

DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM **DIREITO**

PRODUÇÕES ACADÊMICAS 2021.1
VOL. V



ORGANIZADORES:
Camila Yamaoka Mariz Maia
José Carlos Ferreira da Luz
Marcel Silva Luz

ISBN: 978-65-5825-086-9

**DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM DIREITO:
PRODUÇÕES ACADÊMICAS 2021.1**

VOL. V

**Camila Yamaoka Mariz Maia
José Carlos Ferreira da Luz
Marcel Silva Luz
(Organizadores)**

Centro Universitário – UNIESP

Cabedelo - PB
2021



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIESP

Reitora

Érika Marques de Almeida Lima Cavalcanti

Pró-Reitora Acadêmica

Iany Cavalcanti da Silva Barros

Editor-chefe

Cícero de Sousa Lacerda

Editores assistentes

Márcia de Albuquerque Alves

Josemary Marcionila F. R. de C. Rocha

Editora-técnica

Elaine Cristina de Brito Moreira

Corpo Editorial

Ana Margareth Sarmiento – Estética

Anneliese Heyden Cabral de Lira – Arquitetura

Daniel Vitor da Silveira da Costa – Publicidade e Propaganda

Érika Lira de Oliveira – Odontologia

Ivanildo Félix da Silva Júnior – Pedagogia

Jancelice dos Santos Santana – Enfermagem

José Carlos Ferreira da Luz – Direito

Juliana da Nóbrega Carreiro – Farmácia

Larissa Nascimento dos Santos – Design de Interiores

Luciano de Santana Medeiros – Administração

Marcelo Fernandes de Sousa – Computação

Paulo Roberto Nóbrega Cavalcante – Ciências Contábeis

Maria da Penha de Lima Coutinho – Psicologia

Paula Fernanda Barbosa de Araújo – Medicina Veterinária

Rita de Cássia Alves Leal Cruz – Engenharia

Rodrigo Wanderley de Sousa Cruz – Educação Física

Sandra Suely de Lima Costa Martins - Fisioterapia

Zianne Farias Barros Barbosa – Nutrição

Copyright © 2021 – Editora UNIESP

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime estabelecido no artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta publicação é de inteira responsabilidade do(os) autor(es).

Designer Gráfico:

Mariana Morais de Oliveira Araújo

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Padre Joaquim Colaço Dourado (UNIESP)**

D537 Diálogos científicos em direito: produções acadêmicas 2021.1
[recurso eletrônico] / Organizadores: Camila Yamaoka
Mariz Maia, José Carlos Ferreira da Luz, Marcel Silva Luz.
- Cabedelo, PB: Editora UNIESP, 2021.
292 p. ; v.5.

Tipo de Suporte: E-book
ISBN: 978-65-5825-086-9

1. Produção científica – Direito. 2. Direito -
Interdisciplinaridade. 3. Diálogos – Conhecimento científico. I.
Título. II. Maia, Camila Yamaoka Mariz. III. Luz, José Carlos
Ferreira da. IV. Luz, Marcel Silva.

CDU: 001.891:34

Bibliotecária: Elaine Cristina de Brito Moreira – CRB-15/053

Editora UNIESP

Rodovia BR 230, Km 14, s/n,
Bloco Central – 2 andar – COOPERE
Morada Nova – Cabedelo – Paraíba
CEP: 58109-303

SUMÁRIO

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: A MULTIPARENTALIDADE E O AFETO SOBEJANDO OS LAÇOS DE SANGUE - Amanda Felix da Silva, Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito	06
DEFESA ANIMAL NA PERSPECTIVA DA NOVA LEGISLAÇÃO - Daniela Eugênio Franco da Silva, Mariana Tavares de Melo	32
SUPERENDIVIDAMENTO À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL - Hayanne Waleska dos Santos Cabral, Valberto Alves de Azevedo Filho	65
PROCESSO DE ADOÇÃO E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - Ítalo Guedes de Melo Romão, Maria Adelize da Silva Luz	84
DIREITO DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS VIRTUAIS - Janeide Simão da Silva, Maria Adelize da Silva Luz	108
ACESSO À INFORMAÇÃO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: uma análise acerca do direito ao esquecimento - Marckson Roberto Ferreira de Sousa, Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito	129
FASHION LAW – DIREITO DA MODA - Mylena de Miranda Mendonça, Valberto Alves de Azevedo Filho.	154
O ARTIGO DA COMPADECIDA. LIBERDADE RELIGIOSA X DIREITO A VIDA: A Negativa do Uso de Transfusão Sanguínea pelas Testemunhas de Jeová - Odinéia Maroja de Araújo Pereira Neta - Marcel Silva Luz	168
PODER JUDICANTE NA AVALIAÇÃO DOS MEIOS PROBANTES NO PROCESSO DE ALIENAÇÃO PARENTAL - Rafaella Feitosa Cavalcanti, Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito	192
EXISTÊNCIA DE BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS NA CONSTITUIÇÃO DE <i>HOLDING</i> PATRIMONIAL QUANDO DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA - Reginaldo Francisco de Souza, José Gomes de Lima Neto	213
(IN)EXEQUIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PRESCRITO E A RESTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Samara Patricio Figuerêdo, José Gomes de Lima Neto	237
FEMINICÍDIO: a violência contra a mulher - Viviane Marinho da Silva, Mariana Tavares de Melo	267

APRESENTAÇÃO

O Curso de Direito do UNIESP, atingiu um alto nível de qualidade e excelência no tocante à juridicidade e à cientificidade dos trabalhos de pesquisa científica e acadêmica.

Estes resultados mostram-se possíveis, graças à participação e envolvimento dos discentes e ao comprometimento do quadro docente e a proposta didático-pedagógica inovadora, diferenciada e praticada ao longo do Curso. Assim sendo, é a união indissociável desses fatores que faz o sucesso do Curso de Direito do UNIESP.

Neste momento, temos a felicidade de disponibilizar mais uma edição do nosso Livro Eletrônico do Curso de Direito, Diálogos Científicos em Direito, para promoção e difusão do conhecimento e do debate de temas de interesse dos estudiosos e pesquisadores da Ciência Jurídica.

Nessa edição, trazemos temas relevantes e instigantes nas áreas do Direito da Moda, Direito da Infância e Juventude, Direito de Família, Direito Tributário, dentre outros.

Seja bem-vindo e boa leitura!

Cordialmente,

Profa. Camila Yamaoka Mariz Maia

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: A MULTIPARENTALIDADE E O AFETO SOBEJANDO OS LAÇOS DE SANGUE

Amanda Felix da Silva¹

Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito²

RESUMO: O presente estudo tem o objetivo de analisar a evolução do instituto da família, sobretudo no tocante ao conceito de filiação socioafetiva que possibilita a Multiparentalidade. Utilizou-se o método dedutivo, partindo de uma evolução histórica no conceito de família até evidenciar a quebra da barreira genética através da Desbiologização da Paternidade. Com a análise do julgamento do Recurso Especial 898.060-SC, realça-se que os direitos e deveres pessoais e patrimoniais decorrentes de uma filiação genética são os mesmos da filiação socioafetiva. Ressaltando ainda que o Conselho Nacional de Justiça possibilitou a uniformização e o reconhecimento da filiação socioafetiva extrajudicial por meio do Provimento 63/2017. Os resultados sugerem que a Decisão de Repercussão Geral e o reconhecimento da filiação por meio extrajudicial apoiam o fortalecimento na busca de maiores inovações e proteções ao instituto da Multiparentalidade Familiar. Palavras- chave: Família. Multiparentalidade. Paternidade. Filiação Socioafetiva

ABSTRACT: This study aims to analyze the evolution of the Institute of the family, especially with regard to the concept of socioafetiva affiliation that allows Multiparentalidade. We used the deductive method, starting from a historical evolution in the concept of family to show the genetic barrier breaking through the Desbiologização of parenting. With the analysis of the judgment of Special Appeal 898.060-SC, it is emphasized that the personal and patrimonial rights and duties resulting from a genetic affiliation are the same of the socio-affective affiliation. Noting that the National Council of Justice enabled the uniformity and the recognition of extrajudicial socioafetiva affiliation through the Provision 63/2017. The results suggest that the decision of General Repercussion and recognition of membership through court support the strengthening in the pursuit of major innovations and protections to the Institute of Family Multiparentalidade. Key words: Family; Multiparity. Paternity. Socioaffective filiation.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o intuito de analisar a multiparentalidade como um reflexo das novas conjunturas familiares, demonstrando uma intensa transformação do instituto da família para a sociedade e o mundo jurídico, com foco nos desdobramentos acerca da parentalidade e o consequente reconhecimento da filiação socioafetiva.

¹ Discente UNIESP.

² Docente UNIESP.

Desse modo, demonstra-se que o instituto família recriou-se com o passar dos tempos em virtude de não existir mais espaço para um casamento baseado apenas no interesse patrimonial e este ser indissolúvel, e sim constituído pelo afeto e amor. Assim, a família é formada por múltiplos laços, tornando-se essa nova visão, sendo agente preponderante para uma reformulação quanto à interpretação do conceito de família no plano social e em nosso ordenamento jurídico.

Transformou-se a entidade familiar em uma instituição além do vínculo sanguíneo, chegando a ser afetiva, e por esta ser à base da sociedade, notoriamente as transformações ocasionaram mudanças que necessitam de uma maior proteção. De forma que, o inciso III do art. 1º da Magna Carta de 1988, com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e o art. 226 *caput* da Carta Magna, admitem a multiplicidade das famílias, por isto, sucedendo como auxílio ao desenvolvimento e proteção das famílias construídas através das relações afetivas interpessoais.

O tema abordado traz consigo a oportunidade de analisar e demonstrar que o ser humano deve ser o centro do ordenamento jurídico pátrio, trazendo a humanidade como um fim e jamais um meio, com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, almejando uma maior proteção ao direito à felicidade no Direito de Família e a sua pluralidade de formas para constituir-se, este pensamento é destacado de modo incontudente por Immanuel Kant.

Neste sentido, em decorrência do conceito de família plural surge a filiação socioafetiva que tem sua fundamentação nos laços construídos e fortalecidos no dia-a-dia, sendo consolidada com tamanha intensidade na sociedade, bem como no mundo jurídico.

