade perpetrada pelo autor contra seus filhos impede que deles possa exigir a ajuda material em comento. 8. Os fatos de estar comprovado que o apelante é idoso, que está acometido de doenças e que recebe benefício previdenciário no valor de um salário mínimo não justificam o êxito do pleito, visto estar amplamente comprovado que, em momento algum, exerceu o poder familiar em relação a seus filhos do primeiro casamento, inexistindo vínculo afetivo e/ou material recíproco. 9. Manutenção da sentença que condenou apenas a filha do segundo casamento do autor ao pagamento de pensão alimentícia, que concorda em prestar-lhe auxílio financeiro. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível, Nº 70083212431, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 23-04-2020). Assunto: Direito Privado. Alimentos. Ascendente. Poder familiar. Não exercício. Abandono afetivo e material. Comprovação. Solidariedade familiar. Não existência. Descendentes. Obrigação alimentar. Não reconhecimento. Manutenção. **Assunto:** Direito Privado. Alimentos. Ascendente. Poder familiar. Não exercício. Abandono afetivo e material. Comprovação. Solidariedade familiar. Não existência. Descendentes. Obrigação alimentar. Não reconhecimento. Manutenção.

Data de Julgamento: 23-04-2020

Publicação: 14-09-2020

O voto do eminente Relator foi pautado pela não existência de solidariedade familiar, em razão do abandono afetivo e material do genitor com seus descendentes quando eram crianças, deixando de criar os filhos, deixando-os desamparados, sem que tivessem a figura familiar de um pai biológico em suas vidas.

No que se refere ao princípio da paternidade responsável, salienta-se que é um dos mais relevantes no tocante à proteção dos direitos de

personalidade da criança. Em síntese, no que tange aos Princípios da Paternidade Responsável e da Dignidade da Pessoa Humana tem-se que os mesmos compõem a base para a composição da família, a qual leva a ideia de responsabilidade, na formação e manutenção da família. Tais princípios estão fundamentados no texto constitucional, em seu §7º, do artigo 226, que diz:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

Outro relevante princípio é o da afetividade, o qual não poderia deixar de existir no seio familiar, no entanto, nem sempre ocorre entre pais e filhos. Lôbo preleciona:

O fato de o Princípio da Afetividade ser tácito na Carta Magna brasileira não invalida ou deixa inexistente tal princípio, como pode ser observado por meio de outras interpretações da letra de lei constitucional, não paira dúvidas quanto a sua existência e aplicabilidade. Ainda, tendo como base outros diplomas legais, por meio do artigo 1593 do Código Civil brasileiro identifica-se por extensão a existência do Princípio da Afetividade ao considera o parentesco para além da consanguinidade, ou seja, é admitida a formação da família com base em outras origens que não seja aquela entendida como tradicional (LÔBO, 2011 apud Hargaya, 2019, p.1).

Lôbo compreende que o parentesco vai além do sangue, que atua de maneira socioafetiva, na comunhão da vida, indo muito além do vínculo biológico, o que é relevante na relação familiar é o afeto, indiferentemente, de como ou por quem é constituída a família. Uma característica

importante também, que envolve o Princípio da Afetividade é o fato dele atuar em duas dimensões, uma objetiva e outra subjetiva.

Diante desse princípio, Caldéron explana:

[...], a primeira é considerada como aquela que envolve fatos sociais de manifestação afetiva; ao passo que na última, o afeto, é anímico em si, assume um caráter psíquico e sentimental do termo e, assim, pelo direito, é tido como presumido. Dito de outra maneira, para a aplicação do Princípio da Afetividade, a dimensão objetiva é suficiente, pois os parâmetros da subjetividade afetiva são aplicados de forma presumida (CALDÉRON, 2013 apud, HARIGAYA, 2019, p.1).

Observa-se que as questões objetivas e subjetivas são avaliadas de acordo com suas desigualdades, tornando-se aplicadas subjetivamente quando for relacionada ao indivíduo e, para as questões coletivas, a abordagem é objetiva.

Maria Berenice Dias, Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, chamada carinhosamente como a Desembargadora do afeto, tem entendimento favorável à indenização por dano afetivo, na qual destaca:

A indenização por dano afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais de acordo com a atualidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares (DIAS, 2007, apud COUTO 2015, p. 1).

Percebe-se que o abandono afetivo é uma situação que gera certa controvérsia no âmbito jurídico, merecendo ser estudado, analisado e questionado de maneira expressa, devido a sua complexidade e, assim, buscar no âmbito jurídico uma possível solução para os conflitos e

desentendimentos, através da indenização pecuniária, haja vista que não há como obrigar alguém amar outra pessoa.

A ausência afetiva e material é um paradigma nas relações entre pais e filhos, na qual algumas famílias passam por tal situação. Para referir e relacionar esses pontos cruciais na relação familiar, há de ser destacado o que o abandono material e o abandono afetivo caracterizam, tanto no âmbito social, quanto no jurídico.

Com base nas relações familiares, objetivamos uma análise sucinta sobre o tema em questão, bem como, ressalta-se a importância da presença paterna para o desenvolvimento da criança. Além disso, a falta de convivência com um de seus genitores pode causar certo transtorno em seu desenvolvimento intelectual, emocional e social. Tal conduta atenta contra a dignidade da criança e do adolescente, pois todo o ser humano necessita sentir-se amado, aceito e acolhido pelos seus.

O abandono afetivo e material traz várias consequências para a vida de ambas as partes; tanto para o filho quanto para o pai, no que se refere ao filho, o seu lado psicológico e sentimental, desenvolvimento intelecto. Já em relação ao pai na velhice, gera certas consequências como; sofrimento, angústia e desprezo. Até o momento não se tem, de fato, uma lei específica regulamentando o abandono afetivo, mas diversos princípios, podem ser utilizados para fundamentar os pedidos de indenização pela falta do afeto, como o da afetividade, dignidade humana, paternidade responsável (e, por analogia, da filiação responsável, dentre outros). O art. 227 da Carta Constitucional, artigo 4º do ECA e no, mesmo sentido, o artigo 1.634 da legislação civilista, que estabelece quais deveres os pais têm para com seus filhos. Dessa forma, pode-se dizer que, quaisquer violações dos artigos referidos acima, poderia caracterizar abandono afetivo. Ilustrando o que foi exposto, tem-se o seguinte julgado:

Apelação cível. Ação indenizatória. Abandono afetivo. A sentença julgou procedente pedido para condenar o apelante, genitor, a indenizar dano moral à filha, por abandono afetivo. Embora a demonstração de que a apelada necessita tratamento por depressão, chegando a atentar contra a própria vida, os elementos dos autos são insuficientes para comprovar, com segurança e robustez, nexos de causalidade entre a conduta omissiva do genitor, quanto às visitas determinadas judicialmente, e os danos emocionais/psíquicos ou sofrimento indenizável, nos termos dos arts. 186 e 927 do CCB. Apenas em situações excepcionais e com efetiva prova é que, na seara das relações familiares, se deve conceder reparação por dano extrapatrimonial, sob pena de excessiva patrimonialização das relações familiares. Deram provimento. Unânime. AC 0289356-51.2019.8.21.7000 RS.

Nota-se que no primeiro grau, a filha logrou êxito em seu pedido por dano moral, e abandono afetivo; devido às sequelas deixadas na sua infância por seu genitor, que se omitiu de dar suporte a, conseqüentemente culpa, e pela vítima houve o dano experimentado devido ao problema de saúde, (depressão); no entanto, na apelação, não restou comprovado o nexo de causalidade entre a suposta depressão e o abandono afetivo, restando procedente a apelação, proposta pelo genitor, para abolir a indenização.

Contudo, os tribunais não são unânimes quanto ao provimento de pedidos indenizatórios por abandono afetivo, pois a questão probatória resta inexitosa em alguns casos, dificultando a análise do julgador.

O abandono material ao idoso caracteriza-se pela vulnerabilidade e os gastos com tratamento de saúde e melhor condição de vida, pois, na medida que a idade avança, começam a surgir as limitações inerentes à idade do cidadão. Em determinadas situações, não há o devido amparo por parte de familiares, tais como, filhos e netos. Para isso, têm-se a visão de Liane Maria Busnello Thomé:

[...] cada ser humano é merecedor de respeito e consideração, independentemente de crença, nível social, intelectual, opção sexual e maneira de enfrentar a vida. O simples fato de ser humano basta para que sua dignidade seja garantida. (THOMÉ 2010 apud NICOLAO, p.7)

A questão de merecer respeito é um paradigma a ser enfrentado aos olhos da sociedade, para tanto, a preservação da dignidade não está apenas na afetividade. Inobstante, há vários cuidados e, dependendo do caso, há intervenção através de tratamento medicamentoso, que, gera despesa ao idoso.

Apesar de ser essencial para o bem-estar, o apoio material é crucial ao bom convívio do idoso, mesmo diante de situações que ele abandonou os filhos, mas nem sempre é fácil dissociar tal sentimento de abandono dos descendentes aos seus descendentes que lhes abandonou na tenra infância.

Tais direitos estão elencados no Estatuto do Idoso, em seu artigo 2º:

Art. 2º - O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Fica evidente que a tutela jurisdicional assegura a proteção ao idoso, permitindo que haja menos casos de omissão dos familiares e garante que o Estado seja mais efetivo na avaliação de casos em que há o abandono material ao idoso. Ressalta-se que o auxílio material, além de incluir cuidados médicos e medicamentosos, também estão inclusos os alimentos. Diante disso, o Código Civil, nos artigos 1.694 a 1.699, tratam de dar suporte jurídico para embasar ação de alimentos em favor do idoso em situação de abandono pelos filhos.

O artigo 1.696, do Código Civil Brasileiro, evidencia: Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Tal fator elencado no referido artigo, destaca sobre a reciprocidade no dever alimentar entre pai e filho, não recaindo somente do pai para filho, comumente acreditado por pessoas juridicamente leigas. Ainda nesse viés, o abandono material tem previsão legal no Código Penal, em seu artigo 244, que diz:

“Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

Assim, podemos observar que o código civil e o código penal estão alinhados para tutelar o direito do idoso, estando não somente na esfera constitucional e doutrinária. Em outras palavras, o idoso possui garantia jurídica, além de estar salvaguardado pelo Estado quando familiares deixam de prestar apoio material para o ascendente na velhice.

4 A reciprocidade do tratamento dado ao filho, na infância, ao pai na velhice: um desafio jurídico

O estudo versa sobre a compreensão jurídica a que se deve relação entre pais e filhos, quando existe a inversão comumente estabelecida, pois fato a ser analisado é a divergência entre o que se espera e o que se vive.

O que chamamos de relação de convivência, de afeto de união em miúdos dá-se o nome de família, onde tudo inicia e se constrói, tendo como base o cuidado de amparo dado uns aos outros.

Muito comum entre as famílias, que o significado real não seja por vezes o vivido entre pais, mães, filhos, deixando lacunas não só sentimentais, mas de cunho jurídico, quando umas das partes deixam de prestar a assistência devida.

Da mesma forma, que os filhos necessitam da assistência, cuidado dos pais na infância e muitas vezes não tem os pais em sua velhice, necessitam do cuidados dos filhos, o que naturalmente é a ordem normal em nosso cotidiano, porem em alguns casos existem o abandono na infância e a solicitação dos cuidados na fase em que já estão idosos e acabam pleiteando em ações a cobrança pela assistência daqueles que não tiveram quando necessitavam, sendo somente através de jurisprudências julgados por analogia encontradas com tal tema.

A situação dos idosos no sistema jurídico brasileiro e seus efeitos na sociedade, analisando as transformações da família; no caso do abandono afetivo, verificou-se quando este ocorre e suas consequências da falta dos alimentos ao filho, e a falta de afeto ao pai; tudo relacionado à boa-fé no direito de família, bem como verificar a possibilidade de afastamento da obrigação alimentar aos pais idosos nos casos de anterior abandono afetivo. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, pois parte-se de teorias e leis para a análise e explicação de fenômenos particulares, pois trata-se de um raciocínio puramente formal. Desse modo, o presente trabalho busca demonstrar a proteção, garantias e prerrogativas à pessoa idosa prevista no ordenamento jurídico e, como objetivos específicos analisar as características da

No que se refere a reciprocidade o (art. 229 da CF/88) “determina que, se por um lado, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos

menores, os filhos maiores também têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” tais deveres baseia-se no princípio da solidariedade familiar.

No caso em si, o genitor (a) que venha a deixar seu filho justamente na idade que mais precisa do mesmo, será que o mesmo na sua velhice teria direito de pedir ajuda ou amparo, sendo que o não prestou quais quer, ajuda financeira, pois se ambos têm direitos um para com o outro, assegurado na CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, por que não são respeitados devidamente?

A dignidade da pessoa humana, é fundamental em ambas as partes, e de grande abrangência, ao qual envolve vários fatores, sociais e jurídicos.

Acerca do conceito deste princípio, afirma Sarlet (2007, p. 62) que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, não pode ser violada, pois está escrito em nossa Carta Magna, no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988, e ao qual trata-se do direito de todos os cidadãos, sem fazer nenhuma distinção.

Vejamos a seguir uma Apelação cível, de Reciprocidade do Tratamento dado ao Filho, na Infância, ao Genitor, na Velhice, neste caso é a Genitora que pede Alimentos, ao filho.

Apelação cível. Ação de alimentos proposta pela mãe, idosa, em face do filho biológico. Sentença de improcedência, reconhecendo procedimento indigno por parte da autora, consistente no abandono do filho desde a infância. Autora que não se desincumbiu do ônus de comprovar o trinômio necessidade-possibilidade- proporcionalidade, a amparar o pleito de alimentos. Manutenção da sentença. 1. A obrigação de prestar alimentos nasce da relação natural entre familiares, sendo permitido, nos termos do art. 1694 do Código Civil que parentes, cônjuges, ou companheiros peçam uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. Tal previsão legal possui sua essência no dever de solidariedade que deve existir em todo seio familiar, conforme preconiza o art. 229 da CF88. 2. A conduta da autora, ao deixar de prestar qualquer tipo de assistência ao seu filho, seja material, emocional, educacional ou afetiva, configura o procedimento indigno previsto no parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, a afastar a responsabilidade do réu em prestar os alimentos pleiteados na inicial. 3. E mesmo se assim não fosse, convém ressaltar que a autora não logrou êxito em comprovar sua real necessidade em receber os alimentos, e tampouco a possibilidade do réu em prestá-los. 4. Desprovemento do recurso. (TJ-RJ - APL: 00115498920118190204 RIO DE JANEIRO BANGU REGIONAL 3 VARA DE FAMILIA, Relator: MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES, Data de Julgamento: 26/02/2013, DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/03/2013)

Conforme o enunciado acima, dito pelo relator, a genitora não prestou nenhum tipo de assistência ao seu filho, o abandonou quando ele mais precisava, não lhe deu afeto, sendo a hora que um filho mais precisa de sua mãe, é no seu desenvolvimento, psicológico e emocional, e está o nega, pois nada mais justo esta decisão da Décima Nona Câmara Cível do Rio de Janeiro.

Veremos a seguir também um caso semelhante com entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao qual foi favorável ao filho:

Apelação cível. ação de alimentos ajuizada pelo ascendente em desfavor de seus filhos. Pedido amparado no compromisso de solidariedade familiar. Exegese do art. 1.696 do código civil. Im procedência na origem. Ausência de demonstração do binômio necessidade/possibilidade. ônus que competia ao autor da demanda, por força do art. 373, inc. i, do código de processo civil. inexistência de vínculo afetivo entre os litigantes. sentença mantida. recurso conhecido e desprovido. O pedido alimentar formulado pelo ascendente ao descendente com fundamento no art. 1.696 do cc exige demonstração inconcussa da necessidade alimentar e da capacidade financeira do alimentante de prestar auxílio ao genitor. Em face do caráter solidário da obrigação alimentar, inacolhe-se pleito formulado por genitor contra filho maior de idade se este não recebeu por ocasião de sua menoridade os cuidados paternos inerentes ao pátrio poder a que tinha direito (apelação cível n. 2013.035033-8, de Camboríú, rel. des. monteiro rocha, j. 10-10-2013). (TJ-SC - AC: 20150612454 CRICIÚMA 2015.061245-4, RELATOR: STANLEY BRAGA, DATA DE JULGAMENTO: 14/04/2016, QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL)

Nota-se que, na Apelação acima, o genitor não prestou assistência ao filho quando criança, o abandonou, afetivamente e não prestou nenhum tipo de auxílio.

Este tipo de procedimento causado pelos genitores, influencia lá na frente na vida da criança depois de adulto, levando muitas vezes a certos transtornos psicológicos e neurológicos devido o abandono sofrido.

Dessa forma os julgados mostrados a cima, apontam que, a falta de assistência que são posicionadas aos filhos na sua infância, poderá ter consequências lá na frente, quando estes genitores entrarem na sua velhice, e dessa maneira vir a sofrer o mesmo que o impôs ao filho na sua infância.

5 Conclusão

Contudo, costuma-se observar que algumas decisões jurídicas a respeito do tema deste artigo não são unânimes. As análises objetivas e subjetivas demonstram que não há um padrão a ser seguido sobre as

possíveis causas de abandono ao idoso. Dentre algumas razões que ensejam os processos de abandono afetivo e material, estão o descaso dos familiares com seus ascendentes, tendo algumas justificações em sua maioria de que foram abandonados na infância e, portanto, não querem prestar os devidos cuidados ao idoso.

Portanto, além do amparo legal, deve haver conscientização e envolvimento da família sobre seus atos no decorrer de suas vidas, pois a observação dos casos apresentados neste trabalho de conclusão de curso, foi no sentido de que alguns casos de abandono afetivo e material ao idoso decorreram de atos praticados por eles mesmos contra seus descendentes.

Ressalta-se, no entanto, que o judiciário desempenha um papel determinante para amenizar e tentar solucionar os litígios que envolvem os idosos com seus familiares. Ademais, tais problemáticas poderiam ser resolvidas no ambiente familiar, sem precisar ser alcançada a esfera judicial, mas, infelizmente, a subjetividade nos casos de abandono afetivo, nos trazem perspectivas diferentes e, com isso, um posicionamento diferente para cada caso apresentado.

Referências

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil**, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Acesso em: 18 de maio de 2021.

BRASIL. **LEI Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 - Estatuto do Idoso**. Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm#:~:text=LEI%20No%2010.741%20DE%201%20BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%202003.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20do%20idoso%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art.a%206%20\(sessenta\)%20anos](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm#:~:text=LEI%20No%2010.741%20DE%201%20BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%202003.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20do%20idoso%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art.a%206%20(sessenta)%20anos). Acesso em 22 de junho de 2021.

BRASIL. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 10 de junho de 2021.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO LEI N º 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 22 de junho de 2021.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 e junho de 2021.

COUTO, Cleber. **Responsabilidade civil por abandono afetivo entre pais e filhos.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41210/responsabilidade-civil-por-abandono-afetivo-entre-pais-e-filhos>. Acesso em: 22 de junho de 2021.

HARIGAYA, Hugo Heiske. **Princípio da afetividade: as diversas aplicações da afetividade no núcleo familiar. 2019.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74252/principio-da-afetividade-as-diversas-aplicacoes-da-afetividade-no-nucleo-familiar>. Acesso em : 22 de junho de 2021.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NICOLAO, Hamilton Pessota. **Direitos fundamentais: princípio da dignidade da pessoa humana frente a autonomia privada nas relações entre particulares.** Revista **Direito e Justiça.** v. 36, n. 2, p. 123-143, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/9085>. Acesso em: 22 de junho de 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Egrégio Tribunal Regional do Rio Grande do Sul. **Recurso Especial nº: 1087561** RS 2008/0201328-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO. Data de Julgamento: 13/06/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: 18/08/2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível, Nº 70083212431**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 23-04-2020

V

A pensão alimentícia e o direito de convivência/guarda compartilhada aos seres sencientes ¹

Gabriela Docki Oliveira²
Sílvia Lopes da Luz³

Introdução

A presente pesquisa buscou apresentar, a natureza dos animais, natureza esta considerada *sui generis*, isto é, únicos em sua espécie, onde são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional vedando seu tratamento como coisa; portanto, os animais não poderão ser mais considerados bem imóveis, eles devem ser reconhecidos como seres sencientes, isto é, seres que possuem capacidade de sentir dor e sofrimento; frente a isso, devem ter os mesmos direitos e garantias fundamentais que um filho humano.

Em um primeiro momento abordou-se os animais como seres sencientes e o surgimento das leis que amparam os mesmos. Em seguida, estruturou-se um subtítulo o qual se refere à Lei dos Sacrifícios dos animais, qual autoriza o sacrifício de animais celebrado em religiões de matriz africanas, deste modo, não contrariando o fato de serem seres sencientes. Ainda abordou-se observações sobre os possíveis direitos do *pet* e dos tutores, em caso de separação do casal detentor do animal.

A linha de pesquisa utilizada neste trabalho é a dos Direitos Humanos, Fundamentais e Especiais nas perspectivas individual e coletiva que

¹ Artigo apresentado, no primeiro semestre de 2021, ao Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – Campus Santa Maria, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito.

² Graduanda no curso de Direito, ULBRA, Santa Maria – E-mail: @gdockioliveira@gmail.com

³ Advogada, Mestra em Patrimônio Público (UFSM), Especialista em Direito Público (UFN), professora do Curso de Direito, da ULBRA, Santa Maria

tem como objetivo compreender os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos especiais como um processo histórico na sociedade contemporânea e sua relação com campos jurídicos específicos, são vistos sob a ótica de indivíduos coletivos. Nos dias atuais, algumas pessoas já inserem e consideram seus animais como membros de suas famílias, pois em muitas delas os seus tratamentos de afeto e cuidado são realizados da mesma forma que com seus filhos. Estes animais compõem a estrutura familiar, sendo amados, respeitados, onde seus tutores proporcionam qualidade de vida e dignidade.

Frente ao exposto, o objetivo deste estudo é de apresentar a sociedade que animais não são meros objetos. E ainda, que todos os tenham um olhar consciente que estes animais são seres sencientes, compostos de sentimentos, e devem ter preservados sua integridade física e mental. Ainda, apresentar os direitos destes animais como sujeitos de direitos, tendo em vista que merecem ser tratado igual/ou semelhante aos filhos humanos, possuindo direito a pensão alimentícia, guarda compartilhada e direito a visitas.

2. Animais: seres sencientes

No presente capítulo abordasse o projeto de lei que garante direito aos animais, os quais deixam de ser considerados bens móveis, passando a ser tratados como seres sencientes, em decorrência do Projeto de Lei nº 27, de 2018, de 07 de agosto de 2019. No que diz respeito ao direito dos animais, a Constituição Federal do Brasil (CFB), em seu artigo 225 diz:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL,1988)

Isto quer dizer que todos os seres vivos, de todas as espécies devem ter garantidos, direito a uma vida com qualidade, e diante disso, onde estão incluídos os pequenos animais, que neste trabalho abordamos como pets. Desta forma, quando discutimos o direito, temos consciência da obrigação do dever público em defendê-los, da mesma forma com que se faz com os seres humanos. Especificamente, no inciso VII, do citado dispositivo legal, tem-se: “Proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade” (BRASIL, 1988). O direito dos animais é constitucional, a tutela acerca da pensão alimentícia, de convivência/guarda compartilhada dos animais ainda é um tema relativamente novo no setor jurídico, mas vem ganhando um papel importante no Brasil, pois os animais vêm obtendo espaços nas famílias brasileiras e, em algumas situações, são tratados e cuidados como filhos e não apenas como animal de estimação de guarda ou ainda animais que possam ser descartados de qualquer forma.

Entendesse que os animais gozam da capacidade de sentir, desfrutam de estímulos positivos e negativos passando a seres sencientes, assim fazendo parte das famílias, criando uma relação de uma afetividade com seus tutores, desta forma, passando a ter possíveis direitos, tais quais os dos filhos humanos. Estes animais são considerados domésticos, portanto, existe uma relação de necessidade de zelo, carinho e cuidados, onde estes acabam gerando despesas financeiras aos seus tutores. Quando discute-se sobre despesas, falasse por exemplo de medicamentos, cuidados estéticos, possíveis problemas de saúde que o pet possa vir apresentar, ou também aqueles animais que exigem uma alimentação balanceada com rações premium, e outras despesas ocasionais.

Diante destes possíveis necessidades, e tratando-se de um direito, ao falar em pensão alimentícia aos animais, pode-se dizer que é basicamente

uma forma de custear aquele que fica com a guarda do pet, como exposto, os animais geram despesas e, quando há a separação, em algumas situações familiares torna-se inviável apenas o detentor da guarda do pet arcar com todos desembolsos financeiros que os pets necessitam, principalmente, quando a escolha em adquiri-lo aconteceu em comum acordo entre o casal. Ainda, não existe legislação específica para o caso concreto, entretanto, há um projeto de Lei (PL) 7.196/2010 de 28 de Abril de 2010, discutido pelo Senado, o qual regulamenta a guarda dos animais de estimação.

Segundo o Dicionário Online de Português, a definição de senciente é:

“Capacidade de sentir ou perceber através dos sentidos, que possui ou consegue receber impressões ou sensações. Portanto, os animais possuem essas características, pois gozam da capacidade de sentir, dor, medo, raiva, tristeza e até mesmo amor”.

Quanto ao sentimento dos animais, Moleno aduz que:

Os animais se comportam como seres humanos, além de apresentarem estrutura nervosa semelhante a do homem. Algumas substâncias liberadas diante de sensações de medo, ansiedade e alegria nos seres humanos, também estão presentes nos animais. (MOLENO, 2014)

Na citação, a médica veterinária refere-se aos animais como seres capazes de se comportarem semelhantemente ao ser humano, tendo em vista sua estrutura nervosa e capacidade de possuir sentimentos.

No ano de 2019 foi aprovado o projeto de lei (PLC/27/2018), que cria um regime jurídico especial para os animais, segundo o projeto, os animais não poderão mais ser considerados como objetos, passam a ter natureza

sui generis, dotada de natureza biológica e emocional. O Tribunal de Justiça, de São Paulo, prolatou a seguinte decisão:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. Companhia aérea e agências de viagem que não informaram adequadamente o autor acerca das regras e limitações para o transporte aéreo de animal de estimação. Informações desconstruídas prestadas em sequência acabaram por inviabilizar o embarque do autor, esposa e filha no dia e horário apurados a implicar reagendamento do voo para dois dias depois. Consideração de que animais de estimação não são mais considerados coisas na acepção jurídica do termo, mas seres sencientes passíveis de sofrimento e que integrem o ambiente familiar. Recurso parcialmente provido para majorar danos morais. Tribunal de Justiça de São Paulo. TJ-SP- Apelação Cível: AC 1030293- 97.2017.8.26.0564 SP 1030293-97.2017.8.26.0564.

A jurisprudência acima trata-se de um caso em que o autor precisava viajar junto com sua família e seu animal de estimação, no entanto, a viagem não aconteceu, pois, a companhia aérea não informou sobre as regras de transporte de animais. E, desta forma, o animal que é considerado pelo autor, parte integrante da sua família, foi impedida de prosseguir viagem, pois seria o mesmo que deixar um de seus filhos.

A Lei contra maus-tratos de animais (Lei nº 1.095, de 29 de setembro de 2020), aumenta a punição para a prática de ato abusivo, maus tratos, ferir ou mutilar animais. A referida lei é um marco no ordenamento jurídico brasileiro, porque passou a amparar os animais contra as crueldades praticadas por alguns seres humanos. A Lei abrange os animais silvestres, domésticos, nativos e exóticos, porém os mais beneficiados são os cães e gatos. O cidadão que for pego cometendo o crime de maus-tratos aos animais poderá cumprir pena no regime fechado e não será beneficiado por

transação penal. Referendando a relevância do citado dispositivo legal, tem-se recente julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CRIME MAUS TRATOS CONTRA ANIMAL. ART.32 DA LEI 9.605/98. CACHORRO. MOLESTAÇÃO (RESOLUÇÃO Nº 1.236, DE 26 DE OUTUBRO DE 2018 - CNMV). INTRODUÇÃO DE DEDO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. VÍDEO FILMANDO O ILÍCITO. JUSTIFICATIVA DO RÉU PARA A PRÁTICA DO ATO. INVEROSSÍMIL. PENA.REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO.COMPENSAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1- Pratica o ilícito penal de maus tratos contra animal, previsto no art. 32 Caput Da Lei 9.605/98, aquele que Molesta Animal, introduzindo dedo no ânus do bicho, com fins libidinosos, como é o caso dos autos. 2- Comprovada a autoria e a materialidade, tanto pela declaração do recorrente de que praticava o ato quanto pela filmagem mostrando toda a cena (ID 21196099), não há como absolver o réu. 3- Agravo da reincidência e a confissão espontânea se compensam quando confirmada a prática do ato pelo acusado ((PExt no HC 594.593/SP. Rel, Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2020, DJe 14/12/2020).
4- Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ/DF 0708732112020807016 DF 0708732-11.2020.8.07.0016, Relator: ARNALDO CORRÊA SILVA. Data de Julgamento: 22/02/2021, Segunda Turma Recursal, Data de Publicação: Publicado no PJe: 03/03/2021. Pág.: Sem página cadastrada)

No caso acima, o réu molestou o animal introduzindo o dedo do ânus do mesmo e ainda filmou o ato. Configurando, assim, um caso extremamente grave de maus tratos contra os animais, denominado zoofilia, ou seja, abuso sexual contra um ser vivo, que possui sentimentos, sente dor.

Agora os animais poderão obter instrumentos legais para sua proteção como é o caso do *habeas corpus*, Randolfe menciona:

A legislação estará só reconhecendo o que todos já sabem: que os animais que temos em casa sentem dor e emoções. Um animal deixa de ser tratado como uma caneta ou um copo e passa a ser tratado como ser senciente.” (RANDOLFE, 2019).

Essa decisão foi um marco histórico no Brasil, uma luta que havia sido traçada há muitos anos pelos defensores dos animais para descoisificar os animais, teve fim.

2.1 Sacrifício dos animais: direito à vida, à dignidade e o direito à liberdade religiosa.

O que diferencia maus tratos de animais e sacrifício de animais em rituais religiosos é que no ritual são ofertados aos orixás apenas algumas partes do animal o resto serve de refeição e geralmente os animais utilizados nesses rituais são os mesmos consumidos pela grande parte da população como: galinha, pato, boi. Já nos casos em que há maus tratos o animal geralmente é submetido a várias coisas como: espancamento, envenenamento, manter o animal sem comida e sem água. Isso não ocorre em rituais religiosos, pois o animal não passa por nenhum desses sofrimentos.

Segundo a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1988, em seu art.32 “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”(Brasil,1988) é crime e sua pena varia de 3 meses a um ano e multa; porém, o Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 28/03/2019 decidiu que é constitucional a prática de sacrifício dos animais, em cultos religiosos.

Não se trata de sacrifício ou de sacralização para fins de entretenimento, mas sim para fins de exercício de um direito fundamental que é liberdade religiosa. Não existe tratamento cruel desses animais. Pelo contrário. A sacralização deve

ser conduzida sem o sofrimento útil do animal. Disse o deputado Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2019)

Existem várias jurisprudências que defendem que animais sacrificados em cultos religiosos não estão sendo maltratados, ou submetidos à crueldade.

AGRAVO DE INSTRUMENTO- AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – SACRIFÍCIO DE ANIMAIS EM CULTOS RITUAIS RELIGIOSOS- POSSIBILIDADE- INCINDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 5º, INCISO VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL- precedente do STF, no ré nº 494.610/rs- ausência, no caso concreto, de comprovação de maus tratos e crueldade aos animais- verossimilhança da alegação existência de perigo de demora do processo demonstrados- liminar deferida no primeiro grau- presença dos requisitos legais- decisão mantida- decisão unânime.(Agravo de instrumento nº 201800733115 nº único 0010287-25.2018.8.25.000- 1º CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a) Iolanda Santos Guimarães – Julgado em 23/09/2019) (TJ- SE- AI: 00102872520188250000, Relator: Iolanda Santos Guimarães, Data de Julgamento: 23/09/2019, 1º Câmara Cível)

A decisão refere-se a um agravo de instrumento, com pedido de indenização por danos morais e tutela antecipada, alusivo ao sacrifício de animais em cultos religiosos, no caso exposto, ouve ausência de maus tratos e os animais utilizados no ritual também foram aproveitados para a alimentação dos convidados. O juízo deferiu o pedido de antecipação de tutela autorizando o retorno dos animais ao terreiro e a continuidade dos cultos religiosos

Quando se menciona a liberdade religiosa há, ainda, discriminação contra algumas entidades religiosas e rituais, mas isso é considerado crime, segundo a lei nº 9.459 de 06 de Dezembro de 2007, a qual pune com multa e até prisão de um a três anos quem zombar ou ofender outra

pessoa por causa do credo que ela professa, ou impedir e atrapalhar cerimônias religiosas. Nesses casos não cabe fiança. O Tribunal Regional do Trabalho de Rondônia proferiu a seguinte decisão:

CONVIDAR EMPREGADOS PARA ORAÇÕES NO AMBIENTE DE TRABALHO- OFENSA À LIBERDADE RELIGIOSA – DIREITO FUNDAMENTAL (CF/88, Art. 5º, VI.). O direito fundamental de liberdade de culto religioso assegurado pelo art. 5º, VI da Constituição é uma garantia de mão dupla. De sorte que a liberdade do seu exercício é assegurado tanto ao empregado como ao empregador e seus prepostos. Assim, o empregado evangélico não é obrigado a participar da prática de orações católicas que o empregador, chefe ou encarregado. (TRT-15- RO: 43572 SP 043572/2011, Relator: JOSÉ ANTONIO PANCOTTI, Data da publicação: 15/07/2011).

Na jurisprudência acima, a Reclamada obrigava seus empregados a estarem na empresa uma hora antes da abertura do expediente para ofertarem cultos e rezas; porém o empregado era evangélico, ferindo assim sua liberdade religiosa. O art. 5º da Carta Política alude: “A liberdade de consciência e de crença não pode ser violada”; sendo assim, o culto religioso é livre para todos os brasileiros.

A liberdade de crença está prevista no Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288, 20 de Julho de 2010 e Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1977, que consideram a prática de discriminação de raça, ou preconceito contra religiões, apesar de essas leis protegerem a liberdade religiosa, ainda existe um prejulgamento em relação a quem cultua os orixás, por desconhecerem a forma como são realizadas as oferendas.

3 Pensão alimentícia aos animais: direito do senciente e do tutor

Esse capítulo versa como o trâmite da pensão alimentícia, aos animais, funciona no Brasil, quais os direitos do senciente perante seu tutor e quais direitos que o tutor possui sobre o animal.

Há uma tensão entre conceito constitucional de animal (como ser sensível) e o conceito legal (como objeto de direito). Uma possível conciliação de ambos seria concluir que o animal, no direito brasileiro, é uma coisa que não deve ser tratada com crueldade, conclusão filosoficamente muito estranha, pois coisas não podem ser bem ou mal tratadas. Coisas não possuem vida nem sensibilidade. Animais, sim. (JESUS, 2017, p.193).

O Brasil propõe-se a colocação do animal como ser senciente e isso modificaria o Art. 82 do Código Civil (CC), que diz: „ São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social“ (BRASIL, 2002), pois os animais, principalmente os domésticos, passam a ser considerados sencientes, deixam de fazer parte da coisificação descrita na lei civilista, quer seja, deixam de serem bens móveis.

A Lei nº 27, de 07 de agosto de 2019 descoisifica os animais, passando a tratá-los como seres sencientes. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) existem “52 milhões de cães e 22 milhões de gatos dentro das famílias brasileiras, isto é, 44,3% das famílias têm, pelo menos, um cachorro e 17,7% tem pelo menos um gato” (G1.com 2015, Online). quer dizer que, atualmente, a população brasileira tem mais animais de estimação do que crianças. A manutenção de animais de estimação traz despesas as quais devem ser sustentadas pelos seus tutores, independente de quem ficará com a guarda do animal, Dias enfatiza:

[...] quando um casal possui animais de estimação, no caso de separação, restam a eles a responsabilidade na guarda de um dele e ao outro fica assegurado o direito de visitas. Também é possível a imposição de direitos de alimentos, visto que não só pessoas possuem necessidade de sobrevivência. (DIAS, 2013, p.162).

No entendimento dos juízes, os alimentos são um direito exclusivo dos humanos, porém existem algumas decisões que renovam o pagamento de parcelas mensais a animais de estimação, mesmo que a título de ajuda de custo. Esse ainda é um tema novo no setor jurídico, porém cada vez mais tem chamado a atenção dos operadores do direito. Já existem alguns projetos de Lei que visam regulamentar as questões da Pensão Alimentícia dos Animais, como o projeto PSL (Projeto de Lei do Senado) nº542/2018, o qual objetiva alterar o Código de Processo Civil para que possa ser incluso os animais de estimação ao Capítulo das Ações de Família. Como mencionado, existe raríssimos julgados a respeito dos alimentos aos animais. Segue abaixo:

Separação amigável. Acordo dividindo responsabilidade pelos animais. Ex-marido pagará pensão para gatos e cachorro após fim do casamento. Tribunal TJ-SP. Data: 30/08/2019. (...)” Os gatos Cristal, Lua e Frajola e o cachorro Frederico receberão uma pensão vitalícia de R\$104,79 após o fim do casamento de seus donos. O ex-marido será o responsável pelas parcelas. O casal se separou de forma amigável e, depois de uma audiência, as partes conseguiram uma conciliação frutífera.”(Reclamação nº: 0005363-41.2019.8.26.0506, Relator: Juiz Guacy Sibile Leite, data da decisão: 09/04/2019, TJ-SP).

Segundo a reclamada era inviável arcar, sozinha, com as despesas de quatro animais. Sendo assim, entrou com a ação de pedido de alimentos para os bichos. Em um acordo consensual o reclamante comprometeu-se a pagar um valor mensal referente às despesas dos animais até o fim da vida deles.

Na jurisprudência versou sobre a pensão alimentícia ao animal adquirido, na constância do casamento, sendo que eles têm afeto por seus tutores e não é viável apenas uma parte arcar com as despesas de sustento do senciente.

4º VARA CÍVEL DA COMARCA DE PATOS MINAS. A requerida alega que, na constância do matrimônio, as partes adquiriram seis cães de estimação, existindo forte relação afetiva. Assevera que os cães foram deixados sob sua guarda após a separação de fato, e que suas despesas totalizam cerca de R\$400,00 (quatrocentos reais) mensais, razão pela qual requer a condenação do requerido ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) do referido valor. EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDE DO

CASO CONCRETO. 1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da efetividade em relação ao animal como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (...). 3. No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade provada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. (...) 5. A ordem jurídica não pode simplesmente desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo, nos tempos atuais. (...) 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente – dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais – também devem ter seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade (...) (STJ- Resp 1000398-81.2015.8.26.0008 SP 2017/0239804-9 – 4ª Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, publicação em 09/10/2018).

É preciso salientar que, atualmente, os animais são membros da maior parte das famílias brasileiras. As pessoas tratam animais como se fossem filhos, irmãos, amigos. Nessa nova composição, na qual o animal está inserido, é chamada de família multiespécie; o vínculo, que une o ser humano ao animal, é a afetividade, a qual é um elemento suficiente para que possa ser configurada como família; o Direito vem reconhecendo cada vez mais isso.

O judiciário vem buscando uma solução que seja mais benéfica em relação ao animal de estimação, seu afeto com o dono e seus cuidados com ele. Portanto, o juiz analisa se a Guarda do animal é compartilhada, unilateral ou alternada. Na compartilhada em que as decisões são partilhadas as despesas com o animal deverão ser de 50% para cada um dos tutores. Em casa de guarda unilateral em que apenas uma das partes tem o poder de decisão, caberá uma ajuda de custo, pois o animal precisa ir ao veterinário, se alimentar, entre outros. E em caso de guarda alternada não terá essa ajuda de custo, pois o animal ficará um pouco com cada dono e as despesas serão exclusivamente para eles.

Dias aduz que, em relação à pensão alimentícia para os animais, embora não haja no Brasil legislação que ampare esse quesito, não há como o judiciário deixar de dar solução aos casos que chegam ao seu conhecimento e devem julgar, inclusive, utilizando analogia, pois não só as pessoas têm necessidade de sobrevivência, os animais também possuem. Neste sentido é cabível o direito de alimentos aos seres sencientes.

Seu ex-marido ficou com Marcela, uma fêmea de hamster. Elizabeth continuou com Maristela e Francis, duas cachorras. O ex-marido firmou compromisso de pagar pensão alimentícia às cachorras, para auxiliar nas despesas com alimentação, em contrapartida, fixou-se o direito de visitá-las. (SILVA, 2015, p.108).

Pode-se afirmar que os animais vêm ocupando, no Brasil, um lugar diferenciado na sociedade contemporânea, em alguns casos recebem de forma extrajudicial os sobrenomes dos seus tutores. O chamado “Identipet” foi lançado em cartórios de títulos e documentos do Brasil. “O lançamento oficial da plataforma da central nacional de registro de animais de estimação já ocorreu nos Estados do Rio, Paraná, Santa Catarina, Rondônia, Mato Grosso do Sul e Goiás” (ANOREG, 2017,s.p).

Ao assinar esse documento, os tutores ficam responsabilizados em garantir que o animal viva em boas condições de higiene, alimentação, abrigo e saúde para resto de sua vida. Esse documento pode ser feito por qualquer pessoa e garante evitar casos de maus tratos e abandono até ainda de garantir segurança jurídica em caso de separação. Para que isso possa acontecer, o tutor deve apresentar documento de identificação do animal, como carteira de vacinação, cor do pelo, tamanho, raça e data de nascimento e fotos do animal.

Também se pode destacar que é possível um acordo pré-nupcial para que em caso de separação o animal não fique desamparado, devido à falta de legislação específica.

Em razão da falta de legislação específica e no intuito de antecipar a solução para o caso de divórcio futuro, os casais têm elaborado acordo pré-nupcial, incluindo as questões relativas à guarda, direito de visitas e outros interesses relativos aos animais de estimação, como é o caso da ajuda de custo até a morte dos animais. (SILVA, 2015, p.108).