Sendo assim compreendido que inexistente distinção entre pai biológico e afetivo, tanto no direito ao reconhecimento da filiação como no registral, considerando que o pai/mãe é a pessoa que exerce os papéis de proteger, educar, amar, cuidar entre tantos outros valores éticos e morais de vida.

De mais a mais, importante corroborar que a filiação socioafetiva bem como a filiação biológica suporta todas as consequências jurídicas, sejam elas patrimoniais ou extrapatrimoniais, como e a impossibilidade de sua desconstituição vêm sendo entendimento pacificado nos Tribunais do País.

Assim sendo, é primordial o estudo acerca do tema proposto, visto ser necessária a ampliação da tutela normativa da sociopaternidade no Direito de Família.

2 O INSTITUTO DA FAMÍLIA

2.1 UM ESTUDO ACERCA DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Não existe mais uma moldura pré-definida do conceito de família, pois o instituto familiar sofreu grandes mudanças e conseqüentemente, alterou a parentalidade, assim passa-se a analisar a evolução acerca do conceito de família.

Segundo Minuchin (1990) “o termo família é derivado do latim *famulus* que significa escravo doméstico, termo criado na Roma Antiga, para denominar um grupo de escravos ou servos pertencentes ao mesmo patrão.” Veja-se que o significado originário do termo família é totalmente divergente da ideia basilar que temos sobre a instituição familiar nos dias de hoje.

Desse modo, percebe-se logo que não a possibilidade de construir uma ideia sólida e fixa do que vem a ser família. Uma reflexão a forma de constituição do instituto familiar até meados do século XXI nos mostra que a única forma de constituir família era entre homem e mulher, através do casamento, sendo este indissolúvel e não sendo plausível qualquer outra forma de constituição de família.

Assim, o modelo familiar que prevalecia era o patriarcal, com a figura notória do homem como “chefe de família”, sendo este o centro do grupo familiar, pois era considerado o provedor e suas decisões deveriam ser seguidas por todos.

Assim, ficou estabelecido que ao pai/marido caberiam todos os direitos e deveres com relação a seu núcleo familiar. Ele era o “chefe da família” e a ele todos estavam subordinados já que era de detentor de toda e qualquer decisão que dissesse respeito a seus subordinados. A mulher não trabalhava fora de casa e saía da dependência do pai para submeter-se aos poderes maritais. (VALADARES, 2016)

Neste mesmo sentido, a filiação era baseada em uma definição biológica específica e restrita, ou seja, o registro de nascimento que constava a filiação da criança ou adolescente era composto pelo nome dos genitores pai e mãe, de forma que todas as outras formas de parentalidade jamais seriam reconhecidas na época.

Com o passar dos tempos, o núcleo família que tinha sua formação baseada no fortalecimento econômico/patrimonial, passou a ser ultrapassada no momento em que o ideal de felicidade e liberdade passou a ser suscitado na sociedade.

Com tal característica, o cenário de uma busca pela superação de um casamento constituído unicamente através poderio econômico, foi instalado no convívio social para que o mesmo também pudesse também ser concebido fundamentado no amor, para o fortalecimento da própria instituição familiar.

Destarte, esta nova conjuntura contribuiu fortemente para que o matrimônio, antes indissolúvel, passasse a ser superado em favor da busca da felicidade, que por consequência, no ano de 1977 apresenta-se a Lei do Divórcio, se tornando um divisor de águas, pois permitiu a dissolução do matrimônio. Notável destacar que foi a Constituição de 1988 que veio dar maior amplitude ao instituto, fomentando sucessivas alterações no texto da Lei do Divórcio.

O advento da Constituição da República de 1988 é considerado marco preeminente no Direito de Família, pois deu novos contornos e formas à entidade familiar, além de ter contribuído para o processo de despatrimonialização do Direito de Família, para a sua repersonalização, ou seja, fundar seus objetivos e institutos da pessoa, motivo pelo qual os princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, ganharam um maior destaque.

Altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos - tendo por origem não apenas o casamento - e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros. (TEPEDINO, 2004)

O modelo patriarcal de família fora abandonado, sendo constituído um molde de igualdade, onde todos os membros devem ter suas necessidades atendidas e a busca da felicidade de cada indivíduo passou a ser essencial no ambiente familiar. Em virtude disso, hoje é possível vislumbrarmos que uniões estáveis podem constituir família, que há a família monoparental (mãe ou pai solteiro) e que há família na união de pessoas do mesmo sexo. Tudo isto porque o elemento responsável pela constituição da família é subjetivo e decorre da vontade dos indivíduos.

Nesse seguimento, com a mudança na postura da sociedade, e de maneira preponderante na formação da família, o do art. 226 da Carta Cidadã de 1988, passa a tratar a instituição família de forma plural e não mais predefinida como era enxergada em tempos remotos.

2.1.1 Comparativo Constitucional no Tocante ao Direito de Família

Como pode ser visto, no decurso do tempo houve mudanças significativas no que tange à disposição sobre o conceito de família, assim, importante examinar o que estava disposto nas primeiras constituições até os dias atuais, vejamos:

CONSTITUIÇÕES	O QUE PODE SER VISLUMBRADO SOBRE FAMÍLIA NO TEXTO CONSTITUCIONAL
Constituição de 1824	<p>Da Família Imperial, e sua Dotação</p> <p>Art.112. Quando as Princesas houverem de casar, a Assembléa lhes assignará o seu Dote, e com a entrega delle cessarão os alimentos.</p>
Constituição de 1891	<p>Declaração de Direitos</p> <p>Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:</p> <p>[...]</p> <p>§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.</p>
Constituição de 1934	<p>Da Família, da Educação e da Cultura</p> <p>Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.</p> <p>Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio , com efeito suspensivo.</p>

Art 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País.

Art 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juizes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.

Art 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.

Constituição de 1937

DA FAMÍLIA

Art 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Art 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Art 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de

harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

Constituição de 1946

Da Família

Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Art 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

Art 165 - A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em, benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de *cujus*.

Constituição de 1967

Da Família, da Educação e da Cultura

Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.

§ 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado,

contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente.

§ 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

Constituição de 1988

Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 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. Regulamento

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

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.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao

adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 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.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

A Constituição de 1824 não dispõe claramente sobre o conceito de família, mas de uma leitura atenta dos 11 artigos capítulo III que trata Da Família Imperial, e

sua Dotação, chama atenção o artigo 112 que dispõe sobre o casamento. Observa-se que este era constituído por dotes, onde a relevância do poderio econômico preponderava, uma nítida forma de acordo. E mais, a subordinação da mulher ao *pater* poder.

A Constituição de 1891 também não organiza um conceito de família apenas regulava que a república reconhece o casamento civil.

A Constituição de 1934 trouxe explicitamente o conceito de família, definindo que à época era constituída por casamento indissolúvel e que a possibilidade do desquite e anulação seriam de acordo com a determinação da lei civil. Já a Constituição de 1937 trouxe que seriam atribuídas as famílias numerosas compensações na proporção dos seus encargos e mais, que a educação dos filhos como dever e direito dos pais e o Estado como colaborador. E ainda, a possibilidade dos pais miseráveis terem o direito a invocar auxílio do Estado.

A Constituição de 1946 trouxe como diferencial das anteriores que o casamento religioso seria equivalente ao civil.

A Constituição de 1967 dispôs que a família constituída pelo casamento e com direito à proteção dos Poderes Públicos.

Com a Constituição de 1988 a família passou a ser conceituada como base da sociedade, sendo ampliada para a possibilidade de sua constituição se dar por casamento ou união estável, podendo também ser formada por pais ou descendentes. A Carta Cidadã trouxe consigo a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulher, e mais a igualdade de filiação, como também a livre forma de planejamento por decisão do casal, dentre tantas outras consideráveis mudanças.

Em suma, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi o grande divisor de águas e trouxe inúmeras inovações, uma legislação que de sua interpretação enxergasse o ser humano como fim, prevendo direitos e obrigações que sustentam a dignidade da pessoa humana, viabilizando o pleno desenvolvimento permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social.

2.2 OS PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.2.1 Da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988 elenca em seu artigo 1º os Fundamentos do Estado Democrático de Direito, prevendo no inciso III a dignidade da pessoa humana.

Segundo a renomada autora Berenice Dias (2009):

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. (DIAS, 2009)

Neste sentido, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está estritamente ligado ao Direito das Famílias, na busca de assegurar o tratamento igual a todas as variedades de entidades familiar, independentemente da composição de como é formada.

Nessa perspectiva, demanda-se que seja conferida a segurança jurídica necessária as formações múltiplas de família, para a continuidade do desenvolvimento pessoal e social de cada indivíduo.

Maria Celina Bondin Moraes assevera que:

A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática. Com efeito, da mesma forma que Kant estabeleceu para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e se constitui. (MORAES, 2006, p. 14).

Pelo exposto, vê-se que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é suma importância ao Direito das Famílias, sendo este o princípio alicerce aos demais, pois ignorar que é necessário tutelar o novo contexto das múltiplas formas de instituição familiar é deixar de tutelar a pessoa humana.

2.2.2 Da Igualdade Conjugal

A Carta Cidadã de 1988 dispõe no inciso I do art. 5º que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Deste modo, não se deve falar em hierarquia

entre homem e mulher no ceio familiar, visto que essa igualdade formal perante a lei repercute de forma direta no Direito Familiar.

Com esse entendimento restou incontestável que não há mais espaço no direito de família para a figura do *pater*, ficando esta para trás, vez que a figura da mulher aponta-se igualada à figura do homem, sendo ambos responsáveis pelo desenvolvimento da entidade familiar e mais, o casamento passou a ser baseado na união por amor, afeto e companheirismo.

A nova interpretação da igualdade entre homem e mulher é um direito fundamental, encontrando-se demonstrado no artigo 226, parágrafo 5º:

Art. 226 - 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.

Nesse seguimento o Código Civil regulamenta o Princípio da Igualdade Conjugal, ressaltando o ser humano como protagonista de suas próprias escolhas.

E é nessa perspectiva que a evolução legislativa se baseia, concedendo neste sentido que todos possam viver em par de igualdades, fomentando a promoção ao bem comum.