4 Direito de convivência/guarda compartilhada aos animais de estimação.

A família brasileira sofreu transformações com o decorrer dos anos, passando cada vez mais a valorizar o vínculo de afeto com seu animal de estimação. Hoje em dia é muito comum que as famílias optem por ter um

animal do que um filho. Portanto, fica o questionamento de que se caso houver uma separação, com quem ficará o animal? A parte que sair da residência terá direito a conviver com ele? O projeto de Lei, nº 542 de 2018, estabelece o compartilhamento da custódia de animal de estimação de propriedade comum, quando não houver acordo na dissolução do casamento ou da união estável. Existem várias jurisprudências que se referem ao assunto.

GUARDA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. DECISÃO QUE REVOGOU A COMPARTILHADA LIMINARMENTE DEFERIDA. RECURSO PROVIDO. Guarda de animais de estimação. Insurgência contra decisão que revogou a guarda compartilhada dos cães, com alternância de visitas. Efeito suspensivo deferido. Afastada a preliminar de não conhecimento suscitada pelo agravado. Possibilidade de regulamentação da guarda de animais de estimação, seres sencientes, conforme jurisprudência desta C. Câmara e deste E.Tribunal. Probabilidade do direito da agravante, em vista da prova da estreita proximidade com os cães, adquiridos durante o relacionamento das partes. Fatos controvertidos que demandam dilação probatória, justificada, por ora, a divisão da guarda dos cães que ambos litigantes desfrutem da companhia dos animais. Risco de dano à recorrente em aguardar o julgamento final da demanda. Requisitos do art. 300 do CPC configurados. Decisão reformada. Recurso provido. (TJ-SP- Al: 220744323201982600000 SP 2207443-23.2019.8.26.0000, Relator: J.B Paula Lima, Data de Julgamento: 05/11/2019, 10º Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/01/2020)

A jurisprudência se trata de um pedido de guarda compartilhada de animal de estimação; a requerente alega que não quer a propriedade dos animais, mas sim, a sua guarda compartilhada, pois ela tem profundo sentimento de carinho por eles e vice e versa. A guarda dos animais de estimação quando não houver consenso e for disputada judicialmente é semelhante a guarda dos filhos, o juiz tenta um acordo entre as partes; caso não haja este acordo, a interpretação é que o animal fique com quem

possui seu registro e, se não houver, ficará com quem provar ser o responsável, pois o animal não tem o poder de decidir. Geralmente, o Juiz opta pela guarda compartilhada, sendo assim, os dois são responsáveis pelo animal e na divisão das despesas, cabendo o direito de convivência e alternância da moradia do animal.

Também tramita o projeto de Lei nº 7.196, de 2010, que dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores. Uma pesquisa realizada em 2018 pela empresa de pesquisa e mercado CVA, Solutions entrevistou 3.675 donos de cães e 2.270 donos de gatos em todo país e concluíram que os donos de cães gastam em torno de R\$294,00 por mês, sendo que desse valor R\$121,00 são gastos com a alimentação dos animais. Já os donos de gatos gastam, em média, R\$200,00; sendo que R\$90,00 são investidos em alimentação. A pesquisa ainda apontou o que os donos de animais de estimação sentem em relação aos seus pets e concluiu que a maioria os vê como membros da família. (MORAES e LEÃO, 2018)

No que se refere a Guarda do Animal de Estimação o judiciário tem sido bastante firme e compreensivo, o órgão tem o entendimento de que o animal já faz parte do núcleo familiar e que merecem o cuidado na hora de definir a guarda. Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva:

O pensamento dos Tribunais é de que o animal não pode ser objeto de partilha, como se fosse uma coisa, há sentimentos envolvidos, o chamado afeto, é recíproco; ou seja, de ambos os cônjuges pelo animal e do animal pelos tutores. Destaca, ainda, que é fundamental o estabelecimento da guarda compartilhada destes animais em atenção à natureza especial destes seres, mesmo na ausência de legislação específica sobre o tema; aliás, espera-se que os legisladores se sensibilizem para que haja rápida regulamentação da guarda de animais, pois posse é de coisa e guarda é de ser, seja humano, seja animal. (DA SILVA, 2019).

Percebe-se que existe um sentimento de profundo afeto dos tutores com o animal e do animal com seus tutores. A guarda compartilhada é essencial para que o bichinho não desencadeie um quadro de depressão após essa separação, afinal já comprovamos no decorrer deste trabalho que eles são passíveis de dor de sofrimento. “A saída do membro da família mexe com o bem-estar do animal e ele pode apresentar abatimento. Os sintomas são causados pela quebra na rotina, já que alguém que ele convivia deixa de fazer parte do dia a dia”. (ANDA,2018).

Geralmente a decisão, a respeito da guarda compartilhada dos animais, é feita por analogia utilizando a guarda compartilhada dos filhos humanos, menores e incapazes como referência, pois ainda não existe legislação específica para definir a guarda e pensão alimentícia dos animais não humanos.

O presente caso é uma apelação de Ação de divórcio, na qual a autora possui dois animais de estimação, porém só quer ficar com a responsabilidade de cuidar de um.

APELAÇÃO. Ação de divórcio. Sentença de procedência. Inconformismo do réu, revel, com a partilha de animais de estimação.

24

Pretensão de guarda compartilhada, rateando-se as despesas com alimentação e saúde. Descabimento, diante do desinteresse do autor em permanecer com um dos animais. Aplicação no disposto na última parte do artigo 1.584 do CPC, por analogia. Guarda mantida nos termos estabelecidos na r. sentença, com a observação, contudo, acerca da possibilidade de requerer o apelante, em via autônoma, a regulamentação de visitas ao cão que não ficou sob sua guarda, diante do evidente vínculo afetivo, embora não seja possível enfrentamento da questão por ausência de pedido expresso. Recurso que se nega provimento, com observação. (TJ-SP- AC: 10038132020208260001 SP 1003813-20.2020.8.26.0001, Relator: José Rubens Queiroz Gomes, Data de Julgamento: 03/05/2021, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/05/2021).

No caso acima exposto, o autor possui dois animais de estimação, porém esse manifestou vontade de ficar apenas com um e não manifestou vontade nem de visitar aquele que não ficou sob sua responsabilidade. Por não existir legislação específica é aplicado, por analogia, o mesmo tratamento que um filho humano, incapaz teria. O art. 1584 do Código Civil referenda:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

§2º Quando não houver acordo entre mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (BRASIL, 2002)

Portanto, fica a critério recorrente entrar com ação para regulamentar as visitas aos animais.

AGRAVO DE INSTRUMENTO- OBRIGAÇÃO DE FAZER - INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU A TUTELA DE URGÊNCIA REGULAMENTANDO A GUARDA COMPARTILHADA DO ANIMAL DO EX-CASAL- ANIMAL DE ESTIMAÇÃO ADQUIRIDO DURANTE A CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO-POSSE E GUARDA COMPARTILHADA POR MESES APÓS O TÉRMINO DA UNIÃO- AUSÊNCIA DE RISCO OU PERIGO- DECISÃO MANTIDA- RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-SP- Al: 20375177320218260000 SP 2037517-73.2021.8.26.00000, Relator: Erickson Gavazza Marques, Data de Julgamento:19/03/2021,5º Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/03/2021)

Na jurisprudência trata-se de um agravo de instrumento contra a decisão da guarda compartilhada do animal. A agravante diz que agravado nunca assumiu sua responsabilidade com o cão e que o mesmo quando decidiu romper o noivado saiu de casa e abandonou o animal. Alega

também que ter que conviver com o agravado por causa do vínculo com o animal causa muita dor e sofrimento a ela e sua família. Sendo assim, pede que a guarda do animal permaneça exclusivamente com ela.

Por fim o relator diz que não há evidências que o animal teria sido abandonado pelo agravado e que mesmo após o fim do noivado permaneceram dividindo os gastos com o animal por um ano, negou provimento ao recurso.

Existe também um projeto de Lei, o Projeto nº 62/2019, de 04 de Fevereiro de 2019, o qual dispõe:

Art.1º A guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa união estável hetero ou homoafetiva e o vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências.

Art.2º Decretada a dissolução da união estável hetero ou homoafetiva, a separação judicial ou o divórcio pelo juiz, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos animais de estimação, será essa atribuída a quem demonstrar maior vínculo afetivo com o animal e maior capacidade para o exercício da posse responsável.

Parágrafo único. Entende-se como posse responsável os deveres e obrigações atinentes ao direito de possuir um animal de estimação.

Art.3º Para a aplicação desta Lei, o juiz deve observar e subsidiar-se da legislação vigente que regula a manutenção de animais silvestres nativos ou exóticos, domésticos e domesticados, tidos como de estimação.

Art.4º A guarda dos animais de estimação classifica-se em: I-unilateral: quando concedida a uma só das partes; ou

II-compartilhada, quando o exercício da posse responsável foi concedido a ambas as partes.

Art.5º. Para o deferimento da guarda do animal de estimação, o juiz observará as seguintes condições, incumbindo à parte oferecer:

I- ambiente adequado para a morada do animal

II- disponibilidade de tempo, condições de trato, de zelo e de sustento III- o grau de afinidade e afetividade entre o animal e a parte

IV- demais condições que o juiz considerar imprescindíveis para a manutenção da sobrevivência do animal, de acordo com suas características

Art.6º Na audiência de conciliação, o juiz informará às partes a importância, a similitude e direitos, deveres e obrigações a estes atribuídos, bem como as sanções nos casos de descumprimento de cláusulas, as quais serão firmadas em documento próprio juntado aos autos.

§1º Para estabelecer as atribuições das partes e os períodos de convivência com o animal sob a guarda compartilhada, o juiz poderá basear-se em orientação técnico profissional para aplicação ao caso concreto;

§2º Na guarda unilateral, a parte a que não esteja o animal de estimação poderá visitá-lo e tê-lo em sua companhia, podendo, ainda fiscalizar o exercício da posse da outra parte, em atenção às necessidades específicas do animal, e comunicar ao juízo caso de seu descumprimento.

§3º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado das cláusulas da guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, bem como a perda da guarda em favor da outra parte;

§4º Se o juiz verificar que o animal de estimação não deverá permanecer sob a guarda de nenhum de seus detentores, deferi-la-à pessoa que revele compatibilidade com a natureza de medida, consideradas as relações de afinidade e afetividade dos familiares, bem como o local destinado para manutenção de sua sobrevivência.

Art.7º Nenhuma das partes poderá sem anuência de outra realizar cruzamento, alienar o animal de estimação ou seus filhotes advindos do cruzamento, para fins comerciais, sob pena de reparação de danos.

Parágrafo único. Os filhotes advindos do cruzamento dos animais de estimação a que fazem jus as partes deverão ser divididos em igual número, quando possível.

Art.8º A parte que contrair nova união não perde o direito de ter consigo o animal de estimação, que só lhe poderá ser retirado por mandado judicial, provando que não está sendo tratado convenientemente ou em desacordo com as cláusulas, conforme despacho do juiz.

Art.9º Havendo motivos justos poderá o juiz, com cautela e ponderação, fazer uso de outras medidas não tratadas nesta Lei, a bem dos animais de estimação.

Acima vimos como o juiz decidirá como fica a questão da guarda dos animais de estimação, são vários quesitos que influenciam na decisão mas o mais importante será o vínculo de afetividade.

5 Considerações finais

Animais não são objetos descartáveis os quais se usam e jogam fora. Os animais possuem sentimentos característicos ao ser humano, sentem dor, angústia, saudades, carinho, amor. Sendo, assim devemos considerá-los sujeitos de direitos. Portanto, devem ter toda a proteção jurídica necessária para o seu próprio bem-estar como, vida, saúde, integridade, intimidade.

Este trabalho buscou analisar o benefício, aos animais, como seres sencientes, dotados de sentimentos. Pois segundo o projeto de Lei nº 27 de 2018, os animais deixarão de ser considerados bem móveis. Outro aspecto abordado foi à aprovação dos Sacrifícios dos Animais em Religiões e isto, não significa dizer que eles sofrem maus tratos, ou deixam de serem seres sencientes.

Pode-se definir que família é um conjunto de pessoas que vivem sob o mesmo teto, formada por vínculos de sangue, ou afinidade, mesmo sendo interespecies; portanto, o trabalho teve, como intuito, reconhecer os animais como família multiespécie, que é aquelas em que pessoas adorem seus animais como membros das famílias, possuindo um grande vínculo de afinidade. Sendo os animais reconhecidos como membros das famílias brasileiras devem ter um tratamento igual, ou semelhante ao filho humano. Relatou-se que os animais possuem um vínculo afetivo forte com seus tutores.

Analiso como o Judiciário tem atuado nas decisões referentes aos direitos dos animais perante seus tutores, porque, com a falta de legislação específica, as Cortes têm se baseado no vínculo afetivo que os mesmos têm

com seus donos e os donos com eles podendo, assim, concluir-se a possibilidade da concessão de guarda compartilhada e pensão alimentícia para os animais não humanos, e o reconhecimento dos animais no Brasil como sujeitos de direito despersonalizados.

O gato e cachorro representam melhor achegamento com o homem, em 29 de Setembro de 2020 foi sancionada uma lei que tem por finalidade aumentar a pena em casos de crimes de maus-tratos contra animais. Essa lei protege os animais domésticos (cão e gato) contra qualquer tipo de maus-tratos e sua pena é de até cinco anos para quem cometer esse tipo de delito. Essa decisão foi celebrada por muitos senadores e defensores de animais que defendem o bem-estar do animal, pois antes de ser sancionada a pena era de detenção de três meses a um ano com multa.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Nº 62, de 2019**. Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B21985FCB6D3E560DoE9782853D9966A.proposicoesWebExterno1?codteor=1713062&filena me=Avulso+-PL+62/2019

BRASIL. **Lei Nº 12.288, de 20 de Julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm

BRASIL. Senado Federal. Senado aprova projeto que cria natureza jurídica para os animais. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/07/senado-aprova-projeto-que-inclui-direitos-dos-animais-na-legislacao-nacional>

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=407159&ori=1>

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF declara constitucionalidade de lei gaúcha que permite sacrifício de animais em rituais religiosos. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=407159&ori=1>

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. III Congresso Brasileiro de Bioética e Bem-estar Animal resulta na Declaração de Curitiba que afirma que os animais não podem ser tratados como coisas. Disponível em: <https://www.cfmv.gov.br/iii-congresso-brasileiro-de-bioetica-e-bem-estar-animal- resulta-na-declaracao-de-curitiba-que-afirma-que-os-animais-nao-podem-ser-tratados-como-coisas/comunicacao/noticias/2014/08/07/>

CORREIO BRAZILIENSE. Diário de acervo: Cientistas brasileiros afirmam que animais têm sentimentos. 2014. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2014/09/21/interna_ciencia_saude,448119/cientistas-brasileiros-afirmam-que-os-animais-tem-sentimentos.shtml

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.440

DICIONÁRIO ONLINE. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/senciente/>

DISTRITO FEDERAL. TJ-DF 07087321120208070016 DF 0708732-11.2020.8.07.0016, Relator: ARNALDO CORRÊA SILVA, Data de Julgamento: 22/02/2021, Segunda Turma Recursal, Data de Publicação: Publicado no PJe : 03/03/2021 . Pág.: Sem Página Cadastrada. **JusBrasil**. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1174862877/7087321120208070016-df-0708732-1120208070016/inteiro-teor-1174864104>

FLICK, Uwe. Introdução à pesquisa qualitativa. Tradução Joice Elias Costas. 3.ed Porto Alegre: Artmed, 2009

GONÇALVES, Thales Branco. Senciência, guarda e pensão alimentícia: a proteção dos animais de estimação após o término do relacionamento dos respectivos donos. **JusBrasil**. Disponível em: <https://thbrancs.jusbrasil.com.br/artigos/381423990/senciencia-guarda-e-pensao-alimenticia-a-protecao-dos-animais-de-estimacao-apos-o-termino-do-relacionamento-dos-respectivos-donos>

GLOBO. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/03/28/stf-decide-que-e-constitucional-sacrificar-animais-em-cultos-religiosos.ghtml>

GLOBO. Brasileiros têm 52 milhões de cães e 22 milhões de gatos, aponta IBGE. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2015/06/brasileiros-tem-52-milhoes-de-caes-e-22-milhoes-de-gatos-aponta-ibge.html#:~:text=Brasileiros%20t%C3%AAm%2052%20milh%C3%B5es%20de,%2C%20aponta%20IBGE%20%7C%20Natureza%20%7C%20G1&text=44%2C%25%20dos%20lares%20t%C3%AAdados%20se%20referem%20a%202013.>

JESUS, Carlos Frederico de. O animal não humano: sujeito ou objeto de direito? **Revista Diversitas**, USP, 2017, p.180-210.

MORAES, Daniele Alves; LEÃO, Bruna Magalhães da Silva. 2018. Guarda compartilhada de animais. Possibilidades e limites no ordenamento jurídico brasileiro frente à ausência normativa. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/67046/guarda-compartilhada-de-animais/2#:~:text=Em%20outras%20palavras%2C%20o%20Projeto,separa%20o%20A7%20C3%A3%20judicial%20o%20div%20C3%B3rcio%20olitigioso.&text=Entende%20o%20como%20o%20posse%20o%20respons%20C3%A1vel,LEI%20N%C2%BA%2013%2065%20F2015\).](https://jus.com.br/artigos/67046/guarda-compartilhada-de-animais/2#:~:text=Em%20outras%20palavras%2C%20o%20Projeto,separa%20o%20A7%20C3%A3%20judicial%20o%20div%20C3%B3rcio%20olitigioso.&text=Entende%20o%20como%20o%20posse%20o%20respons%20C3%A1vel,LEI%20N%C2%BA%2013%2065%20F2015).) 30

MENDES, Vinicius. Em analogia a pensão alimentícia, animais de estimação são objeto de compartilhamento de despesa. 2019. **Olhar Jurídico**. Disponível em: <https://www.olharjuridico.com.br/noticias/exibir.asp?id=39106¬icia=em-analogia-a-pensao-alimenticia-animais-de-estimacao-sao-objeto-de-compartilhamento-de-despesa>

MEU JURIDICO. Crime de maus tratos a animais qualificados (Lei 14.064/20) – Primeiros apontamentos. 2020. Disponível em:

<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/10/06/crime-de-maus-tratos-animais-qualificado-lei-14-06420-primeiros-apontamentos/#:~:text=O%20artigo%2032%2C%20%2C%20A7%201%2C%20BA,a%20in%20da%20C%20contra%20C3%A3es%20e%20gatos.>

MIGLIAVACCA, Carolina Moraes; KELLERMANN, Larissa Florentino. A guarda compartilhada dos animais domésticos a partir da dissolução matrimonial: estudo de caso. 2019. Disponível em: https://www.rkladvocacia.com/guarda-compartilhada-dos-animais-domesticos-partir-da-dissolucao-matrimonial-estudo-de-caso/#_ftn33

SALOMÃO, Karin. Como o brasileiro cuida e quanto gasta com seus animais de estimação. **CVA Solutions, pesquisa de mercado e consultoria**. Disponível em: <https://www.cvasolutions.com/pt/como-o-brasileiro-cuida-e-quanto-gasta-com-seus-animais-de-estimacao/>

SÃO PAULO. TJ-SP - AC: 10038132020208260001 SP 1003813-20.2020.8.26.0001, Relator: José Rubens Queiroz Gomes, Data de Julgamento: 03/05/2021, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/05/2021 **JusBrasil**. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1202683047/apelacao-civel-ac-10038132020208260001-sp-1003813-2020208260001/inteiro-teor-1202683068>

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. TJ-SP - AC: 10038132020208260001 SP1003813-20.2020.8.26.0001, Relator: José Rubens Queiroz Gomes, Data de Julgamento: 03/05/2021, 7ª Câmara de Direito Privado. **JusBrasil**. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1202683047/apelacao-civel-ac-10038132020208260001-sp-1003813-2020208260001/inteiro-teor-1202683068>

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento: AI 2037517-73.2021.8.26.0000. B.M.Z.A, versus F. DA S.C. Relator: Erickson Gavazza Marques. São Paulo, 19 de março de 2021. **JusBrasil**. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1182692779/agravo-de-instrumento-ai-20375177320218260000-sp-2037517-7320218260000/inteiro-teor-1182692801>

SERGIPE. Tribunal de Justiça. AI: 00102872520188250000, Relator: Iolanda Santos Guimaraes, Data de Julgamento: 23/09/2019, 1ª CÂMARA CÍVEL. **JusBrasil**.

Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761784361/agravo-de-instrumento-ai-102872520188250000>

SILVA, Camilo Henrique. Animais, divórcio e consequências jurídicas. **Revista INTERthesis**. Florianópolis, v.12,n.1,p.102-116, jan./jun, 2015

TORQUES, Ricardo. Direito do animal de estimação ao nome e seu registro público. 2020. **Estratégia**. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/direito-do-animal-de-estimacao-ao-nome-e-seu-registro-publico/>

VI

O Sistema Penal Patriarcal brasileiro e a necessidade de uma criminologia feminista ¹

*Jéssica de Arruda Ribeiro*²

*Priscila Cardoso Werner*³

Introdução

A realização da pesquisa busca demonstrar a necessária visibilidade das questões de gênero, como forma de motivar o enfrentamento à desigualdade existente entre homens e mulheres no âmbito prisional e fora dele. Nesse sentido, há de se falar na realidade em que a mulher encarcerada se encontra, restrita de direitos femininos e a ausência de políticas penitenciárias feministas. Dessa forma, compromete-se a dignidade humana da mulher ao não se elaborar e aplicar políticas aptas a atender as necessidades específicas do gênero feminino em encarceramento.

Com isso, é imprescindível demonstrar a importância de um recorte de gênero no âmbito prisional brasileiro, de modo a garantir condições específicas de saúde e higiene à mulher a fim de concretizar uma criminologia feminista para assegurar os direitos à dignidade humana da mulher em situação de cárcere. Diante disso, a Criminologia Feminista surge como um instrumento apto a desconstruir o Direito Penal Patriarcal vigente, onde a aplicação masculinista de instrumentos criminológicos corrobora

1 Artigo elaborado na disciplina de Trabalho Final de Graduação II como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito

2 Acadêmica do 9º semestre do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). E-mail: jessicadarruda@outlook.com

3 Orientadora. Advogada e Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN), Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA).

para a invisibilidade da mulher em situação de prisão. As bases patriarcais inseridas em todas as esferas sociais, inclusive na criminalidade, constituem o problema principal, do qual o desrespeito aos direitos do gênero feminino em encarceramento representa apenas a consequência.

Assim, a partir da inserção do gênero feminino como sujeito ativo e construtor dos próprios estudos criminológicos será possível desconstruir a lógica masculino-opressora fundante de um Direito Penal patriarcal, proporcionando, portanto, maior visibilidade e suporte jurídico e social para as mulheres encarceradas.

Dessa maneira, para o desenvolvimento da presente pesquisa o método de abordagem empregue é o indutivo. Assim, realizou-se uma análise acerca do desrespeito aos direitos da mulher em situação de cárcere, como por exemplo, a existência ou não de estabelecimentos que tenham creches apropriadas para crianças à cima de 2 (dois) anos, a realidade de celas adequadas para as encarceradas gestantes e lactantes, frente ao direito penal patriarcal, para posterior abordagem da necessidade de formação de uma criminologia feminista que possibilite a implementação de políticas que incluam as especificidades do gênero feminino.

Ademais, para complementar a pesquisa, aliou-se à metodologia o procedimento histórico por acompanhar a construção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana das Mulheres em situação de Cárcere, como também, o estatístico, diante da análise realizada junto aos dados disponibilizados pela plataforma do INFOPEN MULHER 2017.

Portanto, no intuito de enfatizar a linha de pesquisa “Teoria Jurídica, Cidadania e Globalização” é pertinente destacar que a temática aqui exposta é de extrema importância uma vez que buscou-se problematizar a real situação da mulher encarcerada no Brasil frente ao Sistema Penal Patriarcal e a necessária formação de uma criminologia feminista. Tudo isso, explorando as dimensões do direito humano de inviolabilidade da

intimidade e vida privada, vinculando-se diretamente com a permanência do Estado Democrático de Direito e a efetividade do sistema jurídico.

1 O reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 frente as mulheres em situação de cárcere

A desigualdade de gênero existente na sociedade submete a mulher a uma conseqüente desigualdade de tratamento em diversos setores. Nesse sentido, um destes setores é o Sistema Penitenciário, onde se infringe de forma direta a dignidade feminina como poderá ser visualizado mais adiante no presente texto e, conseqüentemente, os direitos fundamentais das mulheres encarceradas.

Conforme menciona Siqueira (2009, p.252), a Segunda Guerra Mundial e os impactos causados pelo nazismo foram fatos determinantes para a mudança de pensamento no que diz respeito à dignidade da pessoa humana. Assim, frente às atrocidades perpetradas pelo nazismo buscou-se um novo paradigma, o qual se traduziu no reconhecimento do valor da dignidade da pessoa humana, ponto nuclear dos direitos humanos.

Dessa forma, a barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos. Assim, surgiu a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial que aproxime o direito da moral. Diante disso, com o fim da Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos tornaram-se uma legítima preocupação internacional e com isso, em 10 de dezembro de 1948, houve a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o maior instrumento de proteção dos direitos do homem no mundo, onde os indivíduos tornaram-se foco de atenção internacional (PIOVESAN, 2013, p.191-192).

Assim, “a coexistência pacífica entre os Estados, combinada com a busca de inéditas formas de cooperação econômica e social e de promoção

universal de direitos humanos, caracterizam a nova configuração da agenda da comunidade internacional” (PIOVESAN, 2013, p.200).

Dessarte, conforme aduz Piovesan (2013, p.200) a Declaração de 1948 demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos, os quais são determinados como universais decorrentes da dignidade humana e não provenientes das peculiaridades sociais, culturais ou econômicas que determinam a sociedade. Nesse sentido, determina o Artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Diante disso, não há de ser falar em dignidade da pessoa humana quando não houver respeito pela vida, integridade física e moral do ser humano, onde não houver limitação do poder, onde a liberdade, autonomia, igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos ou minimamente assegurados. (SARLET, 2012, p.59).

Com isso, conforme refere Sarlet (2012, p.73), a dignidade da pessoa humana nada mais é do que uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, implicando, assim, em um complexo de direitos e deveres fundamentais que garantem as pessoas condições existenciais mínimas para uma vida saudável. Dessa forma, a dignidade humana proporciona uma posição merecedora de respeito por parte dos seres que integram a rede da vida e do Estado, o que motiva a garantia dos direitos fundamentais.

Nesse seguimento, Moraes (2013, p.48) aduz que, a dignidade humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, o qual se manifesta através da autodeterminação consciente e que trás consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas. Assim, constitui-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, sempre enfatizando

a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Diante disso, partindo para uma análise acerca da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, a dignidade da pessoa humana, encontra-se no texto do artigo 1º, inciso III⁴, configurando-se como um dos princípios que norteiam as políticas públicas, uma vez que faz parte dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Slaibi (2006, p. 128) aduz que o valor supremo da Carta Magna é o referente à dignidade da pessoa humana. Assim, a carta constitucional coloca a dignidade humana como sujeito ativo, centro, objeto e fundamento de toda a atividade pública. Ao encontro deste pensamento, “a dignidade da pessoa humana é um superprincípio do sistema jurídico, valor supremo consagrado no texto constitucional e que informa todo o sistema jurídico”. (SIQUEIRA, 2009, p. 253).

Diante disso, resta claro que a dignidade da pessoa humana configura-se como um princípio matriz da Constituição Federal, condicionando a interpretação de suas normas, e ainda conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro, ao lado dos direitos e garantias fundamentais. Assim, a dignidade humana está atrelada a tarefa de interpretação normativa, uma vez que se configura por ser seu ponto de chegada e seu ponto de partida. (PIOVESAN, 2000, p. 54).

Nesse sentido, analisando a garantia dos direitos a dignidade da mulher em situação de cárcere, a qual é assegurada pela carta constitucional, evidencia-se que conforme aborda Espinoza (2013, p.15), a pena de reclusão deveria servir para a reprodução dos papéis femininos construídos gradualmente pela sociedade. Desse modo, a intenção era a domesticação

4 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

das mulheres criminosas e à vigilância de suas sexualidades, com a finalidade de proporcionar a elas a possibilidade de ressocialização.

No entanto, o tratamento da encarcerada é pior que o atribuído aos homens, pois a desigualdade é notória e decorrente de questões culturais vinculadas à visão da mulher como presa e com direitos ao tratamento adequado com as suas necessidades específicas, conforme será especificado mais adiante nesse ponto do estudo. Diante disso, se dá a aplicação do princípio constitucional de individualização da pena, disposto na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XLVIII⁵, o qual determina que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com as peculiaridades do apenado. (BORGES, 2005, p. 87).

Nessa perspectiva, embora a regra constitucional determine a individualização da pena de acordo com especificidades do detento, a prisão para as mulheres é um espaço discriminador e opressivo, a qual se evidencia na visível desigualdade do tratamento que recebe referente à forma em como o Judiciário reage perante o desvio feminino e na concepção que a sociedade atribui ao descaminho. (CASTILHO 2007, p.38).

Diante disso, destaca Santiago (2018, p. 24), que as leis penais e constitucionais não abordam a totalidade das necessidades específicas do gênero feminino em encarceramento, muito pelo contrário, simplesmente as ignoram, como se apenas os homens pudessem adentrar na criminalidade. Afinal, como bem elucida a autora não se espera de uma mulher atitudes agressivas ou desregradas, mas sim a adequação a um padrão maternal, delicado e servil.

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

Nesse sentido, Queiroz (2014), em uma entrevista sobre prisões femininas, evidencia que o poder público ignora o fato de estar lidando com mulheres e oferece um ‘pacote padrão’ muito similar ao masculino, nos quais são ignoradas a menstruação, a maternidade, os cuidados específicos de saúde, assim como outras especificidades femininas.

Assim, a mulher esteve sempre às margens do direito, fato que inviabiliza a concretização e garantias femininas. Conforme elucidam Maia e Biancon (2014, p.128), as sociedades sexistas organizaram o ordenamento jurídico de modo a garantir o establishment, onde as mulheres sofrem uma espécie de *capitis diminutio*, ou seja, passam a ser consideradas à margem do direito, da mesma forma que os presos, e aqueles que têm desenvolvimento mental incompleto, quer sejam crianças, quer sejam deficientes mentais.

Em razão disso, faz-se imprescindível demonstrar, brevemente, a própria evolução da previsão jurídica do Sistema Penitenciário e de que forma o Direito brasileiro o concebe e o organiza. Assim, será compreendida a construção patriarcal por trás do encarceramento e as questões de gênero, objeto desse estudo.

2 O patriarcado como parte integrante do direito penal brasileiro

Antes de pormenorizar a relação existente entre o direito penal brasileiro e o patriarcado, convém discutir o significado deste sistema. O que, verdadeiramente, significa o patriarcado? Para dar início a referida discussão, elege-se a historiadora Gerda Lerner (2019) como marco teórico principal do presente estudo.

O patriarcado nada mais é do que a manifestação e institucionalização da dominância masculina sobre as mulheres no âmbito familiar, como também, em relação à sociedade em geral. Dessa forma, “a definição sugere que homens têm o poder em todas as instituições importantes da

sociedade e que as mulheres são privadas de acesso a esse poder”. (LERNER, 2019, p. 290).

Tal manifestação é uma criação histórica, tendo sua primeira aparição como Estado arcaico, onde sua unidade basilar de organização era formada a partir da família patriarcal, a qual criava suas regras e valores. Assim, os comportamentos atrelados ao gênero eram expressos em leis, valores, costumes e papéis sociais, os quais se tornaram parte da construção da sociedade e do sistema explicativo. (LERNER, 2019, p. 261).

A partir deste marco, originou-se a dominação masculina sobre as mulheres, onde estas eram vistas como mercadorias, compradas em casamentos para benefícios de suas famílias, comercializadas para a escravidão, e ainda sexualizadas, para fins da satisfação de seus senhores. (LERNER, 2019, p. 262). Assim, foi neste momento em que surgiu o primeiro papel social da mulher definido pelo gênero, ser trocada em transação de casamento, já o do homem, destacou-se por ser aquele em que executava a troca ou que estabelecia os termos desta. (LERNER, 2019, p. 623).

“Há milênios, as mulheres participam do processo da própria subordinação por serem psicologicamente moldadas de modo a internalizar a ideia da própria inferioridade”. (LERNER, 2019, p.268). Na Mesopotâmia, por exemplo, a exploração econômica era pautada na transformação da sexualidade feminina em mercadoria, e ainda, seu poder reprodutivo atrelado com a aquisição econômica direta de recurso e pessoas, conforme aborda Lerner (2019, p.265).

Mulheres respeitáveis ganham acesso à classe por meio de pais e marido, mas quebrar as regras sexuais pode rebaixá-las de classe. A definição sexual de “desvio” marca uma mulher como “não respeitável”, o que de fato confere a ela o mais baixo *status* social. As mulheres que se abstêm de serviços heterossexuais (tais como mulheres solteiras, freiras, lésbicas) estão conectadas ao

homem dominante de sua família de origem e, através dele, recebem acesso a recursos.

Nesse sentido, Lerner (2019, p. 265), destaca o paradoxo existente entre o papel decisivo das mulheres na criação da sociedade e seu caráter marginal no processo interpretativo e explicativo, gerador de significado em termos históricos.

Assim, evidencia-se que família patriarcal varia em épocas e locais distintos. Enquanto o patriarcado oriental envolve a poligamia e a prisão de mulheres em haréns de senhores, o patriarcado na Antiguidade Clássica atrela-se a monogamia, porém em duplo padrão sexual, ou seja, as mulheres são parte do sistema. (LERNER, 2019, p.266).

Na mesma linha de pensamento, Mendes (2017, p. 88) enfatiza que o patriarcado se reproduz em suas distintas manifestações histórico, através de variadas instituições, as quais operam como pilares estreitamente ligados entre si para a propagação da desigualdade entre os sexos e a consolidação da discriminação referente as mulheres.

No entanto, embora exista a variação do sistema patriarcal através de distintas manifestações históricas, em todos os casos, estas mudanças não alteram a dominação masculina básica do domínio público e governamental. Diante disso, nota-se que o sistema patriarcal é fundante da atual conjuntura social, Estatal e prisional brasileira, objeto deste estudo, conforme preconiza Mendes (2017, p. 156).

A família é uma peça de engrenagem que alimenta o Estado, e é alimentada pelo mesmo Estado, que dela necessita para garantir a ordem de submissão global. Nesse sentido, o poder punitivo, consolida, em relação às mulheres, de forma transversal na linha de poderes ascendentes, a partir de um conjunto de sujeições, sustentado pela teologia, pela medicina e pelo direito, que conformam um discurso único legitimador do binômio perseguição/repressão.

No mesmo sentido, Facio (1999) enfatiza que “o patriarcado significa uma tomada de poder histórica pelos homens sobre as mulheres, cujo agente ocasional foi a ordem biológica, elevada tanto a categoria política, econômica, quanto a criminal”. Dessa maneira, o poder é sustentado pelo conjunto de instituições a sociedade política e civil, as quais visam reforçar a atual conjuntura social, onde as mulheres sejam subordinadas aos homens em praticamente todos os preceitos da sociedade, ainda que tenham algum poder.

Nessa perspectiva, partindo para uma análise acerca da construção do regime prisional punitivo vigente no Brasil, cumpre referir que este está atrelado ao modelo garantista instituído no país, o qual tem como base o cumprimento do que está positivado, escrito no ordenamento jurídico (ESPINOZA, 2004, p. 88). Assim, demonstra-se que há uma proposta de defesa das garantias fundamentais de acusados e apenados, tendo por base, tanto a Constituição Federal, quanto legislações penais especiais.

No entanto, Espinoza ainda aborda que o garantismo não é o único modelo instituído no ordenamento jurídico e Sistema Penitenciário brasileiro. Há de se falar também na influência do “Movimento da lei e da ordem”, o qual se trata de um movimento que tem como princípio fundamentar o endurecimento das leis penais, aumento das penas e instituição da pena de prisão como punição principal e preferencial.

Desse modo, diante dos dois modelos que abrangem o regime prisional brasileiro, tem-se que “ambas as tendências coexistem no universo legislativo brasileiro, o que explica a não-existência de um modelo de política criminal coerente e único a ser aplicado. Assim, o cidadão comum não consegue se sentir protegido pelo Estado.” (ESPINOZA, 2004, p. 90).

Assim, é justamente esse medo, o qual atinge proporções cada vez maiores, o responsável pelo número crescente de apreciadores do Direito Penal do inimigo, simbólico e, conseqüentemente, superficial, perigoso e

com destinatários previamente elegidos, conforme aborda o Autor Luiz Fernando Kazmierczak (2010, p.82).

Segundo Jesús-María Silva Sanchez, o indivíduo não nasce ‘inimigo’, mas se torna um através do abandono duradouro do Direito e essa ‘transição da condição de ‘cidadão’ para ‘inimigo’ iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas.

Frente a este panorama de endurecimento criminal e as dificuldades enfrentadas no que se refere ao cárcere, no cenário nacional, é possível constatar uma carência de políticas públicas referentes à desolada situação social dos egressos do sistema prisional. Essa carência de políticas públicas atingem as mulheres mais drasticamente, tendo em vista a falta de acesso a creches públicas, espaços para amamentação, questões típicas femininas, mas que são esquecidas e dificultam ainda mais o retorno destas ao mercado de trabalho, aos estudos, a ressocialização com um todo.

Diante disso, progressivamente, além da Carta Magna, surgem legislações aptas para controlar essas situações, como por exemplo, a Lei de Execução Penal (LEP). Instituída em 1984, representa a reposta do ordenamento jurídico brasileiro com o controle carcerário a partir da preocupação com a dignidade da pessoa humana. Assim, “O foco dessa norma não é punir, mas ressocializar os condenados. Além da preocupação com a humanização do sistema prisional, incita os juízes a sentenciar penas alternativas como fianças, serviços comunitários e suspensão condicional da pena” (ESPINOZA, 2004, p. 96-97).

No entanto, apesar dos benefícios advindos das legislações, a problemática consiste no descumprimento da proposta de dignidade humana para todos em situação de cárcere, pois não há como cumpri-las ao omitir as especificidades dos integrantes do ambiente prisional.

Tratando-se das mulheres, o contexto é ainda pior, tendo em vista que a relação destas com o cárcere nunca foi alvo das discussões que envolviam a prisão de uma maneira geral. Isso se dá pela limitação do espaço da mulher ao âmbito doméstico e, conseqüentemente, sua menor tendência a cometer condutas criminosas em relação aos homens. Nesse sentido, importante salientar que embora exista um aumento significativo no número de mulheres encarceradas pelo crime de tráfico de drogas no Brasil⁶, não houve uma reanálise a cerca das especificidades concernentes as questões femininas, tais como, amamentação, gravidez, espaços para os bebês ficarem acolhidos com as mães, entre outras.

O conservadorismo proveniente da consolidação do sistema penal patriarcal impera como política criminal, razão pela qual não há espaço para se considerar as necessidades específicas do gênero feminino dentro do Sistema Penal. O próprio processo de encarceramento, pensado por homens e para homens, afeta de forma ainda mais grave a condição das penitenciárias femininas, onde as mulheres são apenas “jogadas” dentro desses estabelecimentos (QUEIROZ, 2016, p. 132).

Nesse sentido, Espinoza (2004, p.70), aduz que o Sistema Criminal vigente seleciona seus integrantes, punindo de uma forma mais rigorosa os grupos mais estigmatizados, dentre eles, as mulheres. Ainda, a autora ressalta que a criminalidade feminina engloba mulheres com características específicas: socioeconomicamente desfavorecidas, desprovidas de poder e participação social e, em sua maioria, da raça negra.

Conforme doutrina Bianchini (2014, p.32) a hierarquia autoritária do gênero masculino em detrimento do feminino faz com que o homem consiga operar e administrar as relações humanas. Desse modo acontece com

⁶ Dados referentes ao percentual de mulheres encarceradas por tráfico de drogas estão discriminados a seguir, no transcorrer da pesquisa.

a operacionalização do Direito Penal, por exemplo, construído e aplicado por homens, com apenas participações femininas, o que não se faz suficiente para que a mulher realmente seja protegida e tenha garantia de seus direitos tal qual a figura masculina.

Corroborando a perspectiva da autora, Queiroz (2016, p. 104), aborda que as mulheres em situação de prisão são tratadas tal qual aos homens, ou seja, o sistema ignora suas particularidades relacionadas ao gênero feminino, como a realização do exame Papanicolau anualmente, a necessidade de absorventes e exames pré-natais.

Ademais, além da higiene pessoal e dos cuidados médicos específicos, um dos pontos mais importantes que diferenciam as penitenciárias femininas das masculinas é a questão envolvendo a maternidade. Embora o feto seja o resultado da relação de duas pessoas, a maternidade é distinta da paternidade desde a concepção.

Assim, tendo em vista que a criança é gerada dentro do ventre materno, após a prisão de sua genitora, o estabelecimento que necessitará de ajustes, a fim de possibilitar o acompanhamento necessário para a gestante e a criança, é a penitenciária feminina.

Diante disso, a diferença biológica que ocorre no período da gestação, por exemplo, não é justificativa para desigualdades. Nesse sentido, leciona Izquierdo (1990, p.5).

Podemos dizer que sendo o mundo humano um mundo de diferenças individuais, a desigualdade com que são tratados os sexos se traduz em uma indiferenciação entre os indivíduos de um mesmo sexo, ao tornar homogêneas suas características. Junto com isto se produz uma desigualdade entre um sexo e outro de caráter induzido, violentada por todo um sistema de obrigações, proibições e oportunidades distintas para os machos e para as fêmeas.