2.2.3 Da Igualdade na Filiação

A Constituição no artigo 227, §6 diz que § 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.

Neste seguimento, a Carta Cidadã é um divisor de águas na filiação, restando claro que independentemente de sua origem, a filiação deve ser respeitada.

O novo contexto social em que vivemos não há espaço para distinguir filho sanguíneo ou afetivo, visto que não há mais um fórmula para a formação de uma entidade familiar, a múltiplas formas existentes em nossa sociedade possibilitam várias formas de constituição de filiação e assim, devem ser respeitadas, pois o ser humano é digno de proteção independente de gênero, sexo, cor e raça.

Assim, extingue-se qualquer tipo de discriminação entre as filiações e nessa perspectiva entende-se que a produção dos efeitos jurídicos são iguais, incorrendo

aos pais e filhos todo os direitos e deveres decorrentes da filiação, seja ela genética ou afetiva.

2.2.4 Da Autonomia Privada e Direito Mínimo à Família

Com o maior desenvolvimento de múltiplas formas de entidades familiar, ou seja, não há mais uma forma prescrita de formação familiar, hoje esta se forma basicamente pelo afeto, assim vislumbra-se o Princípio da autonomia privada e direito mínimo a família, que segundo Pereira 2006 “A liberdade de constituição de família tem estreita consonância com o Princípio da Autonomia da Vontade, principalmente nas relações mais íntimas do ser humano, cujo valor supremo é o alcance da felicidade”.

E no mesmo seguimento Flávio Tartuce (2008):

A autonomia privada não existe apenas em sede contratual ou obrigacional, mas também em sede familiar. Quando escolhemos, na escalada do afeto, com quem ficar, com quem namorar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, estamos falando em autonomia privada, obviamente. (TARTUCE, 2008)

Assim, vê-se a amplitude na formação ou dissolução da entidade familiar, sendo estas condicionadas unicamente ao livre arbítrio de quem a compõe, onde mais uma vez se demonstra a grande valorização à dignidade da pessoa humana.

2.2.5 Princípio ao Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O caput do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 preconiza a criança com maior relevância no ordenamento jurídico e sociedade, sendo esta merecedora de grande proteção e atenção, assim determina o Princípio ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Pereira (2012) afirma que só diante de um caso concreto seria possível tal averiguação e conclui que “o conceito de ‘melhor interesse’ pode sofrer variação no tempo e no espaço”, assim, é dever de todos proporcionar uma qualidade de melhor adequação a vida das crianças, as possibilitando viver com dignidade e se desenvolver em um melhor meio.

O artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente corrobora com o disposto na Constituição e diz que:

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

As crianças devem ser cuidadas com maior zelo e responsabilidade por seus responsáveis, visto que a infância é base para a formação e garantia de um futuro digno.

2.2.6 O Afeto como Princípio

Tornou-se comum, na doutrina contemporânea, afirmar que o afeto tem valor jurídico ou, mais do que isso, foi alçado à condição de verdadeiro princípio geral.

Ocorre que não se têm ainda um posicionamento concreto de impor o afeto como princípio ou como um fato jurídico, assim, surge muitas discussões acerca de como ele deve ser utilizado/visto no Direito de Família.

Nota-se que grande parte dos Tribunais e Doutrinadores renomados tratam o afeto como um princípio jurídico a ser seguido e normatizado, e usando o entendimento de Princípio da Afetividade para fundamentar decisões.

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - AUSÊNCIA DE PROVA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE - IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. Não se nega que a dor sofrida por um filho, em virtude do abandono paterno, quando este o priva do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Não restando demonstrado nos autos que a autora tenha sido abandonada por seu pai, sem ao menos este tentar uma aproximação ou um contato familiar, é de se julgar improcedentes os pedidos de danos morais. (TJMG - Apelação Cível 1.0479.06.112320-0/001, Relator (a): Des.(a) Unias Silva, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/03/2008, publicação da súmula em 05/04/2008)

Por outro norte, há doutrinadores e entendimentos jurisprudenciais que tratam o afeto como um fato jurídico.

ALIMENTOS CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. 1. O pedido de reparação

por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio. 2. A contemplação do dano moral exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos, ainda mais no âmbito do Direito de Família. 3. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, e constitui antes um fato da vida. 4. Afinal o questionamento das raízes do afeto ou do amor, e da negação destes, leva a perquirir as razões íntimas do distanciamento havido entre pai e filho, que perpassam necessariamente as categorias do imanente e do transcendente e implicam indébita invasão do campo jurídico ao terreno conceitual impreciso que avança pelo mundo da medicina, da biologia e da psicologia. 5. Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70057020083, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/01/2014)

Em suma, o que vem a ser de extrema importância a corroborar com o presente estudo é que para o Direito de Família enquanto persistir o embate, o afeto pode ser utilizado como um princípio ou como fato jurídico, pois é um elemento de extrema importância, o qual é capaz de gerar efeitos jurídicos ao ponto em que é externado, pois, o reconhecimento de um filho seja ele biológico ou não, é ato jurídico *stricto sensu*, assim os direitos e deveres de pais para filhos devem permanecer.

3 A MULTIPARENTALIDADE

3.1 CONCEITO

A multiparentalidade é a simultaneidade do vínculo biológico e do socioafetivo, advindo da parentalidade socioafetiva, deste modo o sangue e o afeto estão lado a lado, oportunizando o fortalecimento dos vínculos construídos entre as partes.

Respaldando a concepção formada pela autora:

A multiparentalidade pode ser conceituada como a existência de mais e um vínculo na linha ascendente de primeiro grau, do lado materno ou paterno, desde que acompanhado por um terceiro elo. Assim, para que ocorra tal fenômeno, necessário pelo menos três pessoas no registro de nascimento

de um filho. Exemplificando, duas mães e um pai ou dois pais e uma mãe. (VALADARES 2016)

FACHIN (2003) sustenta que a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade, em que se cogita a verdade socioafetiva, sem exclusão da dimensão biológica da filiação.

A Apelação Cível 0006422-26.2011.8.26.0286 julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vem reconhecer a possibilidade da Multiparentalidade, não havendo eu se falar em substituição de filiação:

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteadado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido.

Destarte, é concebível unir a parentalidade socioafetiva com a biológica, sem que uma suprima a outra.

3.2 O RESPALDO CONSTITUCIONAL À MULTIPARENTALIDADE

A Multiparentalidade é uma forma de viabilizar a proteção e promoção da pessoa humana, fundamenta-se no texto constitucional no Capítulo VII que trata Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, exatamente no disposto nos parágrafos 3º e 4º do artigo 226 da Carta Magna:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Bem como também nos art. 227, §6º com a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação e no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana exposto no art. 1º, III da Constituição Federal. Sendo importante destacar que

ambos os artigos citados são as bases para as estruturas em defesa a Multiparentalidade.

Ressalta-se ainda que dada as múltiplas formas de constituição familiar não se restringem ao disposto no texto constitucional, devendo assim ser interpretado de forma abrangente.

Por fim, destaca-se o Enunciado nº 9 do IBDFAM que também será uma diretriz para corroborar ainda mais com a doutrina e jurisprudência sobre o Direito de Família: “A multiparentalidade gera efeitos jurídicos”.

3.3 A DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE

Em concordância com o ordenado no artigo 1.593 do Código Civil “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, assim, a paternidade socioafetiva que nasce do afeto, corresponde a uma forma de parentesco civil de outra origem.

Neste sentido Rosana Fachin assevera que:

O filho é mais que um descendente genético e se revela numa relação construída no afeto cotidiano. Em determinados casos, a verdade biológica cede espaço à “verdade do coração”. Na construção da nova família deve-se procurar equilibrar essas duas vertentes, a relação biológica e a relação socioafetiva.

Para um melhor entendimento cumpre trazer que a de Desbiologização da Paternidade tem como significado a "convivência socioafetiva superveniente à biológica".

A expressão fora utilizada por João Baptista Villela no Livro “A Desbiologização da Paternidade” pelo ano de 1979, sendo assim utilizado no âmbito do Direito de Família para qualificar o rompimento da biparentalidade, ou seja, a filiação deixa de ser unicamente formada por pai e mãe, podendo haver no registro civil a contemplação de mais de um pai ou mais de uma mãe, sobejando assim o laço afetivo sobre o biológico.

Nessa significação, a desbiologização da paternidade vem proporcionando o reconhecimento a multiparentalidade, assegurando aos envolvidos na situação o progresso a terem os seus direitos tutelados.

Em suma, a Desbiologização da Paternidade é a existência da ruptura de uma filiação exclusivamente pela existência biológica, elevando e propiciando ao ser humano a tutelar o vínculo que vai além da consanguinidade, isto é, a filiação afetiva, que ultrapassa a barreira genética e possibilita uma relação formada por afeto, amor, carinho, respeito, com suporte psicológico, moral e educacional entre tantas outras formas de consolidar que pai/mãe é aquele que realmente cuida.

4 INEXISTÊNCIA HIERÁRQUICA ENTRE A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA

4.1 UMA ANÁLISE SOBRE O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 898060

O Supremo Tribunal Federal ao dia 21 de setembro de 2016 votou e aprovou uma tese manifestamente histórica. No julgamento do Recurso Extraordinário 898.060-SC a corte decidiu, por maioria pela possibilidade do estabelecimento da paternidade biológica e socioafetiva simultaneamente.

Importante esclarecer que o RE 898.060-SC fora proposto por um pai biológico que estava recorrendo contra um acórdão que viera a estabelecer o reconhecimento da paternidade e por sua consequência todos os efeitos patrimoniais, com total independência da filiação socioafetiva que já existia.

Os Ministros em sua maioria negaram provimento ao RE 898.060-SC e estabeleceram no dia 22 de setembro de 2016 como Tema de Repercussão Geral Nº 622 que:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

Por conseguinte, o tema consistirá de base para futuros casos equivalente a este, vez que “o entendimento deve ser adotado em todo o país, sem rediscussão do caso já pacificado pelo STF”.

Cabe destacar que de forma plausível um pequeno trecho do voto Ministro Relator do caso Luiz FUX:

Não cabe à lei agir como o Rei Salomão, na conhecida história em que propôs dividir a criança ao meio pela impossibilidade de reconhecer a parentalidade entre ela e duas pessoas ao mesmo tempo. Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento de aplicação dos esquadros determinados pelos legisladores. É o direito que deve servir à pessoa, não o contrário.

Nesse seguimento, resta claro que não há óbices para a coexistência da paternidade biológica com a socioafetiva, consagrando assim a Multiparentalidade.

4.2 EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A possibilidade de em um mesmo registro figurar o nome de mais de um pai e de mais de uma mãe, suscita a indagação dos efeitos que decorrem desse conhecimento, e prontamente ao realizar uma leitura atenta do §6º do art. 227 e do caput do art.229 ambos da Constituição Federal, responde-se a dúvida:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

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

(...)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ora, cabe perfeitamente depreender que com base nesses artigos e no Princípio ao Melhor Interesse da Criança e do Adolescente que a filiação socioafetiva produzirá os mesmos efeitos da filiação biológica.

Para Caio Mário da Silva Pereira: “... o reconhecimento, voluntário ou coercitivo, produz as mesmas conseqüências, dando, pois, como pressuposto, a existência de efeitos do reconhecimento” (2006, p. 207).

Por este motivo, os efeitos básicos deste reconhecimento se dividem em pessoais e patrimoniais.

Os efeitos pessoais são essencialmente ligados ao estado de filiação no uso do patronímico, sendo o direito ao nome personalíssimo, por sua individualização como dispõe o art.16 do Código Civil, como também ao poder familiar em obediência ao disposto no artigo 1.612 do mesmo diploma legal:

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 1.612 O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.

Além destes, tem os efeitos patrimoniais no tocante a obrigação alimentícia e todos os direitos sucessórios, dispostos no Código Civil nos artigos 1696 e 1596, respectivamente:

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.

Art. 1.596 Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Resumidamente conclui-se que não há que se falar em sobreposição de filiação afetiva ou biológica, assim, os direitos e deveres são os mesmos para pais e filhos.

De mais a mais, vem sendo entendido que o registro civil da paternidade socioafetiva é irrevogável, nos termos do artigo 1604 do Código Civil “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”, assim:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - CAUSA DE PEDIR - EVENTUAL INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO - VÍCIO DE CONSENTIMENTO - NÃO EVIDENCIADO - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - IRREVOGABILIDADE DO RECONHECIMENTO.

O reconhecimento de filho, mesmo não sendo eventualmente o pai biológico, realizado em registro de nascimento, é irrevogável, salvo comprovação de vício de vontade, cujo ônus probatório incumbe à parte interessada em anulá-lo.

Não demonstrado vício formal ou material necessários à procedência do pedido, tampouco a ausência da paternidade sócio-afetiva, não há como desfazer, fundamentado na inexistência de eventual vínculo biológico, ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, notadamente à vista do direito da criança de ter preservado seu estado de filiação. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.09.743205-8/001, Relator(a): Des.(a) Armando

Freire , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/02/2014, publicação da súmula em 26/02/2014)

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO. IRREVOGABILIDADE DO RECONHECIMENTO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO VÍCIO DA VONTADE NO REGISTRO DE NASCIMENTO. PREVALECENDO A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. ÔNUS DA PROVA DO AUTOR.

1. Apesar da existência de exame de DNA comprovando que o apelante não é o pai biológico da menor, a ausência do vínculo biológico não revela por si só a falsidade ou erro da declaração de vontade constante do registro de nascimento da criança.

2. Cumpre ao autor, nos termos do art. 333, inciso I, do CPC, comprovar que agiu em erro ao registrar a menor como sua filha.

3. Apesar da negativa da paternidade quanto ao critério biológico, diversos outros fatores interferem para que a exoneração de paternidade não seja decretada, tais como: a paternidade socioafetiva, decorrente da convivência por muitos anos, o reconhecimento voluntário da paternidade no ato do registro de nascimento e a ausência de erro ou falsidade do registro.

4. Impossibilidade de exoneração da paternidade. Precedentes do STJ.

5. Apelo conhecido e improvido. (TJPI | Apelação Cível Nº 2010.0001.004533-5 | Relator: Des. Fernando Carvalho Mendes | 1ª Câmara Especializada Cível | Data de Julgamento: 20/06/2012)

Em suma, vê-se que vem sendo entendimento majoritário pela irrevogabilidade do registro de civil que reconhece a paternidade socioafetiva.

5 PROVIMENTO 63/2017 DO CNJ

5.1 REGRAS E REQUISITOS AO RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Para corroborar com o presente estudo importante orientar que o Conselho Nacional de Justiça em 14 de novembro de 2017 criou regras possibilitando o reconhecimento da filiação socioafetiva por meio de via extrajudicial com base no Provimento 63/2017, que providenciou a uniformização para todos os cartórios de registro civis existentes dentro da Federação.

Vê-se assim um atendimento facilitador a formação a Multiparentalidade visto que o reconhecimento da paternidade socioafetiva pela via extrajudicial bem como na via judicial não causa prejuízo à paternidade biológica.

À vista disso, dispõe sobre as regras gerais nos modelos de certidões, prepara sobre o como se dará o reconhecimento à paternidade socioafetiva,

dispondo requisitos e impedimentos para tanto, dispondo também sobre os casos de reprodução assistida.

Deste modo, vislumbra-se segurança jurídica a realidade social existente nos dias atuais, sendo uma grande conquista não só para as famílias que fogem do padrão tradicional, como também para todo o Direito Familiar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou enxergar a considerável evolução acerca da formação da instituição familiar, evidenciando que está deixou de ser unicamente matrimonial e hoje pode ser instituída por diversas formas como, por exemplo, através da união estável, como também de forma reconstituída por pais separados com filhos que começam a viver com outro também com filhos e até mesmo a unicamente composta por afeto, com a união de pessoas em busca da felicidade.

Levando-se em consideração aos aspectos históricos se vê que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana elencado no inciso III do art. 1º da Magna Carta de 1988 juntamente com os demais princípios basilares do Direito Familiar são essência para as mais recentes decisões do mundo jurídico de proteção às diversas formas de constituir família.

Pelo exposto se comprova que a paternidade socioafetiva é o alicerce a Multiparentalidade, a qual nos mostra que a filiação existe além um laço consanguíneo, deixando de ser a composição desta unicamente genética ao passo que a Debiologização da Paternidade reafirma que pai/mãe é aquele que cuida.

Pela observação dos aspectos analisados é imprescindível o Tema de Repercussão Geral Nº 622 que indica a inexistência hierarquia entre filiação biológica e socioafetiva, o que confirma a grande mudança no cenário ao reconhecimento a Multiparentaliade, permitindo que um registro civil contenha o nome de mais de um pai e de mais de uma mãe, fixando que os direitos e deveres pessoais e patrimoniais decorrentes de uma filiação genética são os mesmos da filiação socioafetiva, restando claro que entre estas inexiste distinção entre estas, ou seja, o patronímico, a obrigação alimentícia e todos os direitos sucessórios são os

mesmos para pais e filhos, seja de ordem biológica ou socioafetiva. Realça-se que vem sendo entendimento majoritário que o registro civil que reconhece a paternidade socioafetiva é irrevogável.

Aponta-se ainda que diante a realidade das relações familiares apresentadas nos tempos de hoje, o Conselho Nacional de Justiça possibilitou a uniformização e o reconhecimento da filiação socioafetiva extrajudicialmente com o Provimento 63/2017, o que promove segurança jurídica.

Assevera-se que o presente estudo encontra-se em consonância com o pensamento de Rodrigo da Cunha Pereira “O reconhecimento da paternidade socioafetiva é a consagração do afeto como valor jurídico”.

Isto posto, a decisão de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal e o mais recente Provimento do CNJ corroboram para o fortalecimento e a busca de maiores inovações e proteções ao instituto da multiparentalidade familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil** (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em:<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 16 abr. 2018

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Casa Civil, s.d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva - Efeitos Jurídicos**. 3ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

DIAS, Berenice. **Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009. p.61-63.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 255-256.

FACHIN, Rosana. Da filiação. In Pereira, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 121.

GIMENO, Adelina. **A família, o desafio da diversidade**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

IBDFAM. **Enunciado nº09**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>> Acesso em: 29 abr. 2018.

JUSBRASIL. **Reconhecimento Extrajudicial da Paternidade Socioafetiva e da Multiparentalidade**. Disponível em: <<https://anacspires.jusbrasil.com.br/artigos/527506917/reconhecimento-extrajudicial-da-paternidade-socioafetiva-e-da-multiparentalidade>>. Acesso em: 30 maio 2018.

MORAES, Maria Celina Bondin de. **O princípio da dignidade humana**. In: MORAES, Maria Celina Bondin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAULILLO, Sérgio Luiz. **A desbiologização das relações familiares**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 78, 19 set.2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4228>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PORTAL EDUCAÇÃO. **Conceito: O que é família?**. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/psicologia/conceito-o-que-e-familia/36951>>. Acesso em: 01 maio 2018.

SOUZA, Carlos Magno Alves de. **CNJ cria regras para reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-03/carlos-souza-cnj-cria-regras-reconhecer-filiacao-socioafetiva>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

STF. **Inteiro Teor do RE nº 898.060 de 21 de setembro de 2016**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em: 16 set. 2017.

STF. **Tese de Repercussão Geral nº 622 de 22 de setembro de 2016**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622#>>>. Acesso em: 16 set. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; RIBEIRO, Gustavo Leite (coords). Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

TEPENDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. In: TEPENDINO, Gustavo (Coord.). Temas de direito civil. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TJMG. **Apelação Cível 1.0479.06.112320-0/001**. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123895858/apelacao-civel-ac-10479110144090001-mg/inteiro-teor-123895908>>. Acesso em: 01 maio 2018.

TJMG. **Inteiro Teor da Apelação Cível Nº 1.0024.11.301264-5/001**. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118271431/apela-o-c-vel-ac-10024113012645001-mg/inteiro-teor-118271466>>. Acesso em: 01 de maio de 2018.

TJPI. **Apelação Cível Nº 2010.0001.004533-5**. Disponível em: <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/388906096/apelacao-civel-ac-201000010045335-pi-201000010045335>>. Acesso em: 02 maio 2018.