Dessa maneira, seguindo o pensamento do autor, não há de se negar a existência de diferenças biológicas entre o gênero feminino e o masculino, principalmente ao que se refere ao processo de reprodução, a gestação. No entanto, não é a natureza e sim o ser humano o responsável por colocar essas diferenças em posição de desigualdade, conforme ocorre em vários âmbitos da vida em sociedade, incluindo o sistema carcerário.

Nesse interim, a fim de demonstrar a realidade fática enfrentada pelas mulheres encarceradas, realizou-se uma análise no Levantamento Nacional de informações penitenciárias – INFOPEN MULHERES – Junho/2017⁷, dando enfoque para quatro categorias, são elas: estabelecimentos que tenham creches apropriadas para crianças à cima de 2 (dois) anos; a existência de celas adequadas para as encarceradas gestantes e lactantes, o principal motivador do encarceramento feminino, e por fim, a destinação dos estabelecimentos por gênero.

No que se refere à primeira categoria, evidenciou-se que as condições minimamente adequadas para presas gestantes ou mães não existem nem ao menos em metade das instalações prisionais femininas, contendo somente 0,66 % estabelecimentos femininos ou mistos que têm creche apropriada para receber crianças acima de 2 (dois) anos.

Ainda, quanto a segunda categoria, cumpre destacar o percentual de 40,4%, o qual descreve o número de mulheres gestantes e lactantes que se encontram no sistema prisional feminino e misto, sem celas adequadas para recebê-las que adentam suas especificidades. No tocante ao motivador do encarceramento feminino, a análise do período de 2005-2017, demonstra que o crime de tráfico de drogas se manteve ao longo destes anos como o principal motivador de encarceramento de mulheres no País,

⁷ Os dados utilizados para o seguinte estudo são oriundos do INFOPEN, um sistema do Ministério da Justiça e Segurança Pública, criado em 2004, que fornece dados/estatísticas do sistema prisional brasileiro. (INFOPEN MULHERES, 2017).

sendo o responsável por, aproximadamente, 59,6% das prisões femininas todos os anos.

Por último, acerca da destinação dos estabelecimentos por gênero, observou-se que a grande parte das instalações prisionais, 75%, são destinadas especificamente ao sexo masculino, enquanto 17% são estabelecimentos mistos e apenas 7% exclusivos para o sexo feminino. Dessa forma, embora a população prisional seja em sua maior parte do gênero masculino, a diferença entre o percentual de instalações mistas e femininas é significativa, o que reflete a prioridade do gênero masculino em detrimento do feminino, fazendo com o último fique invisível em relação ao primeiro.

Diante disso do todo discutido, resta claro que a evolução histórica de opressão feminista construiu-se simultaneamente com a estruturação do atual formato jurídico penal. Assim, a mulher integra um grupo vulnerável em relação à criminalização, a qual é embasada estruturalmente em uma ideologia machista, onde as leis são criadas por legisladores e juristas homens que as aplicam de acordo com as suas interpretações (FACIO, 1999, p.59).

Assim, a partir da incorporação do gênero feminino como sujeito ativo e construtor dos próprios estudos criminológicos, resta esclarecer a possibilidade da formação de uma criminologia feminista. Assim, faz-se necessário minimizar a lógica masculino-opressora fundante de um Direito Penal patriarcal proporcionando, portanto, maior visibilidade e suporte jurídico e social para as mulheres encarceradas.

3 O (re)pensar do direito penal patriarcal sob a ótica da criminologia feminista

O objetivo da presente pesquisa não se restringe somente a análise do encarceramento feminino. Pretende-se, ainda, evidenciar o

encarceramento das mulheres a partir de uma criminologia feminista, enfatizando a importância desta para a construção de um tratamento jurídico justo e eficaz no que se relaciona à mulher em situação de prisão.

Nesse sentido, com a intenção de pormenorizar o que seria a criminologia, faz-se imprescindível destacar as diferentes correntes criminológicas relacionadas ao gênero feminino, além do contexto histórico construtor desta, para então em um segundo momento, correlacioná-las.

Para dar início a referida discussão, traz-se a obra que deu origem aos primeiros discursos criminológicos, de autoria de Heinrich Kramer e James Sprenger, “Martelo das Feiticeiras”, onde se estabelece uma relação direta entre a feitiçaria e a mulher, atribuindo a elas palavras pejorativas, como por exemplo, perversidade, malícia, fraqueza física e mental e a pouca fé das mulheres (MENDES, 2017, p.21). Corroborando este pensamento, leciona Kramer e Sprenger (2010, p.114-115).

Não há veneno pior que o das serpentes; não há cólera que vença a da mulher. É melhor viver com um leão e um dragão que morar com uma mulher mal-dosa. E entre o muito que, nessa passagem escriturística, se diz da malícia da mulher, há uma conclusão: “Toda a malícia é leve, comparada com a malícia de uma mulher”. Pelo que S. João Crisóstomo comenta sobre a passagem “É melhor não se casar” (*Mateus*, 19): “Que há de ser a mulher senão uma adversária da amizade, um castigo inevitável um mal necessário, uma tentação natural, uma calamidade desejável, um perigo doméstico, um deleite nocivo, um mal de natureza, pintando com lindas cores. Portanto, sendo pecado dela divorciar-se, conviver com ela passa a ser a tortura necessária: ou cometemos o adultério, repudiando-a, ou somos obrigados a suportar as brigas diárias”.

Dessa maneira, era imputada a figura feminina a culpa por inserir os homens em situações negativas e fora da realidade. Nesse sentido, as mulheres eram vistas como mais fracas em relação aos homens, mentalmente

e fisicamente e, por este motivo, eram mais suscetíveis a se entregarem aos atos de bruxaria. Assim, “a partir dessa ‘teoria’ o poder punitivo consubstancia-se de modo a reforçar seu poder burocrático e a reprimir a dissidência, principalmente, as mulheres” (MENDES, 2017, p. 24).

Dessarte, a figura da bruxa retrata a manipulação e o feitiço, necessários para manter as mulheres dentro do âmbito familiar e doméstico, longe da inserção social, independência e autoafirmação que apenas no âmbito público seria possível. Assim, com as mulheres ainda restritas ao espaço familiar a dominação masculina perduraria até os tempos atuais.

No entanto, a inquisição preponderante na obra “Martelo das Feitiçeras” representa apenas o início das fases de perseguição e repressão às mulheres. O próprio confinamento ao espaço doméstico determina a clara subjugação do gênero feminino, ação que se destaca no enquadramento da mulher em tipos penais específicos, por exemplo. (MENDES, 2017, p. 26).

Com isso, conforme determina Mendes (2017, p. 29), posteriormente ao período referente à Idade Média, a criminologia não mais se preocupou com a mulher, isso pois houve o surgimento da Escola Clássica do direito penal, a qual representa uma “unidade ideológica” que defende o significado político liberal e humanitário.

Corroborando essa perspectiva, a problemática central dos clássicos é o limite do poder de punir frente à liberdade individual. Dessa maneira, o projeto referente a Escola buscava racionalizar o poder punitivo e assim, assegurar a proteção e a liberdade individual dos direitos subjetivos, frente a intervenção estatal arbitrária. (ANDRADE, 2003, p. 47).

Contudo, embora houvesse críticas e reflexões revolucionárias no âmbito penalista, tais percepções iluministas não contemplaram a repressão e perseguição das mulheres. (MENDES, 2017, p. 31). Diante disso, ao desconsiderar o gênero feminino como sujeito de direitos individuais e

garantias subjetivas, a “revolução” iluminista⁸, na prática, não se mostra tão revolucionária como na teoria, uma vez que a pessoa da mulher continuou vulnerável ao poder estatal punitivo, sem qualquer tipo de limitação.

Nesse sentido, a relação existe entre a mulher e a criminologia ressurge, em 1892, com o autor Cesare Lambroso, em sua obra “La Donna Delinquente”. Após evidenciar o perfil do delinquente do sexo masculino, o pesquisador publica a obra em destaque com o objetivo de analisar a mulher envolvida na criminalidade, momento em que consegue agrupar o discurso jurídico, médico e moral (religioso), classificando as mulheres como criminosas ocasionais, natas, criminosas da paixão, criminosas lunáticas e moralmente insanas (MENDES, 20, p. 43).

Dessa maneira, seguindo o pensamento da autora, destaca-se a teoria atávica, a qual evidencia que o gênero feminino é considerado inerte e passivo, sendo mais adaptável e obediente à lei do que os homens. Assim, a grande problemática da mulher seria a amoralidade, não sendo atribuição suficiente para impulsioná-la ao delito, e sim a prostituição.

Frente a isso, a liberdade sexual da mulher era diretamente relacionada ao delito, tendo em vista que a aparência frágil e servil não a permitia possuir desejos sexuais, muito menos se usassem isso como renda, como é o caso das prostitutas. A partir disso, as prostitutas tornam-se a exemplificação de delinquente feminina, a qual resulta de uma predisposição orgânica à loucura moral. (ANITUA, 2008, p. 307).

Nesse sentido, a beleza feminina e a sua capacidade de seduzir eram evocadas para justificar a criminalidade, periculosidade e a prática de delitos. Dessa maneira, referir-se a beleza da mulher significa uma predestinação, conforme aborda Nahoum-Grappe (1990, p. 127), “o pecado original faz sucumbir a bela à tentação (de uma maçã, de uma joia,

⁸ Para aprofundar sobre o tema a autora Carole Patman aborda sobre o contrato sexual.

de uma promessa) e depois cair, numa queda definitiva, inscrita no seu próprio corpo”.

Por outro lado, segundo Mendes (2017, p. 48) há outro tipo de criminosa, aquela com traços masculinos, tanto no físico quanto nas características comportamentais. Diante disso, por romper com o padrão tradicional feminino de delicadeza e comportamento, e possuir características similares ao dos homens, a figura da mulher torna-se perigosa predestinada ao delito.

Assim, evidencia-se o pensamento misógino, uma vez o gênero feminino é estereotipado negativamente em diversas situações. Diante disso, a sociedade delimita o comportamento das mulheres, como se fosse uma característica própria e intrínseca a elas, de modo que qualquer atitude fora do padrão estipulado pela sociedade patriarcal seria um comportamento imoral e próximo ao delito.

Dessa maneira, diante do afastamento da figura feminina frente aos estudos criminológicos, importante destacar o surgimento da vertente criminológica baseada na vitimologia. Nesse sentido, destaca Mendes (2017, p.49).

Outro ponto importante é o fato de que durante muito tempo a criminologia ignorou as vítimas do delito. Quando o interesse por aqueles/as que sofrem as consequências da prática criminosa crescem os estudos nesta área dão lugar a um ramo da criminologia que é a vitimologia que, na sua versão clássica, produziu tantos mitos quanto a criminologia já havia produzido.

Este ramo da criminologia estabelece que as pessoas se colocam em situação de risco por sua própria conduta ou condição. Assim, o crime não seria considerado algo imputado a um único indivíduo, mas sim, a um fato provocado por outrem potencialmente responsável por conceder oportunidades ao autor da prática delituosa. (MENDES, 2017, p. 49).

Frente a este ramo criminológico, faz-se uma correlação com a figura feminina, no sentido de que são criadas justificativas para a prática de crimes sexuais contra as mulheres. “Afinal, pessoas, “normais”, por exemplo, não saem à rua em horários ou situações que sabem perigosas. Assim, como mulheres sedutoras provocam seus violadores”. (MENDES, 2017, p. 49).

Diante disso, percebe-se a invisibilidade feminina, momento em que o Estado de Direito deixa de proteger a vítima para culpá-la, colocando em questão sua forma de se portar, sua vestimenta e sua liberdade sexual. Isto porque, a mulher está condicionada a ser pura, demonstrar doçura, fragilidade e mansidão, como se houvesse um padrão a ser seguido, de acordo com o biológico de cada indivíduo.

No entanto, conforme preconiza Mendes (2017, p. 55) com o surgimento da Criminologia Crítica, tendo como marco principal a obra de Michel Foucault, “Vigiar e Punir”, a perseguição às mulheres, a restrição de seus direitos e liberdade, durante o período da “caça as bruxas”, foram sendo reconhecidos.

Nesse sentido, embora a Criminologia Crítica tenha iniciado um reconhecimento de sujeitos em relação a mulher perante o ordenamento jurídico penal, tal ciência vivencia uma crise. A atual criminologia não consegue por si só solucionar os impasses da sociedade moderna, onde a mídia auxilia diretamente para o engrandecimento de um Direito Penal máximo. Afinal, “que tipo de Estado democrático liberal é este, que além de ser incapaz de proteger seus cidadãos da criminalidade, põe uma faixa cada vez maior da sua população sob supervisão penal?” (YOUNG, 2015, p. 56).

Assim, evidencia-se a necessidade de um novo modelo estudo de criminologia, onde relacione o crime com a conjuntura social, como é o caso da obra de Alvin August de Sá, “Criminologia Clínica e Execução Penal”. Nesse sentido, aduz Sá (2015, p. 121).

A relação entre agentes da criminalidade e sociedade é toda permeada de projeções, transferências e contratransferências, onde as emoções, impulsos, sentimentos, desejos, experiências de ambas as partes se misturam e se confundem. É tentadora a hipótese de que, nessa mistura toda, por força das projeções, transferências e contratransferências, a linha demarcatória entre *integrantes da criminalidade e integrantes da sociedade* torna-se turva, inexistente; a que existe e parece nítida, é fruto de convenção, ou, de ficção. Sim, porque é nesse contexto turvo, de impulsos projetados, transferidos e contratransferidos, que se criam e aplicam as leis, as leis punitivas e demarcatórias.

Diante disso, este ramo criminológico desconstrói o pensamento de que adentrar na criminalidade configura-se algo nato ou patológico, muito pelo contrário, analise o crime como sendo um reflexo da atual conjuntura social. Assim, enfatiza-se uma “linha democrática turva” entre os integrantes da criminalidade e integrantes da sociedade, onde qualquer pessoa está sujeita a adentrar na criminalidade, não sendo esta prática motivo para extrapolar a razoabilidade da pena, a partir da exclusão social e aos direitos inerentes a pessoa humana.

Dessa maneira, no que se refere ao recorte feminino, a criminologia deve levar em consideração esta percepção social no momento da elaboração das leis, a fim de que a mulher seja reconhecida como sujeito de direitos tal como os homens, sendo uma pessoa digna de tratamento humano, mesmo em situação de prisão.

A partir disso, surge a proposta de uma Criminologia Feminista, esta que tem por objetivo a busca pela igualdade de gênero na esfera Penal. Corroborando este pensamento, leciona Mendes (2017, p. 63).

O desenvolvimento feminista da criminologia crítica marca a passagem para a criminologia de correspondente nomenclatura, no âmbito da qual o sistema de justiça criminal passa a ser interpretado sob um viés macrossociológico,

nos termos das categorias patriarcado e gênero. E isso, portanto, dá ensejo às indagações sobre como o sistema de justiça criminal trata a mulher.

Nesse sentido, o desenvolvimento feminista da criminologia crítica representa uma verdadeira evolução dentro da ciência jurídica, área baseada em preceitos patriarcais desde o seu nascimento. Assim, com a inserção de uma Criminologia Feminista, seria viável a concretização de estudos criminológicos capazes de considerar de maneira ampla categorias de patriarcado e gênero.

Diante dessa perspectiva, segundo Andrade (2007, p. 57) o Sistema de Justiça Criminal é incapaz de oferecer o mínimo de proteção à mulher, sendo desigualmente distribuído, não cumprindo sua função de prevenção. Isso pois se trata de um subsistema de controle social, extremamente seletivo e desigual, onde há uma institucionalização de um sistema precognizado na violência, o qual exerce seu poder sobre os mais estigmatizados, como é o caso das mulheres.

No que se refere a seletividade, cumpre referir que esta nada mais é do que a lógica estrutural de funcionamento do atual Sistema de Justiça Criminal, os quais são comuns em sociedades patriarcais. Assim, este sistema opera como se fosse um mecanismo público administrado prioritariamente por homens para o controle de condutas especificamente masculinas, o que confirma o papel masculino na esfera pública da produção material (ANDRADE, 2007, p. 65).

No entanto, enquanto o Sistema de Justiça Criminal é protagonizado por homens, na esfera pública, o mecanismo de controle destinado a figura feminina, enquanto operadoras de papéis femininos dentro da esfera privada, possui sua formação dentro do controle informal familiar, o que acaba por corroborar o sistema patriarcal. Nesse sentido, preconiza, Mendes (2017, p. 67).

O sistema de justiça criminal funciona como um mecanismo público integrativo do controle informal dirigido à mulher, que reforça o controle patriarcal (a estrutura e o símbolo de gênero), ao criminalizar a mulher em algumas situações específicas e, soberanamente, ao reconduzi-la ao lugar da vítima, ou seja, mantendo a *coisa* em seu lugar passivo.

Diante disso, entende-se que o Sistema Penal, dirigido em sua maioria por homens, é estruturado a fim de punir prioritariamente condutas masculinas, fazendo com que a figura da mulher fique desaparecida e continue dentro do âmbito privado. Assim, por consequência da sociedade extremamente patriarcal a mulher sempre esteve a margem, não sendo qualificada como um sujeito de direito, pelo contrário, permanecendo como um sujeito passivo e vulnerável.

Frente a isso, em análise as criminologias expostas, percebe-se que estas foram construídas a partir de discursos sexistas, fazendo com que mesmo nas percepções da criminologia crítica o gênero feminino, embora discutido nos estudos, não é representado como sujeito da referida ciência. Afinal, “no discurso criminológico competente atual, a mulher surge somente em alguns momentos. Mas no máximo como variável, jamais como sujeito” (MENDES, 2017, p. 157).

Dessa maneira, a inserção do gênero feminino como sujeito ativo frente a uma criminologia construída a partir de preceitos patriarcais é praticamente impossível. Por este motivo, defende-se a necessária reformulação da ciência criminológica, a partir de uma universalização de direitos.

Na bem da verdade, a universalização de direitos corresponde ao centro da problemática, uma vez que a partir dela seria possível a minimização de privilégios e posterior equidade entre os cidadãos na esfera pública. No mesmo sentido Biroli (2014, p. 109) leciona que “é possível

suspender as posições e as características concretas dos indivíduos em sociedades nas quais as esferas pública e privada são organizadas por hierarquias e relações de dominação e opressão”.

No entanto, embora seja de suma importância a conscientização da sociedade e humanização feminina frente a invisibilidade das mulheres em relação ao direito penal patriarcal, a união destes por si só não seriam suficientes para alterar significativamente o cenário composto por homens. Dessa maneira, evidencia-se a busca por alternativas concretas e relevantes que alterariam a situação exposta. Assim, determina Sem (2010, p. 247).

Ver os indivíduos como entidades que sentem e têm bem-estar é um reconhecimento importante, mas ficar só nisso implica uma concepção muito restrita da mulher como pessoa. Portanto, compreender o papel da condição de agente é essencial para reconhecer os indivíduos como pessoas responsáveis: nós não estamos apenas sãos ou enfermos, mas também agimos ou nos recusamos a agir, e podemos optar por agir de um modo e não de outro. Assim, nós –mulheres e homens –temos de assumir a responsabilidade por fazer ou não fazer as coisas. Isso faz diferença e precisamos atentar para essa diferença. Esse reconhecimento elementar, embora suficientemente simples em princípio, pode ter implicações rigorosas, seja para a análise social, seja para o raciocínio e a ação práticos.

Dessa maneira, a partir do reconhecimento da figura de agente da mulher, compreendendo seu papel e importância, seria possível alterações rigorosas no sistema preponderantemente patriarcal. Partindo deste ponto, pode-se utilizar uma criminologia feminista com o objetivo de inserir a mulher como sujeito de direitos individuais, tanto na esfera jurídica quanto na penal, possibilitando, portanto, a construção e edição de políticas públicas específicas para as necessidades advindas do gênero feminino, tanto na posição de sujeito autor do crime, quanto de sujeito passivo.

A necessidade de construção de uma criminologia feminista é essencial para que o gênero feminino fique em pé de igualdade em relação ao masculino, frente a esfera jurídico penal. Assim, entende-se que qualquer criminologia, como as anteriormente mencionadas, que não possuir uma perspectiva de gênero, levando em consideração a mulher como sujeito ativo de direitos, será conivente com a perpetuação do sistema patriarcal baseado na perseguição e punição das mulheres.

Nesse sentido, cumpre referir o objetivo da presente pesquisa não é discutir a possível punição ou não das mulheres, muito pelo contrário, objetiva-se demonstrar a forma de como o Sistema Penal vem sendo operacionalizado diante da situação da mulher. Assim, evidenciou-se que a formação de uma criminologia feminista configura-se imprescindível para a alteração do controle penal masculino-opressor atualmente vigente.

Considerações finais

A soma de uma sociedade patriarcal com a negligência estatal em relação as mulheres presas reflete uma realidade misógina e de exclusão, que ocorre tanto dentro quanto fora dos muros das prisões. Dessa forma, a mulher encarcerada encontra-se em uma situação de restrição de direitos femininos, o que compromete diretamente a sua dignidade humana ao não se elaborar e aplicar políticas aptas a atender as necessidades específicas do gênero feminino em encarceramento.