TJRS. **Apelação Cível Nº 70057020083**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+N%C2%BA+70057020083&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 01 maio 2018.

TJSP. **APL 64222620118260286 SP 0006422-26.2011.8.26.0286**. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp>>. Acesso em: 02 maio 2018.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Multiparentalidade e as Novas Relações Parentais**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DEFESA ANIMAL NA PERSPECTIVA DA NOVA LEGISLAÇÃO

Daniela Eugênio Franco da Silva¹
Mariana Tavares de Melo²

RESUMO: Este trabalho versou sobre a viabilidade jurídica de conferir personalidade aos animais, visando fundamentos éticos e jurídicos para isso, levando em consideração que a legislação brasileira não traz de forma explícita essa alternativa. Desde o animal foi submetido como algo a serviço do ser humano, permanecendo esse pensamento até os dias atuais através do especismo. As legislações modernas, embora os tratem como objetos, apresentam específica tutela por meio da proteção do meio ambiente, que, no entanto, ainda consente sua submissão e uma sanção ínfima para aquele que desrespeita suas vidas e dignidade física. Vários filósofos e juristas começaram a pretender a incumbência do status de sujeito de direito aos animais, objetivando reconhecer sua vida como ser senciente e pôr fim ao sofrimento animal. Há brechas na legislação brasileira, que possibilitam refletir sobre o tema e exemplos estrangeiros que demonstram ser factível o instituto. Há projetos de lei em trâmite solicitando a outorga de uma personalidade *sui generis* aos animais, porém efetivamente, não há ainda alteração. Chega-se à conclusão de que a tutela do animal e do meio ambiente vem ganhando relevância, entretanto para efetivação do defendido neste trabalho é preciso inovação legislativa. Palavras-chave: Meio ambiente. Personalidade Jurídica. Tutela Jurídica.

ABSTRACT: This work focused on the legal feasibility of conferring personality to animals, aiming at ethical and legal grounds for this, considering that Brazilian legislation does not explicitly provide this alternative. The animal has been submitted as something in the service of the human being, remaining this thought until the present day through speciesism. Although modern laws treat them as objects, they have specific protection through the protection of the environment, which, however, still consents to their submission and a slight sanction to those who disrespect their lives and physical dignity. Several philosophers and jurists have begun to claim the status of animal rights subject, aiming to recognize their life as sentient being and ultimately to animal suffering. There are loopholes in Brazilian law, which make it possible to reflect on the theme and foreign examples that prove to be feasible the institute. There are bills pending the granting of a *sui generis* personality to the animals, but in fact there is no change yet. It is concluded that the protection of the animal and the environment has been gaining relevance, however, for the realization of the advocated in this work, legislative innovation is needed.

Keywords: Environment. Legal personality. Legal Guardianship.

1 INTRODUÇÃO

O vínculo homem e meio ambiente sempre aconteceu, o homem explorando a natureza para obter recursos. Tal exploração acontece de maneira contínua e

¹ Discente UNIESP.

² Docente UNIESP.

irresponsável, o que acaba ocasionando a atual crise ambiental que teve o marco principal com a Revolução Industrial e com o aparecimento do capitalismo, quando o indivíduo começou a exceder-se na utilização da natureza com a finalidade de auferir recursos para a produção de mercadorias, ocasionando assim o lucro para a burguesia.

Assim a relevância com o meio ambiente vem progredindo no meio jurídico e no meio social; porém, infelizmente, esse destaque está fundamentado somente em preservar as condições naturais de sobrevivência e não em preservar o meio ambiente pela grandeza que ele tem.

Esse descaso com o meio ambiente acontece de maneira mais intensa em relação aos animais. Nota-se um “embate” que vem de séculos passados, quando alguns filósofos defendiam o distanciamento que havia entre o homem e os animais por serem irracionais, já outros destacavam a relevância do respeito aos animais, que mesmo não sendo racionais, possuem sentimento e sofrem com os maus tratos.

Dessa forma, tiveram início os questionamentos acerca do fato de que apenas o homem seria detentor de dignidade, já que ele participa da natureza, ele precisa respeitar todas as formas de vida presentes, especialmente numa época em que são corriqueiros os maus-tratos contra os animais, sendo que essas condutas acontecem na maioria das vezes por razões banais ou unicamente por divertimento humano.

Ao desenvolvimento deste trabalho, buscar-se-á observar de forma sucinta como o homem guarda uma relação de supremacia e exploração sobre os animais. Referindo-se a um ser vivo, embora não humano, ocasionando assim certo abrandamento em relação aos seus direitos, que são esporadicamente levados em consideração, afinal, a cultura moderna é de que o animal tem a finalidade de servir para a subsistência humana.

Embora exista uma legislação que regulamente e garanta os direitos aos animais, ainda há uma grande carência quando se trata de defendê-los. Há uma grande distinção, acerca dos animais que são tutores de direitos e os que são praticamente menosprezados. Os animais domésticos, por exemplo, cachorros e gatos, são tutelados enquanto os outros animais como vacas, porcos e aves que são explorados e mortos de maneira cruel, pouquíssimo se faz para protegê-los.

Este artigo visa destacar como se dá a defesa animal na perspectiva da nova legislação brasileira, já que a vida deles, é tão importante quanto as demais, sendo necessário que a justiça tutele todos as espécies de animais, sendo eles domésticos, selvagens, aquáticos ou quaisquer tipos.

O presente trabalho é realizado a partir de observações de conteúdos doutrinários, jurisprudenciais, artigos e legislações, fazendo uso assim da pesquisa bibliográfica. Valer-se-á ainda do método dedutivo, visando apresentar os conhecimentos já consagrados.

Diante das condutas de violação contra os animais visou-se observar num primeiro momento o direito dos animais numa perspectiva histórica, num segundo momento o animal como sujeito e objeto de direito, o direito dos animais no direito comparado, destacando a Declaração Universal dos Direitos dos animais, a proteção jurídica dos animais no ordenamento jurídico brasileiro, tanto na Constituição Federal, como no Código Civil e as Legislações Especiais e por fim o posicionamento jurisprudencial pátrio com relação aos direitos dos animais, os danos da extinção de espécies e importância da preservação.

2 PERSPECTIVA HISTÓRICA DO ANIMAL NA VISÃO ANTROPOCÊNTRICA

A desatenção do homem para com a natureza ocorre pela perspectiva antropocêntrica de que os humanos são superiores aos demais seres. O antropocentrismo é uma visão que põe o ser humano como o centro do universo, ao passo que a vida dos não-humanos tem pouco ou nenhum valor moral, sendo estes vistos somente como recursos, bens ou propriedades para a humanidade. Trata-se de uma visão plenamente egocêntrica, que determinam obrigações morais positivas e negativas, levando em consideração unicamente o bem-estar humano.

De acordo com Medeiros (2014, p.35):

O antropocentrismo está calcado na visão de que os animais humanos pertencem a uma categoria especial, pois parte do pressuposto de que a vida humana possui um valor singular, ao passo que as vidas não-humanas, ou seus estados, tem (pouco ou) nenhum valor moral, sendo considerados (pouco ou) nada mais que bens, propriedades ou recursos para a humanidade

Teixeira (2014, 66) conceitua a visão antropocentrista clássica como uma perspectiva caracterizada pela “ausência de valores éticos – tais como a dignidade dos demais seres e a solidariedade entre as gerações”. Chegando à conclusão que: “O antropocentrismo clássico, ao desvincular o homem da natureza e das outras formas de vida, coloca-o no centro da própria ética, e exclui a vida em todas suas formas, pois o homem sente-se como se fosse senhor absoluto delas”.

Pode-se dizer que o homem é, por primazia, o ser da antinatureza. É na realidade sua distinção específica em relação aos demais seres, até mesmo aqueles que parecem mais próximos dele: os animais. É por essa razão que ele resiste aos ciclos naturais, que tem acesso à cultura, bem como à esfera da moralidade que pressupõe ser para a lei e não apenas para a natureza. É por não estar restrito pelo instinto ou apenas pelos processos biológicos que a humanidade tem história, que as gerações seguintes não se assemelham em tudo – à medida que o reino animal preserva uma plena continuidade.

O antropocentrismo pode ser dividido em duas vertentes, a radical e a moderada. A perspectiva radical do antropocentrismo está baseada na noção de que somente os humanos tem valor moral a ser reputado, sendo seus interesses os únicos importantes. Defende ser infundada qualquer limitação da independência ou da inteligência criativa humana, o que a faz uma espécie que ameaça à vida não-humana, à matéria inanimada, e à própria independência no planeta.

Essa linha de pensamento também fundamenta a opressão social, pois ao se apresentar “outros” pela criação de classes dualísticas de pessoa-coisa, onde o conceito inerente de “humano” tem se transformado no tempo e no espaço, igualmente passou a ser natural a exclusão moral de certos humanos por meio da animalização das suas naturezas, em que somente seres humanos “plenos” tem reconhecimento moral e são tratados como fins em si mesmo.

Tal entendimento radical levou inclusive a exclusões sociais: mulheres, negros, indígenas, não eram reputados como indivíduos plenos, tendo sua exclusão baseada na suposta falta de racionalidade. Na mesma linha de pensamento hoje se pode afirmar que animais, plantas e ecossistemas não existem moralmente por não terem racionalidade. É impraticável qualquer forma de ética ambiental dentro dessa conjuntura antropológica radical.

Em compensação, o antropocentrismo moderado defende que o interesse pelo bem-estar humano não precisa impedir um interesse pelo bem-estar dos não-humanos, podendo, até mesmo, possibilitá-lo. Nessa perspectiva ampliada, a harmonia ambiental e a natureza como um bem de uso comum do povo são mecanismos de defesa tanto do homem como também da natureza.

Essa visão não deixa de reputar os humanos como centro da preocupação ética, entretanto, busca a recusa da atuação injustificada, em prol de formas moderadas nas situações de conflito de interesses humanos com os das demais espécies, assegurando, contudo, a supremacia dos direitos daqueles em detrimento destes.