Assim, embora a dignidade da pessoa humana seja um princípio matriz da Constituição Federal, percebe-se que na prática sua aplicabilidade possui falhas. Isso pois, no que se refere ao aprisionamento feminino, objeto de estudo desta pesquisa, o poder público ignora o fato de estar

9 Dessa maneira, evidencia-se que o grande problema é a postura dos agentes do processo que interpretam as normas sem uma educação para estudos de gênero, sem ao menos ter consciência de uma lógica estrutural patriarcal que se esconde atrás de procedimentos processuais.

lidando com mulheres, deixando de levar em consideração as especificidades do gênero, tais como, questões envolvendo a maternidade, exames ginecológicos, ciclo menstrual, entre outras especificidades.

Diante disso, nota-se que a mulher sempre esteve às margens do direito, o que acaba por inviabilizar as garantias femininas. Dessa forma, tendo em vista o gênero feminino sempre esteve limitado ao âmbito doméstico, predestinado a atender o estereotipo de fragilidade, delicadeza e incapacidade de adentrar na criminalidade, demonstra-se a construção patriarcal do Direito Penal brasileiro.

Nesse sentido, tendo em vista que a relação das mulheres com o cárcere nunca foi alvo das discussões que envolviam as prisões de uma maneira geral, evidencia-se que o processo de encarceramento em si, criado por homens para combater condutas propriamente masculinas, afetam diretamente as penitenciárias femininas. Isso pois, a construção de um Direito Penal baseado em preceitos patriarcais acaba por selecionar os integrantes que compõem a criminalidade, punindo mais rigorosamente os grupos estigmatizados, como as mulheres.

Assim, considerando que o direito patriarcal é fundante do atual ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se a reprodução de um sistema social masculino-opressor, onde praticamente inexitem normas aptas a tratar de questões específicas de gênero. Dessa maneira, entende-se que o encarceramento feminino nada mais é do que a realidade social em que as mulheres se encontram, submetidas à exclusão e ao descaso estatal em todas as esferas sociais, sendo o aprisionamento a consequência do problema principal.

Diante disso, a Criminologia Feminista surge como um instrumento apto a minimizar o Direito Patriarcal vigente por muitos anos, possibilitando maior visibilidade da figura feminina como detentora de direitos e garantias individuais, dentro e fora da criminalidade.

Portanto, a concretização da Criminologia Feminista possibilitaria a inserção da mulher como sujeito ativo, propiciando a base estrutural necessária para a elaboração de normas jurídicas que levem em consideração as especificidades do gênero. Assim, posteriormente, seria viável a aplicação de políticas penitenciárias feministas a fim de garantir uma melhora na situação vivenciada pelas mulheres encarceradas no Brasil.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: do controle de violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher**. Revista de Direito Público, n. 17, jul.-ago.-set./2007. p. 52-57.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARAÚJO, Denis Menezes. **Os direitos e garantias fundamentais da presa gestante**. 2018. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-direitos-e-garantias-fundamentais-da-presa-gestante,590925.html#_ftnref14. Acesso em 11 jun. 2020.

BIANCHINI, Alice; Andrade, Léo Rosa. **Inoperatividade do direito penal e flexibilização das garantias**. Direito Penal: aspectos jurídicos contravertidos: São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BIROLI, Flávia. Autonomia, dominação e opressão. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. 1ed. –São Paulo: Boitempo, 2014.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. 1ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

BRASIL, Constituição Federal, (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES**

PENITENCIÁRIAS - INFOPEN MULHERES - Jun/2017. Disponível em <https://carceraria.org.br/mulher-encarcerada/depen-divulga-infopen-mulheres-de-junho-de-2017>. Acesso em: 12 set. 2020.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Execução da pena privativa de liberdade para mulheres:**

a urgência de regime especial. Justiça, São Paulo, jul./dez. 2007.

COELHO NETTO, Helena Henkin; BORGES, Paulo César Corrêa. **A mulher e o Direito**

Penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, a.17, n. 25, 2013.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo.** 1ª ed. São Paulo:

IBCCRIM, 2004.

FACIO, Alda. **Hacia Cuando el Genero Sueno Cambios Trae (una metodología para**

análises de género del fenómeno legal). 3ª ed. San José: Ilanud, 1999.

_____. **Feminismo, género y patriarcado.** In: LORENA, Fries; FACIO, Alda. 1º ed.

Género y derecho. Santiago de Chile: LOM Ediciones: La Morada, 1999.

FACIO, Alda; CAMACHO, Rosália. **Em busca das mulheres perdidas: ou uma**

aproximação crítica à criminologia, In: CLADEM. Mulheres: vigiadas e castigadas. São Paulo, 1995, p. 39-74.

IZQUIERDO, Maria J. **Bases Materiais do Sistema Sexo/Gênero.** Tradução livre SOF –

São Paulo 1990.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito Penal constitucional e exclusão social.** 1ª ed.

Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2010.

LERNER, Guerda. **A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens**. São Paulo: Cultrix, 2019.

MAIA, Jorge Sobral da Silva; BIANCON, Mateus Luiz. **Educação das relações de gênero e em sexualidades: reflexões contemporâneas**. 1ª ed. Curitiba: Appris, 2014.

MENDES, Soraia da Rosa; **Criminologia Feminista: novos paradigmas**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NAHOUM-GRAPPE, Véronique. **Amulher bela**, In: PERROT, Michelle; DUBY, Georges (orgs.). História das mulheres no ocidente. v. 3. Do Renascimento à Idade Moderna. Porto: Afrontamento, 1990. p. 121-139.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2013.

QUEIROZ, Nana. **Entrevista Terra: “Prisões femininas: presas usam miolo de pão como absorvente”**. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/prisoes-femininas-presas-usam-miolo-de-pao-como-absorvente,cbaec6a46c78ba371bf9e9b0dd051cd2i3uRCD.html>. Acesso em: 15 Jun. 2020.

_____. **Presos que menstruam**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

SÁ, Alvin August de. **Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTIAGO, Bruna Rabelo. **Encarceramento e Criminologia Feminista: Uma crítica ao patriarcado de “fora” para “dentro”**. Jacarezinho. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 9ª. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SIQUEIRA JR. Paulo Hamilton. **A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade**. In: MIRANDA, Jorge (coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana – São Paulo: Quartier Latin, 2009

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**; tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. Pensamento criminológico. 3ª reimpressão, 2015.

VII

A inconstitucionalidade do Art. 1641, II do Código Civil

Vanessa Marques Teles¹

Silvia Lopes da Luz²

1 Introdução

Este trabalho aborda a inconstitucionalidade da proibição do direito a escolha, do regime de bens, aos nubentes com idade superior a 70 anos impondo-lhes o regime de separação obrigatória de bens, após idade considerada ‘vulnerável’, cerceando a liberdade de escolha, bem como afrontando a carta Magna, tornando o artigo 1641, inciso II, do Código Civil (CC) inconstitucional. O assunto pertinente a este estudo é o direito à dignidade da pessoa humana e da liberdade de escolha, garantindo aos idosos seus direitos, esta proibição, acredita-se, possui como fundamento proteger os idosos contra uniões regidas pelo interesse financeiro, e proteção aos futuros herdeiros, contrariando o princípio da autonomia de vontade e o regime da capacidade do agente.

Este tema tem relevância na atualidade, pois se tem, como princípio, o Estado Democrático de Direito, que possui, como fundamento basilar, a isonomia e a dignidade da pessoa humana. Análises e comparações traçam o trabalho, com o objetivo de prevalecer a compreensão jurídica de alguns institutos, sendo adotados os meios de pesquisa bibliográfica e documental, doutrinas, artigos científicos. O método dedutivo acompanhará o desenvolvimento da pesquisa e do resultado almejado.

¹ Acadêmica do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil - Campus Santa Maria, E-mail: vanessateles1975@gmail.com.

² Mestra em Patrimônio Cultural, Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Especialista em Direito Público, pela Universidade Franciscana (UFN, anteriormente, UNIFRA), advogada, professora do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA, Santa Maria).

O estudo do tema consiste na perspectiva do reconhecimento da inconstitucionalidade da proibição ao direito a escolha, do regime de bens, aos nubentes com mais de 70 anos, vislumbrando a possibilidade da modificação do art. 1641, II, do Código Civil, por considerá-lo inconstitucional. Ainda que a lei tenha o intuito de defender a vulnerabilidade dos considerados idosos, transformando os portadores de idade superior a setenta anos, em pessoas sem autonomia de vontade o que fere os princípios elencados na Carta Magna de 1988, pois são considerados capazes, salvo raras exceções.

A temática do presente estudo está alinhada a linha de pesquisa e extensão da ULBRA Direito e Cidadania, pois envolve projetos de defesa dos direitos humanos e sua dignidade proteção e promoção dos direitos humanos e ações de modificação para a garantia desses direitos. Ainda, trata da capacidade civil e o direito de família, planejamento e implementação de processos de melhorias na vida social dos indivíduos da faixa etária indicada.

O trabalho será dividido em tópicos, com o intuito de abordar a temática de forma sucinta trazendo, inicialmente, os princípios norteadores do direito das famílias, capacidade civil no ordenamento jurídico de forma a compreender o que prevalece, o exercício de seus direitos e deveres com base na igualdade. Posteriormente, serão abrangidos os diversos tipos de regimes de bens e suas especificações celebrando a diferença entre cada uma das possibilidades existentes. Um estudo breve acerca do contrato de convivência e o pacto antenupcial aventado o papel do estatuto do idoso, enquanto ferramenta protetora aos direitos dos considerados de terceira idade e sua vulnerabilidade. Por fim, será feita uma análise do artigo 1641, inciso II, do CC demonstrando sua inconstitucionalidade frente à Constituição de 1988.

2 Princípios norteadores do direito das famílias

O presente capítulo aborda os princípios constitucionais concernentes ao Direito das Famílias e os direitos dos idosos, conforme o Estatuto do Idoso, não há como adentrar ao estudo em tela, sem referendar alguns princípios, que corroboram o desvelar do Direito.

O significado da palavra “princípio”, na sua forma jurídica, pode ser traduzido como início, doutrina, ideia ou, por que não dizer, valores éticos. Pode-se ter a maior clareza na colocação de Mendes sobre a tradução jurídica de “Princípio”:

Princípios são preceitos, leis ou pressupostos considerados universais que definem as regras pela qual uma sociedade civilizada deve se orientar. Em qualquer lugar do mundo, princípios são incontestáveis, pois, quando adotados não oferecem resistência alguma. Entende-se que a adoção desses princípios está em consonância com o pensamento da sociedade e vale tanto para a elaboração da constituição de um país quanto para acordos políticos entre as nações ou estatutos de condomínio. Vale no âmbito pessoal e profissional”. E o referido autor continua “de maneira geral, os princípios regem a nossa existência e são comuns a todos os povos, culturas, eras e religiões, queiramos ou não. Quem age diferente ou em desacordo com os princípios universais acaba sendo punido pela sociedade e sofre todas as consequências. Mendes (2015, p. 01)

O objetivo principal do Direito é organizar a maneira que a sociedade deve se relacionar tanto no âmbito jurídico entre particulares, ou com o Estado, ainda que os princípios não sejam leis, devem ser obedecidos e respeitados em sua íntegra, sempre sopesando aquele que for o mais relevante para a solução do caso concreto. A Lei nº 10.406, de 10/01/2002 determina serem três os princípios que mais se destacam, sendo eles os princípios da eticidade, da sociabilidade e da operabilidade (neste

encontra-se o princípio da concretude) respaldada a importância destes para garantir os direitos fundamentais, justiça social e o estado democrático de direito. Tais princípios elencados ganharam magnitude com o Código Civil (CC).

Diversos princípios gerais são de imensurável importância ao entendimento jurídico, para o desenvolvido social e individual como os princípios da personalidade, autonomia de vontade, liberdade de estipulação negocial, propriedade, intangibilidade familiar, legitimidade de herança, do direito de testar e os princípios da igualdade e solidariedade social.

O princípio da socialidade trata dos valores coletivos sobre os individuais, o princípio da eticidade do valor e importância da pessoa humana diante de todos os demais valores, neste trata especificamente da valorização e da igualdade. O magistrado utiliza-se destes princípios visando à igualdade social, com base na dignidade humana. Tendo como base os princípios norteadores do Código Civil, com o entendimento que estes não são considerados leis, mas devem ser respeitados e utilizados para que garantam a igualdade de tratamento daquele que busca a tutela jurídica.

Os princípios não são taxativos, mas alguns têm maior relevância em casos específicos de sua aplicação no mundo jurídico, principalmente, quando em conflito com outros princípios; cada situação deve ser interpretada de uma forma diferenciada, observando-se o que está no processo; dentre eles, pode-se destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade, o princípio da liberdade, o princípio da igualdade e direito à diferença, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o princípio da paternidade/maternidade responsável e o princípio da solidariedade e os princípios balizadores dos Direitos dos idosos, alguns serão apenas citados, pois não têm relação com

o trabalho em pauta, apesar de serem relevantes para o Direito das Famílias.

A dignidade da pessoa humana é o vértice do Estado Democrático de Direito fundamentado na nossa Constituição, em seu artigo 1º, III, a partir desse princípio começou-se a valorar as situações existenciais, criando-se tutelas jurídicas voltadas para a qualidade humana, a vida humana e seus direitos não foram mais codificados, mas priorizados:

[...] mesmo que se deva admitir que o princípio da dignidade da pessoa humana como principal elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais também da Constituição de 1988 – o que, de resto, condiz com a sua função como princípio fundamental – também é certo que haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no que diz com a intensidade desta vinculação, é que embora se possa aceitar, ainda mais em face das peculiaridades da Constituição Brasileira, que nem todos os direitos fundamentais tenham fundamento direto na dignidade da pessoa humana, sendo, além disso, correta a afirmação de que o conteúdo em dignidade dos direitos é variável, tais circunstâncias não retiram da dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio fundamental e estruturante, a função de conferir uma determinada (e possível) unidade de sentido ao sistema constitucional de direitos fundamentais, orientando – tal como bem aponta Jorge Reis Novais – inclusive as possibilidades de abertura e atualização do catálogo constitucional de direitos (SARLET, 2015, p. 94).

Um dos princípios mais relevantes do Direito das Famílias é o da liberdade especificado no artigo 1.513, do Código Civil, quando limita a interferência do Estado, ou qualquer indivíduo na constituição familiar, o Estado tem o dever de apoio e assistência, existindo situações em que os órgãos públicos têm a obrigação de agir, não podendo permanecer inertes. O princípio da liberdade será destacado no presente estudo e relacionado ao princípio da autonomia privada, no qual a pessoa poderá não só escolher qual das espécies de famílias pretende formar, incluindo a

unipessoal, ou, se optar por ter uma vida em comum, como casar, ou manter uma união estável, poderá escolher o regime de bens, ressalvado alguns casos específicos do CC, os quais serão aventados nos próximos capítulos.

Os princípios da liberdade/autonomia privada não poderiam ser reduzidos, ou excluídos dos sujeitos de direitos, que sejam absolutamente capazes perante a lei civil, sob pena de contrariar a própria CF, que garante a igualdade de todos perante a lei, conforme se depreende do art. 5º, caput e inciso I:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 2006).

Analisando o texto constitucional pode-se assegurar que não é crível fazer diferenciação entre os futuros nubentes, no que tange à idade, se esta não indicar a incapacidade civil relativa, ou seja, menores de 16 anos, ou situações que envolva portadores do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Não há impedimento de uma pessoa, maior de 70 anos, casar, adotar, ter filhos, constituir família, mas há a vedação de escolher o regime de bens. Tal equívoco grave foi relativamente retificado pelo STF, fulcro na súmula 377, que uniformizou: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Pode-se observar que, para tentar suprir a segregação contida na lei (o CC de 1916, obrigava homens maiores de 60 anos e mulheres maiores de 50 anos a casarem, sob o regime da separação de bens, com fulcro no art. 258, parágrafo único e inciso II, do citado diploma), ao discriminar pessoas maiores de 70 anos e sua possibilidade de escolha do regime de bens, tem-se que a separação

legal, equipara-se à comunhão parcial, mas isso, como entendimento da Suprema Corte.

O constitucionalista Novelino abrilhanta o tema levantado nesse artigo ao brindar com a seguinte assertiva: “a dignidade, em si, não é um direito, mas uma qualidade intrínseca a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito” (2019). Está-se dignificando os idosos, ao permitir que eles escolham o regime de bens, se estão aptos a casar, ou a constituir união estável, por que não respeitar os princípios: “binômio” liberdade e autonomia privada? A súmula da suprema corte está sendo utilizada, amplamente pelos tribunais, pois há o entendimento da falha na norma jurídica ao discriminar os maiores de 70 anos, tentando reverenciar o princípio da dignidade humana, com a súmula 377.

O princípio da liberdade é a segurança que a entidade familiar tem diante do Estado e da sociedade e cada um possui sua liberdade também em família. Garantindo o poder de decisão de sua manutenção, ou extinção, percebe-se que a liberdade é um princípio fundamental no Direito das Famílias, as pessoas são livres para, de forma autônoma, escolherem casar, separar, divorciar, assim como escolher o regime de bens, enfim ter a liberdade. Dias elucida o tema: “Exatamente por afrontar ao princípio da liberdade, é inconstitucional, a imposição coacta do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, conforme o Código Civil em seu artigo (CC. 1641, III).” (DIAS, 2015).

A seguir será tratado o Instituto da Capacidade Civil, podendo esta ser de direito, sendo titular de direitos e deveres, ou de fato, dá-se com a aptidão de exercer pessoalmente os direitos e deveres na ordem civil, insta mencionar como se verá a seguir, que todas as pessoas possuem capacidade de direito, mas nem todas possuem capacidade de fato.

3 O instituto da capacidade civil

Importante ratificar que todo o ser humano tem personalidade jurídica, logo todos possuem aptidão para adquirir direitos, na mesma tangente em que contrai obrigações. Capacidade também tem sentido com a aptidão que a pessoa tem de adquirir e exercer direitos. A capacidade de um indivíduo não pode ser confundida com a personalidade, a capacidade civil está ligada à ideia de aptidão, ou seja, apto ao exercício de direitos civis, mas não pode se confundir com personalidade, todo ser humano tem personalidade.

Existem aqueles que têm capacidade, mas são despersonalizados, conforme a doutrina, o conceito de capacidade admite duas subdivisões sendo a capacidade de Direito ou gozo, ou seja, quem tem capacidade possui capacidade de direito e a capacidade de fato ou de exercício é aquela capacidade de praticar atos pessoalmente. Para possuir a capacidade plena para os atos da vida civil é necessário que se possua as duas capacidades a de fato e de gozo, importante salientar que existe um requisito extra o da Legitimação, que é a capacidade específica, que pode ser observada pelo instituto da outorga marital, onde o cônjuge quando quer vender um imóvel precisa da autorização do outro cônjuge, exceto no regime de separação absoluta.

A capacidade de direito, ou capacidade de gozo, conforme preceitua o art.1º do CC, a pessoa adquire direitos; ou seja, são capazes de adquirir direitos e deles gozar; todos, sem exceção, têm a capacidade de direito, sendo esta capacidade permanente, extinguindo-se apenas com a morte e adquiridas logo ao nascer com vida.

Na capacidade de exercício, ou de fato, a pessoa adquire o direito de exercitar, por si mesma, os atos da vida civil, como comprar, vender, casar, etc. Todas as pessoas têm capacidade de direito, mas nem todas têm

capacidade para desempenhar pessoalmente os atos da vida civil. A aptidão para o exercício dos atos da vida civil, em regra, adquire-se com a maior idade, ou emancipação, porém salienta-se que nem todos podem adquirir a capacidade de fato, ou de exercício como é o caso dos incapazes; maiores de 70 anos, simplesmente, pela idade, não são considerados incapazes.

Insta mencionar, que mudanças foram realizadas pela lei 13.146, de 06 julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que embora não seja o conteúdo do estudo em tela, não deixa de ser importante às diversas conquistas adquiridas hodiernamente:

Capacidade jurídica, aquela delineada no art.2º, e no art.1º do novo diploma, todos possuem, é a chamada capacidade de direito. Nem todos os homens, porém, são detentores da capacidade de fato. Essa capacidade de fato ou de exercício é a aptidão para pessoalmente o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações. (VENOSA, 2015, p.148).

Toda a pessoa possui capacidade de direito, mas não, necessariamente, capacidade de fato, podendo lhe faltar à consciência necessária para a prática pessoal dos atos da vida civil. O Código Civil enfatiza que toda pessoa é capaz de direitos e deveres sendo a incapacidade a exceção, ou seja, são incapazes aqueles discriminados pela legislação. O rol dos incapazes está previsto nos artigos 3º e 4º do Código Civil, não havendo mais diferenciação quanto a incapacidade absoluta ou relativa, em elementos ligados a deficiência física, mental ou intelectual. Assim, a simples existência da deficiência não gera a incapacidade. O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o instituto da capacidade civil ao excluir, como absolutamente incapazes, as pessoas que possuem algum tipo de deficiência, hodiernamente, absolutamente incapazes, são apenas os menores de 16 anos.

Para o estudo em tela, é relevante enfatizar que a pessoa, pela simples idade avançada, não é considerada incapaz, se não restarem dúvidas de que perderam, ou tiveram reduzida a lucidez, dever-se-á ingressar com ação de interdição, devidamente instruída com laudo médico, poderá ser deferida a interdição provisória e depois a definitiva e o juiz irá definir o grau da incapacidade do idoso, se for o caso. Historicamente, ressalta-se, como o faz a consagrada civilista Diniz, que:

[...] é preciso esclarecer que imprescindível será que se tenha um estado duradouro, que justifique, não podendo ser passageiro ou um estado fugaz de falta de percepção. A alteração das faculdades mentais determinante da interdição não consiste em manifestações passageiras, deve ser permanente, podendo não ser contínua. Maria Helena DINIZ (2002, p.180)

Incube atentar ao que diz o Código Civil, em seus artigos 3º e 4º sobre aqueles que são absolutamente incapazes, sendo estes APENAS os menores de 16 anos, sendo a incapacidade relativa os maiores de dezesseis anos e menores de 18 anos, além das hipóteses elencados nos incisos II, III, IV, do art. 4º do código material civil, alterado, pela Lei nº 13.146/15, a legislação prevê as situações em que a pessoa não poderá, por si só, exercer os atos da vida civil, não mencionando, em nenhuma das hipóteses, o fator idade; este, portanto, não retira o direito de exercerem, por si só, os atos da vida civil. A respeito da Capacidade Civil dos idosos, o Estatuto do Idoso (Lei Nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), em seu art. 1º, enfatiza que as pessoas acima de 60 anos fazem parte do rol dos já considerados idosos; porém, no artigo 230 da CF é garantida a dignidade desses indivíduos, assegurando-lhes especial proteção, garantindo por lei o exercício dos atos da vida civil.

O que é relevante para o estudo sobre a capacidade civil das pessoas acima de 60 anos, é que INEXISTE idade máxima, na legislação, para que

eles possam exercer, livremente, todos os atos da vida civil, conforme preconiza o Estatuto do Idoso, em seu Art. 2º:

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (DIAS, 2017).

Observa-se a clareza acerca da garantia dos direitos fundamentais e as condições de liberdade e dignidade da pessoa humana, enfatizando que inexistente limite máximo de idade para o indivíduo dispor sobre seus interesses, ser idoso não pode ser considerado, por si só, como causa de incapacidade, como pode ser observado nos limites de idade para atos da vida civil, não existindo limitação de idade para que o indivíduo possa dirigir, determinando apenas que se realizem exames a cada três anos, após os 65 anos, isto para que haja avaliação das condições de visão e capacidade psicotécnica, para a condução veicular, outro exemplo, que não pode ser mensurado pela idade, é para compra e venda de imóveis, podendo vender ou comprar a qualquer tempo não sendo, por si só, a idade, motivo para ter autorização, ou anuência para a realização do negócio; não há qualquer determinação legal para que necessite autorização dos filhos para realização de negócios jurídicos, exceto aquelas que, por meio legal, perderam esse direito (como no caso de incapacidade em decorrência de alguma doença, como Alzheimer), que deverá ocorrer apenas por determinação judicial, também não há previsão legal e nem referência à idade para que se fale em doação de bens, a limitação é de percentual do patrimônio, quando existirem herdeiros necessários (filhos, netos ou mesmo pais). Um idoso pode doar até 50% do seu patrimônio para qualquer pessoa, seja em vida ou em testamento. Mas deve preservar os

outros 50% para os herdeiros, podendo, inclusive, a realização de empréstimo consignado onde o INSS considera 80 anos e determina o número de parcelas a 96 anos para servidores públicos, ficando evidente que a idade não é considerada limitação para o exercício da capacidade (BRASIL, 2014).

Nenhuma pessoa pode ser impedida de gerir sua vida e seus atos civis, em função de sua idade, salvo se for demonstrada a incapacidade, por meio do devido processo legal, conhecido como interdição judicial, ou tomada de decisão apoiada, a capacidade civil só deve ser questionada se houver algum indício de senilidade, doença de Alzheimer, ou outra situação, que inviabilize a tomada de decisões (como os determinados no art. 4º do CC, ou outras causas, que podem ocorrer a qualquer pessoa) necessitando de sentença judicial, com trânsito em julgado limitando sua capacidade e nomeando um curador, ou apoiadores, se for o caso da tomada de decisão apoiada; ou seja, deverá ocorrer um processo de interdição judicial, para que, somente após, seja configurada sua incapacidade; de acordo com o artigo 751 do CPC, o juiz deve entrevistar o possível interditado minuciosamente e, caso a pessoa interessada não possa deslocar-se, está previsto que o magistrado vá ao seu encontro, onde estiver, devendo ser acompanhada por um especialista.

O artigo 1521, do Código Civil, elenca quem “NÃO PODE” casar, tais proibições consideradas protetivas aos vínculos familiares, a fim de não haver confusão quanto à relação de parentesco, para evitar a bigamia, ou união com aquele que praticou homicídio, ou tentativa de homicídio contra o marido/mulher de quem pretenda convocar núpcias, por motivos óbvios; tais impedimentos tornam o casamento nulo; porém, no caso em tela, em nenhuma das proibições inseridas menciona o fator idade avançada como proibição, mencionando, neste artigo, apenas os fatores de nulidade de cunho moral; em análise ao artigo 1522, do Diploma Civil citado,

permite que os possíveis impedimentos possam ser opostos até o momento de sua celebração por qualquer pessoa capaz de salientar com base na inteligência dos artigos supracitados que nenhum deles menciona o fator idade como impedimento ao casamento e nem faz referência ao fator idade como obstáculo aos critérios exigidos, mencionando no artigo 1523 do Código Civil, os que não devem casar enquanto não houver a realização de determinados atos deliberativos, como, por exemplo, o viúvo antes da realização do inventário; porém, em nenhum momento menciona o fator idade como impedimento para a realização do casamento e nem faz menção a capacidade da escolha, quanto ao regime de bens que estes devem escolher.

Já a proibição expressa, no art. 1641, II do CC, contraria a dignidade humana, uma vez que a idade não é causa de incapacidade civil e nem deve se limitar a possibilidade de pessoas unirem-se em matrimônio, com a liberdade de realizar um pacto antenupcial, ou de convivência, retirar esse direito a quem tem sua capacidade civil pode ser considerado inconstitucional. Tratar-se-á nos próximos capítulos, do regime de bens dispostos no Código Civil de 2002, distinguindo as diferenças entre as quatro modalidades patrimoniais.

4 O regime de bens no Código Civil de 2002

Ao fazer referência ao CC, além de acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade e nas relações familiares, estas elencadas no inciso I, artigo 5º da Carta Política onde diz: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (MORAES, 2013).

O Código Civil trouxe mudanças no referente aos direitos e deveres, que estabelecem as relações entre os cônjuges e, em seu artigo 1.509, prevê o casamento como uma comunhão plena de vida, tendo como base a igualdade entre os mesmos. O regime de bens é a forma pela qual o casal

disciplina a relação patrimonial durante o casamento; com essas medidas, pode-se dar aos nubentes os mesmos direitos e obrigações durante a relação matrimonial, como a escolha do regime de bens, desde que não seja considerada nula, ou que contrarie os dispositivos legais.

Toda a relação jurídica e econômica, que vigorará durante o matrimônio, será pautada pelo regime escolhido através do pacto antenupcial, se casamento, ou contrato de convivência, se união estável podendo os nubentes estabelecerem suas escolhas assim disserta Maria Berenice Dias:

Livres são os nubentes, podendo estabelecer um regime peculiar. Livremente, por pacto antenupcial, promovem a auto-regulamentação com relação aos bens particulares e ao que for adquirido durante o casamento. Pode ser adotado um regime e, com referência a determinados bens, ser eleito outro. Assim, é possível ser escolhido o regime da separação total, estipulando-se, somente com relação a um bem presente ou futuro, o regime da comunhão. Do mesmo modo, nada impede que seja escolhido um regime para vigorar durante algum tempo, alterando-se para outro a partir de data certa ou evento incerto, como, por exemplo, o nascimento de filhos. (DIAS, 2015, p. 203)

O Casamento, ou a união estável estabelece não somente a comunhão, mas interfere no plano econômico; por criar uma vida comum, foi necessário estabelecer a regulamentação patrimonial. A escolha do regime de bens aos nubentes é livre e deve ocorrer antes do casamento; os regimes de bens permitidos no Diploma Civil são: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação obrigatória, separação convencional de bens e o da participação final nos aquestos. Antes de elucidar a diferença entre eles, insta mencionar o que estabelece o artigo 1640 do CC:

Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas (BRASIL, 2006).

Os regimes devem ser escolhidos pelos nubentes antes do casamento (através do pacto antenupcial, no casamento, ou contrato de convivência, se união estável) o artigo 1.640, do CC prevê que, quando não houver prévia definição, o regime estipulado pela lei será o da comunhão parcial, este estipula que os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam entre os contratantes, como bem salienta Maria Helena Diniz:

Uma vez realizado o matrimônio, surgem direitos e obrigações em relação à pessoa e aos bens patrimoniais dos cônjuges. A essência das relações econômicas entre os consortes reside, indubitavelmente, no regime matrimonial de bens, que está submetido a normas especiais disciplinadoras de seus efeitos. De forma que o regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É constituído, portanto, por normas que regem as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários. Logo, trata-se do estatuto patrimonial dos consortes, que começa a vigorar desde a data do casamento (CC, art. 1639, parágrafo 1º) por ser o matrimônio o termo inicial do regime de bens, decorrente ele da lei ou de pacto; logo, nenhum regime matrimonial pode ter início em data anterior ou posterior ao ato nupcial, pois começa, por imposição legal, a vigorar desde a data do casamento. DINIZ (2015, p.169).

Presume-se que existe uma convenção mútua entre marido e mulher, não necessariamente de cunho material, mas moral, entretanto, nada mais

justo que os bens, anteriormente adquiridos, permaneçam sob os cuidados e direitos de apenas um deles; para que tais bens não sofram qualquer influência ao matrimônio e, em caso de dissolução desta sociedade, não serão atribuídos ao outro.

Não menos importante o que diz o artigo 1659 do CC inciso I, que assim determina: “Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar”. Interpretando o artigo tem-se o citado acima, os bens que cada cônjuge possuía, antes de casar, não se comunicam, incluindo aqueles que sejam recebidos por doação ou sucessão.

Sobre o regime universal de bens o artigo 1667 do CC, menciona que todos os bens se comunicam entre si, os adquiridos na constância, incluindo os adquiridos anteriormente ao casamento; logo, em caso de separação, todos os bens serão partilhados, incluindo as dívidas, mas devendo ser respeitadas as exceções previstas no artigo 1668 do diploma civilista, que esclarece que são excluídos da comunhão os bens doados, ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade, quando a doação é feita e nela consta cláusula que o bem não comunicará, em caso de morte, ou divórcio, ainda os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário.

O regime da separação total dos bens está grafado no artigo 1.641, I a III, do CC, esse regime diz que não há comunicação dos bens devido ao casamento, ou anterior a essa união podendo ser escolhido pelos nubentes, ou seja, o regime da separação total dos bens é legal (obrigatório) e convencional, uma das características ao regime da separação de bens são referentes à administração dos bens, à liberdade para dispor do patrimônio, à responsabilidade individual pelas dívidas, ou obrigações assumidas e à necessidade de se fazer o pacto antenupcial, se a separação

for a convencional. Ainda que considerada a individualidade, nada impede que o casal adquira algum bem conjuntamente, que seja colocado em nome de ambos ocorrendo, nesse caso, um condomínio e não a comunhão de bens, mas se algum bem for adquirido em nome de apenas dos cônjuges com o esforço dos dois, aquele que não tiver o bem em seu nome deverá ser indenizado por conta da contribuição. Na hipótese da separação obrigatória legal, pacificou o Supremo Tribunal Federal (STF) o seguinte consenso, com a Súmula 377 do “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

A novidade do CC refere-se ao Regime da Participação Final dos Aquestos trata-se de um regime híbrido; ou seja, misto de dois outros regimes, sendo que o que vigora é que, durante o casamento, as regras aplicáveis são as mesmas do regime da separação total dos bens e, quando dissolvida à sociedade conjugal, as regras serão as da comunhão parcial; explica-se, durante o casamento não haveria comunicação entre os bens, os quais só se comunicariam ao fim do casamento. Assim esclarece o elaborador do Anteprojeto da parte de Direito de Família Clovis Couto e Silva:

Sob a denominação de “regime de participação final nos aquestos”, para distingui-lo do regime de comunhão parcial, que implica aquela participação desde a celebração do casamento, prevê-se um novo regime de bens que poderá atender a situações especiais, tal como se verifica nas Nações que vão atingindo maior grau de desenvolvimento, sendo frequente o caso de ambos os cônjuges exercerem atividades empresariais distintas (BRASIL, 2006).

Este pode ser considerado um dos mais justos no referente à divisão dos bens, pois o cônjuge somente receberá o correspondente a sua contribuição, além de cada um administrar seus próprios bens, é preciso lembrar que os reflexos por este regime só ocorrem com a efetiva

dissolução da sociedade conjugal; no entanto, esse regime não é usual no país.

Há duas outras possibilidades permitidas para dar segurança e garantia aos que desejam determinar o regime de bens que regerão a união, o tema tratado, no próximo capítulo, tem o pacto antenupcial para nubentes, no caso de casamentos, e o contrato de convivência, nas uniões estáveis para os conviventes, refletindo seus efeitos nos direitos sucessórios.

4.1 O contrato de convivência e o pacto antenupcial

O Contrato de convivência e o pacto antenupcial referem-se à liberdade contratual que os nubentes possuem para a escolha de regime diverso do legal, poderão optar pelo pacto antenupcial, no caso de casamentos, e o contrato de convivência, nas uniões estáveis, ambos são meios pelos quais os nubentes, ou os conviventes, determinam os regimes de bens que regerão a união, Nader se posiciona:

[..] há uma decorrência lógica do princípio da liberdade na escolha do regime matrimonial de bens que é a possibilidade de os nubentes firmarem pacto nupcial, também designado de convenção matrimonial ou pacto do tal. Pacto antenupcial é o contrato solene, realizado antes do casamento, por meio do qual as partes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre elas, durante o casamento, estabelecendo também todas as propriedades, as aquisições, os créditos e as dívidas, presentes e futuras, dos esposos (RODRIGUES, 2015, p. 121 apud NADER, 2015, p. 437- 438).

O pacto antenupcial deve ser feito através de escritura pública, em cartório de notas, que deve regular o regime de bens do futuro casamento, no caso de opção por regime distinto do regime legal. Deve o regime escolhido ser diverso do regime legal, a escritura publica é a condição de validade do pacto antenupcial, expressa no artigo 1653 da lei civilista, este

deve ser feito em cartório, antes da celebração do casamento, sob pena de nulidade, sendo este um ato jurídico acessório ao casamento.

O pacto de convivência, entre os conviventes de união estável, trata-se de um instrumento firmado pelo casal, nesse documento se dispõem as regras que regem essa relação, aplicando-se as normas dos contratos, no pacto de convivência o casal pode estabelecer sobre seus termos, desde que não contrarie os dispositivos da lei, podendo afastar o regime da comunhão parcial de bens. Insta mencionar que tanto no pacto antenupcial como no contrato de convivência é importante a presença de um advogado para que as cláusulas, que constam no pacto, possuam a referida eficácia e a validade necessária para o documento.

Ainda que a própria lei autorize aos nubentes as várias possibilidades de escolha, quanto ao regime de bens, o artigo 1641 do código civil enumera os casos em que há determinação obrigatória da separação de bens, ainda que evidente a inconstitucionalidade desta vedação, aos que possuem mais de 70 anos, o próximo capítulo fará referência ao estudo desse artigo, ainda que o ordenamento jurídico tenha a intenção de proteger o idoso, tal medida fere os princípios constitucionais, no que concerne a autonomia de vontade, ferindo a dignidade dos idosos.

5 A inconstitucionalidade do Art. 1641, II do Código Civil

O artigo 1.641, do CC, enumera os casos de obrigatoriedade do regime da separação ‘obrigatória’ de bens, o inciso II desse artigo estabelece quem devem adotar o regime de separação obrigatória de bens, pessoas com 70 anos ou mais, sendo um, ou ambos os noivos com essa idade, fica evidente a inconstitucionalidade da vedação da escolha do regime de bens a essas pessoas. O Ministro Ruy Rosado de Aguiar cita o autor Rolf Madaleno e propôs a revogação do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, com a seguinte justificativa:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inscrito no pórtico da Carta Magna (CF, art. 1º, inc. III). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar de presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair casamento pelo regime de bens que melhor consulte seus interesses. Rolf Madaleno (2018, p.114)

Os Septuagenários têm, como outro qualquer cidadão, deveres e direitos, não sendo a idade fator relevante ao cominado na legislação, que não permite a estes a escolha do regime de bens, impondo-lhe a idade como objeto de sanção à autonomia privada, como se fossem menos capazes que as demais pessoas, o impedimento que o artigo lhes impõe, viola princípios e garantias fundamentais.

Se o legislador quis “proteger a pessoa idosa”, isso é irrelevante, pois a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*) não deve ser considerada na interpretação da norma jurídica; o abalo moral às pessoas, dessa faixa etária, é evidente, pois são consideradas senis, incapazes de cuidar de seu patrimônio, incapazes de escolher, incapazes de amar livremente.

Processo nº 1000633-29.2016.8.26.0100 – Parecer 220/2016-E UNIÃO ESTÁVEL – REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA – Segundo a jurisprudência do E. STJ, aplica-se à união estável o art. 1641, II, do CC – É a idade dos conviventes no início da convivência que importa para eventual imposição do regime de separação de bens, sendo irrelevante o momento em que eventualmente venham a formalizar a união, por meio de escritura pública – Salvo raras exceções, não cabe ao Tabelião ou ao Registrador colher provas da veracidade das idades que os conviventes declararem por ocasião da escritura pública de união estável – Recurso desprovido.

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça,

Cuida-se de recurso interposto pelo Ministério Público, em face de r. sentença que determinou registro de escritura pública de união estável, prevendo regime de comunhão parcial de bens, embora lavrada quando o convivente já contava mais de setenta anos. Sustenta o recorrente que a idade a determinar a aplicação do art. 1641, II, do CC, impondo regime de separação de bens, é aquela da época da lavratura da escritura, ainda que os conviventes declarem que a união teve início ao tempo em que nenhum dos dois havia completado setenta anos, como forma de evitar que o instrumento passe a servir de subterfúgio a quem pretenda fraudar terceiros credores.

Em primeiro grau, previamente à sentença, o Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo e a ARPEN-SP manifestaram-se pela validade da escritura e pela regularidade do registro pretendido.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso. É o relatório. Preambularmente, cumpre rememorar a existência de acirrado debate acerca da constitucionalidade do art. 1641, II, do Código Civil. Não faltam doutrinadores a sustentar que a norma viola princípios como os da isonomia, da intimidade e da dignidade da pessoa humana:

Com os magistérios de Milton Paulo de Carvalho Filho:

“Contudo, a jurisprudência e a doutrina observam que o referido dispositivo (art. 1.641, II) fere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica e da intimidade, bem como a garantia do justo processo da lei, esse tomado na acepção substantiva, firmando entendimento no sentido de que a norma contida no artigo em exame, que repete aquela contida no art. 258, parágrafo único, II, do CC anterior, não foi recepcionado pela CR. Isso porque o nubente ou o companheiro com 70 anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e para a livre disposição de seus bens. Não há justificativa a amparar o intuito da disposição legal de reduzir a autonomia do cônjuge ou do companheiro, em evidente contrariedade à lei Maior (veja-se a propósito o brilhante acórdão proferido nos

autos da Ap. Cível n. 007.512-4/2-00, da 2ª Câm. Do TJSP, em que foi relator o atual Ministro do STF Cezar Peluso, então desembargador daquele egrégio tribunal). ” (Código Civil Comentado, São Paulo: Manole, 10ª ed., 2016, p. 1944)

Não destoam do entendimento aludido os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

“Das várias previsões que visam negar efeitos de ordem patrimonial ao casamento, a mais desarrazoada é a imposta aos nubentes maiores de 70 anos (CC 1.641 II), em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constituiu em verdadeira sanção. Somente quando o casamento é antecedido de união estável não vigora a odiosa restrição, podendo os noivos optar pelo regime de bens que desejarem.

Trata-se de presunção juris et de jure de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição da incomunicabilidade é absoluta, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal.