Sendo assim, o antropocentrismo moderado, mesmo defendendo que apenas os humanos são moralmente importantes, defende que eles são parte de um ambiente maior com o qual relacionam-se, por isso a natureza não-humana precisa ser defendida apenas na medida em que essa retrata uma fonte instrumentalmente importante de bem-estar humano, partindo do enriquecimento físico até o intelectual, estético e espiritual. Isto é, é aceitável a preocupação com o ambiente já que se deseja viver num ambiente saudável, usufruir do prazer de ver outros animais e belas paisagens e defender outros seres que tenham utilidade para os humanos atuais e para as gerações seguintes.

Tal discriminação origina o especismo, expressão criada pelo cientista e psicólogo britânico Richard D. Ryder, na década de 1970, para conceituar a superioridade dos interesses humanos em detrimento dos não-humanos, somente por pertencerem a espécies diferentes. O autor empregava o termo com a finalidade de contestar os tratamentos cruéis dados aos não-humanos, baseado na conduta humana discriminatória quanto às demais espécies animais.

Além de apresentar o comportamento discriminatório referente as demais espécies, o especismo tem o papel de criar um paralelo com o racismo e, até mesmo, com o sexismo, já que os dois são modos de preconceito justificados pela distinção na aparência e que ocasionam a exceção da comunidade moral. Os discriminados têm suas personalidades e sofrimentos menosprezados, enquanto suas semelhanças são desconsideradas (FELIPE, 2014)

Baseada na visão antropocêntrica, criou-se a denominada “ecologia rasa”, que considera os seres humanos como localizados acima ou fora da natureza, vendo o mundo como um complexo de objetos isolados, por meio da noção de que os recursos naturais são irrestritos e tem valor simplesmente instrumental a ser utilizado pelos humanos.

Por outro lado, foi criada a ecologia profunda (*deep ecology*), no ano de 1973, pelo filósofo e ecologista norueguês Arne Naess, com influência das teorias de Gandhi, Thoreau, Rousseau, Aldo Leopoldo e Spinoza. A ecologia profunda, uma filosofia moderna ecológica e ambientalista, afirma que cada elemento da natureza deve ser mantido e respeitado, com o objetivo de assegurar o equilíbrio do planeta.

A ecologia profunda tem como perspectiva central o valor intrínseco da natureza, isto é, a noção de que natureza tem valor em si e para si mesma, independentemente da sua serventia para o ser humano. Assim, o homem não pode ser separado psicológica, espiritual e fisicamente do ambiente em que vive, sendo sua obrigação defender o globo terrestre.

2.1 FASE FRAGMENTÁRIA

A primeira fase é chamada de fragmentária e se define pelo início da imposição de controle legal às ações exploratórias no tratamento ambiental e tem como começo oficial da década de 20. Entretanto, esse controle era realizado de maneira exordial porquê de um lado era regulado pelo utilitarismo, já que apenas se protegia o recurso ambiental que tivesse valoração financeira, e de outro pela separação do objeto, o que retirava do meio ambiente uma personalidade própria, como resultado até do artefato legislativo existente.

Milaré (2015) evidencia a relevância do Código Civil/1916, como preliminar de uma legislação ambiental mais peculiar ao trazer alguns componentes ecológicos, principalmente quanto à formação dos conflitos de vizinhança. Mas foi em torno do fim da década de 20 que despontou uma legislação ambiental mais vasta, mesmo que o meio ambiente continuasse a ser entendido de maneira limitada.

Neder (2010, p. 39) diz que o marco do Estado Brasileiro depois da década de 30 referente ao meio ambiente é a organização do controle federal acerca da utilização e ocupação do território e de seus recursos naturais, em um ambiente de disputa entre o governo central e as forças políticas e financeiras de unidades da Federação distintas.

Os recursos ambientais como a água, a fauna, a flora, começaram a ser gerenciados por uma legislação distinta, de forma a não haver articulação entre cada um desses fatores ou entre cada uma das políticas pertinentes.

Sendo assim, a saúde pública passou a ser regulada pelo Regulamento de Saúde Pública ou Decreto nº 16.300/23, os recursos hídricos começaram a ser gerido pelo Código das Águas ou Decreto-lei nº 852/38, a pesca pelo Código de Pesca ou Decreto-lei nº 794/38, a Fauna pelo Código de Caça ou Decreto-lei nº 5.894/43, o solo e o subsolo pelo Código de Minas ou Decreto-lei nº 1.985/40, e a Flora pelo Código Florestal ou Decreto nº 23.793/34.

2.2 FASE SETORIAL

Na década de 60 tem início a segunda fase chamada de setorial, que é marcada pela produção de normas com maiores alusões às matérias ambientais propriamente ditas do que as da fase anterior.

Entre os textos legislativos mais relevantes, evidenciam-se o Estatuto da Terra ou Lei nº4.504/64, o Código Florestal ou Lei nº 4.771/65, a Lei de Defesa à Fauna ou Lei nº5.197/67, o Código de Pesca ou Decreto-lei nº 221/67 e o Código de Mineração ou Decreto-lei nº 227/67. Devido ao destaque dado ao direito de propriedade não havia realmente um cuidado com o meio ambiente, pois não se reputava as vinculações de cada um dos recursos naturais entre si, como se cada recurso ambiental individual não interferisse no restante do meio natural e social ao redor de si. O Estado concentrava sua ação àqueles recursos ambientais naturais com maior relevância e valor financeiro.

Na perspectiva de Neder (2010), a legislação ambiental dessa fase tinha como finalidade possibilitar a regulamentação administrativa centralizada de uma autoridade geopolítica sobre os recursos ambientais como obrigação da União.

Defende ainda que, é na fase setorial, denominada por ele de fase de gestão de recursos naturais, onde o Estado passa a regular a utilização dos recursos ambientais através de outorgas e concessões a particulares, que com isso conseguiriam explorar a fauna, a flora, os minérios, os recursos hídricos, os recursos pesqueiros e a exploração do solo.

Tal organização administrativa era, de fato, concentrado na União, que realizava as políticas relacionadas a cada uma das espécies de recursos ambientais através dos seguintes órgãos: Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF), Departamento Nacional de Prospecção Mineral (DNPM), Superintendência do Desenvolvimento da Pesca (SUDEPE) e Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

Cada órgão desse passou a executar suas atividades e competências em todo o território nacional, desconsiderando a atuação dos outros Entes Federativos, o que levou a ações desarticuladas e discrepantes. Ainda nos dias atuais, a Administração Pública ambiental é traçada pela presença de lógicas setoriais de atividades e de interesses que inviabilizam a concentração das políticas públicas de meio ambiente. Não apenas até esse instante, mas igualmente nos momentos precedentes, a legislação ambiental brasileira estava relativamente em cadência com a legislação internacional, retratando a ausência de conscientização ambiental da época.

Após a 2ª Guerra Mundial, com o crescimento desorganizado da produção agrícola e especialmente da produção industrial, o esgotamento dos recursos naturais ficou claro. Entretanto, apenas a partir de meados da década de 60, com a propagação de informações relacionadas ao aquecimento global do planeta e ao aumento do buraco na camada de ozônio na atmosfera, bem como, as ocorrências de catástrofes ambientais, como por exemplo o vazamento do petroleiro Torrey Canyon em 1967 e a risco imobiliário contra o parque de Vanoise, na França, é que a sociedade civil iniciou, de forma gradual, a formar uma consciência ambiental.

2.3 FASE HOLÍSTICA

No ano de 1972, a Organização das Nações Unidas realizou em Estocolmo, a 1ª Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente, produzindo no fim a

Declaração Universal do Meio Ambiente, que determinava que os recursos naturais, como a água, o ar, o solo, a flora e a fauna, precisam ser preservados em benefício das gerações futuras, sendo a competência de cada país reger esse preceito em sua legislação, de forma que esses bens sejam adequadamente protegidos. Tal declaração deu início para que a lei brasileira, e as outras legislações ao redor do planeta, alinhassem a doutrina defensiva com a publicação de regras ambientais mais vastas e efetivas. Milaré (2015, p. 131) defende que no Brasil, apenas a partir da década de 80, a lei começou a considerar o meio ambiente de uma maneira global e integrada.

O primeiro marco dessa fase, foi a Lei nº 6.938/81, que determina acerca da Política Nacional do Meio Ambiente. A legislação determinou de maneira progressiva e inovadora as definições, preceitos, finalidades e instrumentos para a tutela do meio ambiente, reconhecer ainda a relevância deste para a vida e para a qualidade de vida.

O outro marco foi a promulgação da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), que regulamentou a Ação Civil Pública como mecanismo de tutela do meio ambiente e dos outros direitos difusos e coletivos, ademais possibilitou que os prejuízos causados ao meio ambiente pudessem realmente alcançar o Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 foi outro ponto de grande relevância da legislação ambiental ao empregar tais elementos em um capítulo voltado totalmente ao meio ambiente e em vários outros artigos em que igualmente versa sobre esse tema, fazendo com que o meio ambiente atingisse à classe de bem tutelado constitucionalmente.

Importante destacar ainda a promulgação da Lei de Crimes Ambientais ou Lei nº 9.605/98, que estabelece normas acerca das sanções penais e administrativas empregadas às condutas e ações lesivas ao meio ambiente. A citada Lei regeu mecanismos relevantes da legislação ambiental como a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica e a responsabilização penal da pessoa jurídica. É necessário ressaltar que é apenas na FASE HOLÍSTICA que desponta o Direito Ambiental adequadamente definido, seus princípios, finalidades e mecanismos inerentes. Nessa fase, surge a noção de intercomunicação e interdependência entre

cada um dos fatores ambientais que constituem o meio ambiente, o que faz com que esses fatores devam ser tratados de maneira equilibrada e integrada

3 ANIMAL COMO SUJEITO E OBJETO DE DIREITO

Doutrinariamente encontram-se posicionamentos discordantes. De um lado tem os que defendem ser os animais sujeitos do direito, outros os reputam como objetos e existe também os que defendem que eles são sujeito-objeto.

Como justificativa maior do animal como objeto destaca-se o art. 82 do Código Civil Brasileiro. São, assim, tutelados apenas como propriedade de alguém que seja sujeito de direitos (SOUZA, 2014).