Nas demais hipóteses em que a lei impõe esse regime de bens, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial. Consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém (CC 1.641 I). Além disso, a restrição é reversível. Pode o juiz excluir dita apenação (CC 1.523 parágrafo único). Essa chance não é dada aos noivos idosos. Mesmo que provem a sinceridade do seu amor, sua higidez mental ou que sequer têm família a quem deixar seus bens. Não há opção. A lei é implacável. Essa restrição não existe na união estável. Mas como a limitação acabava tornando mais vantajosa a união informal, passou a jurisprudência a impor o regime da separação também à união estável. Surpreendentemente é feita interpretação analógica para limitar direitos. ” (Manual de Direito das Famílias, São Paulo: Revista dos Tribunais, 11ª ed., 2016, p. 254/255)

Ainda que se a tome por constitucional, surge outra discussão de relevo, relacionada à aplicabilidade da referida norma à união estável, por analogia. Ainda com Maria Berenice Dias:

“Havia uma circunstância que talvez fizesse a união estável mais vantajosa do que o casamento: quando um, ou ambos, têm mais de 70 anos. Para quem casar depois dessa idade, o casamento não gera efeitos patrimoniais. É o que diz a lei (CC 1.641, II), que impõe o regime da separação obrigatória de bens. Como essa limitação não existe na união estável, não cabe interpretação analógica para restringir direitos. No entanto, o STJ estende a limitação também à união estável.” (Manual de Direito das Famílias, São Paulo: Revista dos Tribunais, 11ª ed., 2016, p. 254/255)

Já para Milton Paulo de Carvalho Filho:

“O inciso II do art. 1641 prevê a obrigatoriedade do regime da separação de bens às pessoas com 70 anos ou mais que contraírem matrimônio. O art. 1723 não faz referência à idade dos companheiros nem, tampouco, o artigo ora comentado ou qualquer outro dispositivo legal, estabelece limite máximo de idade para a adoção do regime de bens pelos companheiros. Portanto, este inciso também não tem aplicação à união estável.” (Código Civil Comentado, São Paulo: Manole, 10ª ed., 2016, p. 1944)

Tais teses, ao menos por ora, não comportaram acolhida das Cortes brasileiras, que têm decidido pela constitucionalidade do art. 1641, II, da Lei Civil, bem como por sua incidência às hipóteses de união estável. De rigor, então, analisar em qual momento a idade dos conviventes deve ser considerada, para fins de eventual imposição do regime de separação de bens.

Como se nota do v. acórdão colacionado a fls. 13/28, o E. Superior Tribunal de Justiça reiterou ser o início da convivência, com os requisitos elencados no art. 1723 do Código Civil, o marco a determinar o regime de bens entre os conviventes, ainda que, posteriormente, lavrem escritura pública de união estável.

“Nessa toada, verifica-se que, no caso, por ocasião do início da união estável, ou seja, aos 2/11/1999, o ex-companheiro C.G.G. não contava com sessenta anos. Tinha bem menos, 54 anos, de modo que, à luz da orientação jurisprudencial citada, não incidia a imposição do regime da separação obrigatória de bens à sua união estável.” (Recurso Especial 1.383.624/MG, Relator: Ministro Moura Ribeiro, DJ 12/6/15)

Aquela Corte já havia prolatado decisões outras que apontavam para o mesmo Norte:

“É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação originária do art. 1.641, II, do Código Civil, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento.” (REsp 1403419 / MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJE 14/11/2014; grifos não constam do original)

“Devem ser estendidas, aos companheiros, as mesmas limitações previstas para o casamento, no caso de um dos conviventes já contar com mais de sessenta anos à época do início do relacionamento, tendo em vista a impossibilidade de se prestigiar a união estável em detrimento do casamento.” (RESP 1.369.860, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19/8/2014; grifos não constam do original)

Sedimentado, ainda, que o contrato de convivência pode ser firmado a qualquer tempo, disciplinando efeitos de situação fática que lhe será preexistente. Pertinentes, ainda uma vez, as palavras de Maria Berenice Dias:

“No entanto, há a possibilidade de os conviventes, a qualquer tempo (antes, durante, ou mesmo depois de dissolvida a união), regularem da forma que lhes aprouver as questões patrimoniais, agregando, inclusive, efeito retroativo às deliberações.” (Manual de Direito das Famílias, São Paulo: Revista dos Tribunais, 11ª ed., 2016, p. 255/256)

Aliás, será raro que o documento marque o início da união estável. Deveras, a iniciativa de elaborar contrato surgirá, no mais das vezes, quando a convivência já se tiver tornado pública, contínua, duradoura e com o fim de constituir família. Nos moldes da orientação do E. STJ:

“A união estável, como situação de fato não se sujeita a nenhuma solenidade. Normalmente, concretizar-se-á com o decorrer do tempo, pois não há como saber previamente se ela será duradoura e estável. Dessa forma, eventual contrato de convivência pode ser formalizado a qualquer momento, seja na sua constância seja previamente ao seu início. Isso se justifica, pois, como não se submetem às solenidades e rigores do casamento, os conviventes possuem maior liberdade para decidir o momento em que vão celebrar o contrato. Além disso, o que não é proibido ou contrário a lei, presume-se permitido.” (Recurso Especial 1.383.624/MG, Relator: Ministro Moura Ribeiro, DJ 12/6/15)

Neste passo, cumpre observar ser inexigível do Tabelião ou do Registrador que colham provas para confirmar o momento em que a convivência teve início. Valerá, para tais fins, a data declarada pelos próprios conviventes, ressalvadas situações absolutamente excepcionais, em que o uso da união estável como meio de fraudar terceiros esteja às escâncaras.

De outro bordo, para casamentos precedidos de união estável entre os nubentes, não incidirá a limitação do art. 1641, II, da Lei Civil, se, ao tempo do início da convivência, nenhum dos conviventes tivesse completado 70 anos, ainda que algum deles tenha ultrapassado a idade legal quando do casamento.

“Se tivesse sido, desde logo, celebrado o casamento, quando iniciado o relacionamento entre as partes, o qual perdurou, no total, por mais de 30 anos, não haveria a obrigatoriedade da adoção do regime da separação obrigatória de bens, pois o de cujus ainda não completara 60 anos de idade. Mesmo não sendo expresse, naquela época (1978), o princípio segundo o qual a Lei deverá reconhecer as uniões estáveis, fomentando sua conversão em casamento (art. 226, §3º, da CF), não havia – e não há – sentido em se admitir que o matrimônio do de cujus e da recorrida tenha implicado, para eles, restrição de

direitos, ao invés de ampliar proteções.” (REsp 1254252 / SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 29/4/14)

“O reconhecimento da existência de união estável anterior ao casamento é suficiente para afastar a norma, contida no CC/16, que ordenava a adoção do regime da separação obrigatória de bens nos casamentos em que o noivo contasse com mais de sessenta, ou a noiva com mais de cinquenta anos de idade, à época da celebração. As idades, nessa situação, são consideradas reportando-se ao início da união estável, não ao casamento.” (REsp 918643 / RS, Rel. Min. Massami Uyeda, DJ 13/5/11)

Se, nas hipóteses de casamento precedido de união estável, é a idade dos nubentes ao tempo do começo da convivência que deve ser verificada para fins do art. 1641, II, do CC, igualmente haverá de ser a idade dos conviventes quando do início da convivência o dado de relevo para análise de eventual obrigatoriedade do regime de separação de bens, pouco importando a data de formalização da união estável, por meio de escritura pública.

Frise-se, ademais, que a escritura pública de união estável não vincula terceiros. Aliás, tampouco o faz a coisa julgada da sentença que declare existência e data de início da união estável, quando dada apenas entre os conviventes, por conta de seus limites subjetivos. Quer na hipótese de escritura pública, quer na hipótese de sentença que declare existência e termo inicial da união estável, eventuais prejudicados seguirão podendo mover demanda judicial em face dos conviventes, contestando a data apontada como a de começo da união.

Em síntese, na situação versada nos presentes autos, é de se admitir, como data de início da convivência, 15/10/12, época em que o convivente contava 68 anos, escapando, pois, do regime de separação obrigatória de bens.

Aliás, a intelecção divulgada pelo aresto de fls. 13/28, aplicada à situação destes autos, vai além da possibilidade de adoção do regime de comunhão parcial: proíbe a adoção do regime de separação de bens. Com efeito, definiu o E. STJ que a escritura pública de união estável lavrada depois do início da convivência

não poderá alterar o regime de bens, que será aquele legalmente previsto ao tempo do início da convivência, conforme as características dos conviventes.

Sobremais, como forma de equiparar a união estável ao casamento (art. 1639, §2º, da Lei Civil), a Corte Superior fixou que somente por decisão judicial o regime de bens vigente entre os conviventes poderá ser alterado e esvaziou a eficácia da cláusula de separação de bens, estipulada entre os conviventes com o intuito de modificar o regime legal da comunhão parcial.

“O dispositivo legal autoriza que os conviventes formalizem suas relações patrimoniais e pessoais por meio de contrato e que somente na ausência dele aplicar-se-á, no que couber, o regime de comunhão parcial. Numa palavra: enquanto não houver a formalização da união estável, vigora o regime da comunhão parcial, no que couber.

O contrato de convivência, no entanto, não pode conceder mais benefícios à união estável do que ao casamento, pois o legislador constitucional, não obstante reconhecer os dois institutos como entidade familiar e lhes conferir proteção, não os colocou no mesmo patamar, pois expressamente dispôs que a lei facilitará a conversão daquele neste (§ 3º do art. 226 da CF).

Nessa linha de pensamento, como no casamento o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento (§ 1º do art. 1.639 do CC/02) e a sua modificação somente é permitida mediante autorização judicial requerida por ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvado o direito de terceiros (§ 3º do art. 1.639 do CC/02), não vejo como o contrato de convivência poderia reconhecer uma situação que o legislador, para o casamento, prevê a intervenção do Judiciário.

É a situação dos autos, pois durante oito anos de convivência e diante da ausência de contrato presume-se que vigia entre o casal o regime da comunhão parcial de bens. Após, com a superveniência do ajuste, modificou-se o regime para o da separação total de bens e lhe conferiu efeitos retroativos, como se o outro jamais tivesse existido e produzido efeitos jurídicos. Admitir essa situação seria conferir, sem dúvida, mais benefícios à união estável do que ao

matrimônio civil, bem como teria o potencial de causar prejuízo a direito de terceiros que porventura tivessem contratado com eles. Essa pode ter sido a vontade do legislador quando produziu a norma em análise.” (Recurso Especial 1.383.624/MG, Relator: Ministro Moura Ribeiro, DJ 12/6/15)

Desta feita, são premissas fixadas pelo E. STJ: a) O art. 1641, II, do Código Civil aplica-se analogamente à união estável; b) O marco inicial da união estável é o começo da convivência pública, contínua, duradoura e com o fito de constituir família; c) É a idade dos conviventes ao tempo do início da união estável que deve ser analisada, para eventual imposição do regime de separação de bens, na forma do art. 1641, II, do CC, ainda que se casem, ou lavrem escritura pública de convivência posteriormente; d) Assim como acontece com o casamento (art. 1639, §2º, do CC, o regime de bens vigente entre os conviventes quando do início da união estável somente poderá ser alterado por decisão judicial.

Por todo o aduzido, afigurando-se de rigor o registro, o parecer que, respeitosamente, submeto à elevada apreciação de Vossa Excelência é no sentido de se negar provimento ao recurso administrativo. *Sub censura*.

O artigo 1641, do CC proíbe a escolha do regime de bens e o idoso não tem seus direitos respeitados, ferindo, deste feita, os princípios norteadores da Carta Constitucional. Monteiro esclarece:

[...] no direito romano, a Lei Papia Poppae a proibia o casamento de pessoas que houve ultrapassado certa idade, mas tal disposição representava grave limite à liberdade dos cidadãos e foi revogada por Constantino e seus sucessores. No entanto, afirma que as restrições, outrora existentes, desapareceram, ressaltando que se tem em conta a idade dos nubentes, a fim de resguardá-los de qualquer propósito subalterno ou menos digno (2014, p.35).

Pode ser observada a violação de dois relevantes princípios, sendo eles o princípio da liberdade, quando impede de escolher seu regime de bens, pressupondo sua incapacidade e o princípio da dignidade humana,

quando coloca o idoso em posição inferior aos demais, apenas pelo fator idade. O Estatuto do idoso protege as pessoas, acima de 60 anos, propondo a elas o direito inalienável de dignidade humana, protegendo-as contra a discriminação, negligência, observa-se nos artigos 2º e 4º:

Art. 2º: O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana [...] Art. 4º, *caput*: Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei (BRASIL, 2014).

Os direitos dos idosos estão resguardados pela lei, inclusive punindo quem descumpri-los; o ordenamento jurídico, no artigo 1.641 do CC deteve-se, apenas, a preservar a possível vulnerabilidade proveniente da idade avançada, não considerando que, mesmo em idade avançada, são totalmente capazes de seus atos civis e de realizarem as suas escolhas; a idade, por si só, não é sinônimo de incapacidade, exceto àqueles que, por medida judicial, precisarem ser apoiados por curadores, os demais não podem ser considerados incapazes para gerir sua vida e efetuarem suas escolhas, inclusive, quanto ao seu patrimônio.

A Carta Política, em seu art. 5º, estabelece, como direitos fundamentais, a igualdade e a liberdade e em seu artigo 1º, institui a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, ressalta-se, que o Estatuto do Idoso, em seu art. 2º, assegura aos idosos todos os direitos fundamentais relativos à pessoa humana, em condições de liberdade e dignidade.

Insta salientar que o artigo 1.641, II, do CC, proíbe que os maiores de 70 anos decidam sobre questões referentes ao seu patrimônio, ao contraírem matrimônio, ou união estável, violando, diretamente, ao postulado no texto constitucional sobre a dignidade humana; a idade não

é causa de incapacidade civil e nem deve ser limitada a possibilidade de pessoas unirem-se em matrimônio, com a liberdade de realizarem um pacto antenupcial, ou de convivência. A capacidade civil só deve ser questionada se houver algum indício de senilidade, ou outro fator que seja plausível de incapacidade relativa, que necessitará de sentença judicial, com trânsito em julgado, limitando sua capacidade, nomeando um curador, ou apoiadores, se for o caso da tomada de decisão apoiada; ou seja, deverá ocorrer um processo de interdição judicial, para que seja configurada sua incapacidade. Retirar esse direito a quem tem sua capacidade civil pode ser considerado inconstitucional. Importante salientar que, ainda que com idade avançada, por alguns considerados com certa vulnerabilidade, características impostas pela cultura social, não podem ultrapassar o limite da dignidade da pessoa humana. Impor condição para contrair matrimônio, com apenas um regime de bens, viola o princípio da igualdade, a idade não é causa natural de incapacidade e não poderia ser utilizada como justificativa para o Estado determinar a escolha do regime de bens dos nubentes, limitando sua capacidade de escolha.

O CC, em seu artigo 1.513, dispõe que “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão da vida instituída pela família”. Trata-se da consagração do princípio da liberdade, ou da não intervenção na ótica do Direito das Famílias. Certamente, houve um equívoco do legislador e, nesse caso Estado, determinar o regime de bens aos que tem idade igual, ou acima de 70 anos.

O Estatuto do Idoso, em seu artigo 2º, conforme já citado, é claro ao enfatizar que o idoso tem e goza de todos os direitos à pessoa humana, assegurando a estes todas as condições de liberdade e dignidade. Aqueles que desejarem constituir matrimônio, com idade igual, ou superior a setenta anos, através de uma imposição legal, somente poderão optar pelo regime de separação obrigatória de bens. Consoante o exaustivamente narrado, a

Súmula 377 do STF tem, por objetivo, coibir o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges, bem como, sanar a inconstitucionalidade da imposição legal do regime da separação obrigatória de bens. Com a aplicabilidade da Súmula 377 do STF os cônjuges, com 70 anos, ou mais, têm a possibilidade de, com o divórcio, comunicar os bens adquiridos na constância do casamento, equiparando ao regime de comunhão parcial de bens.

6 Considerações finais

Diante do estudo realizado e das análises efetuadas, concerne afirmar que o legislador não foi coerente ao manter, no ordenamento jurídico, o artigo 1641 do Código Civil, objeto deste estudo o qual é contrário aos princípios elencados na Carta Política. O legislador preocupou-se com o bem patrimonial, que é disponível a cada indivíduo, limitando este alcance aos maiores de setenta anos, ignorando sua capacidade para escolher o regime de bens que melhor lhes aprouver. A obrigação ao aceite do regime de separação legal de bens, aos maiores de 70 anos, conforme determina o art. 1641, inciso II do CC contraria os direitos e garantias assegurados pela Carta Constitucional, insta mencionar que o legislador se utilizou do fator idade para determinar a incapacidade desses indivíduos.

Pode-se analisar a evolução social, incluindo os considerados idosos como exercendo suas capacidades civis e sociais de forma normal, não podendo ser objeto de obrigação e determinação por parte de um dispositivo preconceituoso, uma vez que a Carta Política veda qualquer tipo de discriminação.

Como principal estudo, o trabalho versou sobre a inconstitucionalidade da obrigatoriedade o regime da separação legal de bens, às pessoas com idade igual, ou superior a 70 anos e a inconstitucionalidade do artigo 1641, inciso II, da lei civilista, ainda que não seja pacífica, entres os doutrinadores, com a observância dos regimes e

princípios, percebe-se o contraditório opondo-se a alguns princípios da Carta Constitucional, entre eles, o da liberdade, o da dignidade humana. Reafirma-se a discriminação e violação do princípio da igualdade, a retirada do direito de escolha do regime de bens, para aqueles que atingiram idade igual, ou superior a 70 anos.

A Constituição garante proteção aos idosos, mas o dispositivo, anteriormente mencionado, trata como uma espécie de punição, ao impedir os anciões (de 70 anos) de escolherem o regime que melhor lhes convier, ainda que o artigo 1725 do Código Civil na ausência de pacto de convivência, diga que prevalece o regime de comunhão parcial de bens, os companheiros com 70 anos, ou mais, não podem valer-se do que diz o artigo, pois se submetem as mesmas limitações exigidas aos casados.

Trata o artigo 1641 do CC de norma restritiva, usando os tribunais para manter o patrimônio e a proteção exclusiva aos herdeiros, limitando, restringindo e humilhando aqueles que, apenas pelo o fator idade, são vedados do direito de exercer plenamente a sua capacidade civil.

Conforme o referido no desenvolver do estudo, a separação obrigatória de bens precisa ser revista, pois essa imposição presume uma nova incapacidade sem sentença judicial agindo a lei de forma arbitrária, tirando o direito de a pessoa viva dispor de seu patrimônio. Conclui-se que é necessária a revisão legislativa no que tange o artigo 1641, inciso II do CC, pois observados os demais princípios e legislações, torna-se evidente a inconstitucionalidade do mesmo, obrigando a imposição deste em desproveito da pessoa idosa.

Referências

- BRASIL. [Código Civil 2014]. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/htm
- BRASIL. [Estatuto do Idoso]. **Lei 10.741/03**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm Acesso em 30 jun.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do Direito Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DINIZ, Fernanda Paula. **Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.
- MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª edição ver., atual. e ampl. Editora Forense, 2018. p. 114
- MENDES, Jerônimo. **Princípios, Valores e Virtudes**. Disponível em: << <http://www.jeronimomendes.com.br/principiosvaloresevirtudes/>>>.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 38. ed. (Regina Beatriz Tavares da Silva. Atualização), 2007, v. 2
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NADER, P. **Curso de direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. RODRIGUES, S. **Direito Civil**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 10^a Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 19^a Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Sobre as Organizadoras

Silvia Lopes da Luz:

Mestra em Patrimônio Cultural (área de concentração: História e Patrimônio Cultural), pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), 2017, especialista em Direito Público-FIC (Faculdade de Ciências e Letras, Imaculada Conceição, atualmente, Universidade Franciscana)- 1996, graduada em Letras Inglês/Português pela Universidade Franciscana (1986). Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidade Federal de Santa Maria(UFSM) (1988). Advogada. Professora horista da Universidade Luterana do Brasil (desde 01 de março de 2003), com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil (Família e Sucessões), Direito Civil (parte geral), Introdução ao Estudo do Direito, Hermenêutica, Direito das Crianças e Adolescentes. Atuou como Assessora Jjurídica da 8ª Coordenadoria Regional de Educação(1989-1994). Atuou como juíza leiga no Juizado Especial Cível, Comarca de Santa Maria-RS (1994-2005), atuou como conciliadora do Juizado Especial Cível, Comarca de Santa Maria-RS (1989-1994). Coordenou o projeto de extensão cidadania na escola: a lei ao alcance de todos, através da ULBRA, Santa Maria. Atuou como professora na Universidade da Região da Campanha (URCAMP- São Gabriel-1996 a 2000).Professora da Educação Básica Estadual (Letras).

Adriane Medianeira Toaldo

Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS (2017). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS (2002). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelas Faculdades Integradas do Instituto Ritter dos Reis, Canoas, RS (1999). Graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta, Unicruz, Cruz Alta, RS (1995). Professora Adjunta no Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil - Campus Santa Maria, RS (2004-Atual). Advogada (1996-atual), com experiência na área Cível, com ênfase em Responsabilidade Civil, CDC e Direito de Família . Integrante do Grupo de Pesquisa "Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Direitos Especiais", (ULBRA), registrado pelo CNPQ (2015-atual). Professora Avaliadora de Curso Integrante do Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (BASIs), (2018 - atual). Integra o corpo de Pareceristas ad hoc de várias revistas jurídicas nacionais (2018-atual). Atuou como Coordenadora de Educação Continuada da ULBRA, Santa Maria, RS (2020).

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org