Entretanto, os que defende os animais como sujeitos defendem que mesmo havendo uma relação de propriedade entre o homem e animal, este não pode tratá-lo de forma cruel, sendo portadores de direitos referentes à sua condição de ser vivo como bem determina o art. 32 da Lei nº 9.605, de 1998 e demais leis como a própria Constituição Federal. Por fim, os animais são vistos como sujeito-objeto. A seguir serão apresentados tais posicionamentos.

3.1 SUJEITO DE DIREITO

Com a finalidade de uma melhor compreensão sobre a relevância da inserção dos animais não-humanos na situação de sujeitos de direito, observa-se-á a essência dessa definição, expondo no que ela consiste.

Conforme as definições trabalhadas pelo direito, as pessoas são os titulares de poder de ação nas relações jurídicas, assim reputadas sujeitos destas relações. Compreende-se que no direito subjetivo, existe uma relação jurídica determinada entre um sujeito ativo, titular de do direito, e um sujeito passivo, ou diversos sujeitos passivos, ocasionando uma prerrogativa para o titular em face destes (GONÇALVES, 2017)

Isto é, o entendimento ou não de um indivíduo como sujeito de direito resulta de forma direta na capacidade que este possui de ter direitos. A percepção doutrinária civilista é de que os animais não são sujeitos de direito, levando em

consideração até mesmo quando eles são tutelados contra atos de cruéis, nestes casos estão sendo objetos e o indivíduo que, na realidade, tem seu direito protegido.

No entendimento de Monteiro (2016, p. 98), quanto a legislação que tutela os animais:

Nem por isso, entretanto, se tornam sujeitos de direitos. Como dizem Ruggiero-Maroi, os animais são tomados de consideração apenas para fins sociais, pela necessidade de se elevar o sentimento humano, evitando-se o espetáculo degradante de perversa brutalidade. Nem se pode dizer igualmente que os animais tenham semidireitos ou sejam semipessoas, como quer Paul Janet.

Bem claro os traços antropocêntricos que baseiam esta teoria civilista e, embora essa concepção represente o senso comum dos juristas, fica evidente que ela não corrobora com a realidade.

Ainda relacionado aos sujeitos de direito e suas relações jurídicas é preciso explicar que nem todos os sujeitos de direito são pessoas, visão essa já há muito tempo pacificada e inclusive inserida no sistema legislativo nacional.

Conforme Coelho (2017, p.234):

Sujeito de direito é o centro de imputações de direitos e obrigações referido em normas jurídicas com a finalidade de orientar a superação de conflitos de interesse que envolvem, direta ou indiretamente, homens e mulheres. Nem todo sujeito de direito é pessoa e nem todas as pessoas, para o direito, são seres humanos.

Assim, embora toda pessoa natural seja sujeito de direito, nem todo sujeito de direito é pessoa. O doutrinador citado usa dois requisitos para categorização dos sujeitos de direito: “o primeiro divide-os em personificados e despersonificados, pois os sujeitos podem ser pessoas ou não. O segundo distingue entre os sujeitos humanos e não-humanos Coelho (2017)

No que diz respeito a definição de pessoa cabe mencionar que, no ordenamento jurídico brasileiro, existem dois tipos de pessoas: físicas e jurídicas. As físicas são os seres humanos e a jurídica são entes constituídos pelo conjunto de homens para fins específicos, como por exemplo as associações, sociedades e fundações

Nessa linha, a ideia de sujeito de direito defendida pela teoria moderna abre espaço para o derrocada das classes clássicas, tendo a própria dogmática jurídica aceitando a criação de personalidades jurídicas artificiais.

Importante destacar que ser sujeito de direito não significa que as pessoas possuem capacidade jurídica. Em casos específicos, deve-se invocar outros institutos jurídicos, para que atuem como ferramentas onde serão apresentados os direitos e deveres desse titular. Sendo assim, o legislador brasileiro escolheu a representação, para reparar essa incapacidade em juízo ou diante de terceiros.

Essa escolha é exposta no art. 120 do Código Civil, que diz: “Art. 120. Os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas respectivas; os da representação voluntária são os da Parte Especial deste Código” (BRASIL, 2002)

O instituto da representação, no entendimento de Gonçalves (2017, p. 235):

(...) tem o significado, pois, de atuação jurídica em nome de outrem. Constitui verdadeira legitimação para agir por conta de outrem, que nasce da lei ou do contrato. A representação legal é exercida sempre no interesse do representado, enquanto a convencional pode realiza-se no interesse do próprio representante, como sucede, por exemplo, na procuração em causa própria.

Logo, mesmo que certas pessoas físicas sejam reputadas como incapazes, esse fato não tira delas a titularidade de direitos. A mesma linha de pensamento pode ser empregada aos animais, que mesmo incapazes, precisam ser vistos como sujeitos de direito, já que podem ser representados e ter seus direitos tutelados pelos órgãos competentes.

Para a legislação brasileira os relativamente incapazes por não terem a aptidão necessária para realizar atos da vida civil devem ser assistidos por representantes legais, com isso terão alguém para tutelar seus interesses. Neste sentido também defende Blanco (2014, p. 83) que :

A visão tradicional civilista de enquadramento animal na categoria de ‘coisa’ é falha e não mais corresponde aos anseios sociais e ambientais. Lembremos que: (i) a lei não limita a personalidade jurídica aos seres humanos, mas, ao contrário, a estende a entidades inanimadas concebidas pela capacidade simbólica humana; (ii) os incapazes também não podem exercer por si direitos, e, só por ficção, seriam titulares de deveres. (...) O que faz um ser titularizar direitos subjetivos é ter seu interesse reconhecido

pelo Direito. Este direito é reconhecido no regime jurídico do Civil Law quando decorrente de um sistema de direito positivo, decorrência esta que se realiza por uma interpretação jurídica axiologicamente orientada (afinal, o sistema jurídico é aberto à moral, devendo se adequar a consciência ética reinante no meio social). Os animais já possuem os seus interesses tutelados juridicamente. Falta, todavia, uma interpretação normativa cogente que reconheça estes interesses e lhes atribua os direitos subjetivos correspondentes.

Dessa forma, no emprego da lei não é cabível mais a interpretação dos animais como objetos e sim como seres sencientes que são, mesmo não tendo capacidade de realizar atos da vida civil podem ser reputados sujeitos de direitos, já que possuem seus interesses reconhecidos juridicamente e tem quem os represente no âmbito jurídico, que no caso é o Ministério Público. Assim por versar sobre uma vida sendo representada, que é um bem difuso no ordenamento jurídico qualquer pessoa pode fazer esta representação dos direitos de um animal perante o judiciário.

A efetiva visão dos animais com este status jurídico é essencial e pode ser fundamentada pelo princípio da igualdade de interesse entre as espécies, pondo fim ao especismo e compreendendo que eles são sujeitos de uma vida, assim defendendo o estado físico e psicológico do animal.

É um ponto que pode ser entendido em forma de princípio do art. 225, parágrafo 1º, inciso VII da Constituição Federal, o chamado Princípio da Senciência. Com essa base é factível defender de modo mais eficiente o direito dos animais como sujeito e indivíduos que tem direito a uma vida sem sofrimentos.

3.2 OBJETO DE PROTEÇÃO JURÍDICA

Em conjuntura relacionada, Madeira Filho (1999, p. 31) utilizando a própria literalidade da categorização dos animais enquanto coisas, requerendo por um “direito das coisas” explica que:

Examinemos bem esse termo: “Direito das Coisas”. No que concerne aos preceitos normativos, esse diz respeito a uma subdivisão do Direito Civil em seu aspecto patrimonial; trata-se do direito da pessoa frente às coisas, entendidas essas como bens. Todavia, se fôssemos interpretar a o pé da letra o termo, as coisas se veriam como sujeitos de direitos, no sentido de que, afinal, os “Direitos...” são “das coisas”. Estaríamos, então, próximos à idéia do chamado Direito Natural, onde um cachorro, uma lombriga ou um homem teriam todos, indiferentemente, direito à vida; onde o direito sobrepaira, inalienável e soberano, sobre tudo e todos.

Tal emprego do direito é muito empregada por estar no ordenamento jurídico no art. 82 do Código Civil e igualmente porque ainda na sociedade tutela-se demais a propriedade privada, como também os mais positivistas defendem este emprego.

O animal é reputado como um objeto, e está assim categorizado na divisão do Código Civil:

Seção II Dos Bens Móveis

Art. 82. 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)

A doutrina ao versar sobre um objeto, esta se refere a um bem, que para Coelho (2017, p. 185) quer dizer “bem é tudo que pode ser pecuniariamente estimável, isto é, precificado, avaliado em dinheiro, traduzido em quantia monetária”.

Assim, por serem reputados como um bem ou propriedade, os animais são mantidos a partir do interesse do seu dono, porém ainda assim seu tutor não tem o direito de desfrutar do seu bem como bem entender como em tempos passados, nos dias atuais é preciso seguir algumas normas, como por exemplo, a proibição de práticas cruéis contra animais, assegurado pela Constituição Federal em seu art. 225, inciso VII. Sob a perspectiva jurídica os animais são tutelados como coisas ou semoventes ou coisas sem dono de acordo com o Código Civil Brasileiro, dessa maneira, são tutelados pela natureza absoluta do Direito de Propriedade, isto é, propriedade privada do homem e são suscetíveis de apropriação.

Na legislação brasileira é possível encontrar os dois posicionamentos, tanto o animal como objetos, como também sujeitos de direito, com sensibilidade, impondo a todos a obrigação de respeitarem a sua vida, liberdade corporal e integridade física, vedando de forma expressa as condutas que ponham em risco seu papel ecológico, causem a sua extinção ou os sujeitem à crueldade, já que a Constituição Federal reputa pela concepção do meio ambiente, isto é, o animal é parte do meio ambiente e assim integrante do direito difuso e não sujeitos de apropriação pois seriam um bem de todos e para o Código Civil os animais são considerados como bens e regidos pelo direito a propriedade.

Logo, os animais não devem ser somente protegidos como um objeto/bem de uso do homem, já que tem seus próprios atributos que precisam ser reconhecidos e tutelados pelo homem, o conteúdo constitucional tem que ser interpretado dando vasta defesa ao animal, como sujeito de direito.

4 DIREITO DOS ANIMAIS NO DIREITO COMPARADO

A análise da tutela jurídica dos direitos dos animais não humanos, levando em consideração as legislações de outros países, constitui uma maneira de estudar criticamente o modo como o ordenamento jurídico brasileiro trata da questão, principalmente no que diz respeito à concepção filosófica (antropocêntrica, biocêntrica ou senciente) utilizada pelo direito brasileiro corrente.

Objetivando uma maior compreensão do momento legislativo atual referente aos direitos dos animais – e, conseqüentemente, do sentimento em diversas sociedades de como esses animais não-humanos devem ser tratados – tratar-se-á a análise da perspectiva legislativa em diversos países acerca do tema. Deve-se ressaltar, para isso, alguns indicadores legislativos, que indicarão o nível de evolução de cada país quanto ao respeito aos animais. Serão analisados enfoques como o reconhecimento legal da senciência animal (isto é, da sua aptidão de sentir e ter consciência), a presença de leis que criminalizam maus-tratos, tutela legal contra sofrimentos, entre outros elementos.

De início, destaca-se a situação presente no Reino Unido. Na Inglaterra, o Ato de Bem-Estar Animal, de 2006, reconheceu a senciência para animais vertebrados. Apesar dessa palavra não ter sido empregada diretamente, a lei faz referências à violações que provoquem sofrimentos, não apenas físicos, bem como mentais e que os animais precisam apresentar comportamento normal, com a finalidade de não caracterizar a ocorrência de maus-tratos (INGLATERRA, 2006). Ao tratar de sofrimento mental e precisão de ter comportamentos normais, nota-se que, de acordo com essa lei, os animais possuem capacidade de sentir. E, indo além, nas notas elucidativas do teor legislativo defende-se que: “ O Ato somente se aplicará para animais vertebrados, como esse são atualmente os únicos animais comprovadamente sencientes (tradução nossa) ” (INGLATERRA, 2006). A lei

igualmente é empregada no País de Gales e, quanto ao demais países do Reino Unido, a Escócia e a Irlanda do Norte têm mecanismos com dispositivos similares: o Ato de Saúde e Bem-Estar de 2006 – da Escócia – e o Ato de Bem-Estar dos Animais de 2011 – da Irlanda do Norte.

As mesmas legislações são utilizadas para responder questionamentos acerca da existência de tutela legal contra o sofrimento animal: na Inglaterra e em Gales, o Ato de 2006 atribui penalidades aos tutores e demais pessoas que provocarem sofrimento ao animal por ações ou que não prevenam que sofrimento seja provocado (omissão). Em especial o dono do animal responderá judicialmente se falhar na prevenção ou na tomada de decisões apropriadas para defesa de que outra pessoa ocasione sofrimento desnecessário ao seu animal por ação ou omissão. Tutelas similares aparecem no Ato de Bem-Estar dos Animais (2011) e no Ato de Saúde e Bem-Estar Animal (2006). Igualmente criminaliza atividades mutilem e envenenem os animais, além da participação em rinhas. Evidencia-se que os animais tutelados por esta lei são os domésticos e outros que estejam sob o controle humano – assim, animais selvagens apenas serão tutelados pelo Ato se não viverem na natureza (INGLATERRA, 2006).

Quanto à penalidade prevista para tais ações ou omissões, tem-se na lei vigente na Inglaterra e em Gales a determinação para pena de prisão por até cinquenta e uma semanas e/ou multa de até vinte mil libras esterlinas. Ademais, o magistrado pode tirar do tutor a custódia do animal e empregar uma ordem de incompetência para quem for condenado – sendo assim, ele não poderá, no tempo que o tribunal achar justo, ter sob sua guarda outro animal, ter controle sobre animais ou transportá-los, por exemplo (INGLATERRA, 2006). Na Irlanda do Norte, existe determinações semelhantes, com sanções de até seis meses de prisão e/ou multa de máxima permitida em lei, na hipótese de condenação sumária, e prisão de até dois anos e/ou multa no caso de condenação de acordo com o indiciamento (IRLANDA DO NORTE, 2011). A legislação escocesa, por sua vez, aplica pena de até doze meses de prisão e/ou multa de até vinte mil libras esterlinas (ESCÓCIA, 2006).

A lei da África do Sul, igualmente não apresenta de forma direta a senciência animal, porém, ao versar sobre as possíveis maneiras de provocar sofrimentos a

animais, inseriu no Ato de Proteção Animal os comportamentos de enfurecer ou assustar animais – o que apresentaria o reconhecimento de certa maneira de consciência e sentimentos (ÁFRICA DO SUL, 1962). A lei se refere a animais domésticos e pássaros, estando a vida selvagem tutelada somente quando se encontra sob o controle humano (ÁFRICA DO SUL, 1962). Logo, não abrange animais selvagens ou peixes.

Quanto à tutela contra o sofrimento, a legislação africana defende que todo ato de crueldade é vedado. A lei traz um rol detalhado, que prevê a vedação de atividades como sobrecarga em animais; aprisionamento ou amarrá-los; abandono; negar comida ou água – propositalmente ou por negligência; perserva-los em locais sujos ou com parasitas ou deixar de levar ao veterinário quando for preciso, dentre outros (ÁFRICA DO SUL, 1962). Existe igualmente uma previsão geral que veda qualquer ação ou omissão que traga ou facilite a presença de ato que cause sofrimento desnecessário ao animal (ÁFRICA DO SUL, 1962). Outro mecanismo relevante é aquele que responsabiliza o tutor por qualquer sofrimento ocasionado ao seu animal se a ação ou omissão que o ocasionou poderia ter sido evitado se ele tivesse realizado uma fiscalização apropriada com cuidados adequados (ÁFRICA DO SUL, 1962). Estando prevista sanção de multa e/ou prisão por até um ano na hipótese de realização de algum dos crimes apresentados na lei.

A respeito do real emprego dessa lei na conjuntura sul africana, pode-se detectar que diversas ONGs e sociedades civis de preservação da natureza existem no país, sendo que várias delas possuem também autorização para fazer fiscalizações de bem-estar animal. Dessa forma, não somente a polícia fiscaliza, sendo que, na realidade, estima-se que a maioria das fiscalizações são feitas através das ONGs. Esses fiscais têm vasto poder, inclusive o de entrar em locais fechados para realizar investigações, contanto que possuam autorização do magistrado ou tribunal. De fato, ações oficiais pelas autoridades governamentais são reputadas ineficientes ou inexistentes, em razão da ausência de recursos, ausência de treinamentos e sanções inadequadas (WORLD ORGANISATION FOR ANIMAL HEALTH, 2011, p. 15).

Entretanto, talvez a questão mais sensível seja referente aos safáris, os quais acontecem frequentemente na África do Sul, fazendo parte da economia local

(WORLD ORGANISATION FOR ANIMAL HEALTH, 2011, p. 2). Neles, a caça é autorizada, devendo os interessados conseguir licenças para praticá-la. Porém, há limites: o governo restringe espécies e locais em que a caça é legal. Na hipótese de animais tutelados, é vedada a caça, captura, busca, perseguição ou emboscada. A restrição ocorre também em decorrência do meio utilizada para a caçada, por exemplo, não é possível caçar rinocerontes brancos ou pretos, leões, crocodilos do Nilo e elefantes utilizando arco e flecha (ÁFRICA DO SUL, 2015).

Como é possível aprender por essa breve abordagem das experiências jurídicas ao redor do mundo de legislações que defendem os animais, os países se encontram em momentos variados de desenvolvimento: uns buscam uma maior proteção e outros ainda possuem referências restritivas aos direitos dos animais. Mas, em todos percebe-se alguma tentativa de restringir os atos que podem ser cometidos contra eles, o que em si já é bastante significativo, um senso comum mundial mais benéfico com relação aos direitos dos animais não-humanos.

Vale ressaltar que no estudo da legislação comparada aqui estabelecido, que as muitas formas de tutela legal dos animais não humanos, nos países citados, possui relação direta com as interferências da concepção filosófica empregada pelo legislador: antropocêntrica, biocêntrica ou senciente. Os países que ainda tratam os animais como coisas empregam a perspectiva antropocêntrica, já que animais não humanos são reputados como coisas (objetos) para servir ao homem. A vertente teórico-legislativa desconsidera a doutrina da senciência por reproduzir a dogmática premissa de que a falta de racionalidade é justificativa para a classificação jurídica dos animais não humanos como coisas, e não sujeitos de direito.

Por outro lado, a doutrina filosófica biocêntrico-senciente dá um novo significado a definição de sujeito de direitos, não limitando a tutela jurídica somente aos homens, por serem dotados de racionalidade e terem o direito à personalidade jurídica, estabelecida na legislação civil. A superação da perspectiva antropocêntrica no entendimento jurídico do tema passa, de início, pela compreensão de que os sujeitos de direitos são todos aqueles que tem o direito fundamental de tutela jurídica da vida e de sua dignidade. Os animais não humanos, mesmo não tendo sido classificados como seres possuidores de personalidade jurídica, possuem o direito de terem protegida sua vida e dignidade, o que requer uma tutela jurídica

específica quanto à sua integridade. Para isso, é preciso desconstruir o direito proposto pela modernidade, que volta a tutela jurídica somente àqueles sujeitos reputados pelo homem como merecedores de tal defesa. Quer dizer que o reconhecimento dos animais não humanos como possuidores de direitos assegura sua defesa jurídica contra a crueldade, maus tratos, garantindo-se a defesa de sua dignidade não mais considerando a premissa antropocêntrica, pois o referencial filosófico desse entendimento filosófico é a senciência e o biocentrismo, que abrange a definição jurídica de sujeito de direitos para garantir defesa jurídica a todos os animais, indistintamente.

4.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais é um documento a que frequentemente se recorre quando se versa sobre direitos dos animais, ética e respeito; sendo assim, essenciais são algumas explicações a seu respeito, levando em consideração a quantidade de informações erradas que veiculadas corriqueiramente.

Na doutrina nacional sobre o assunto, normalmente, encontram-se os dados de que a Declaração Universal dos Direitos dos Animais teria sido promulgada no ano de 1978, pela Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), e de que o Brasil seria um de seus signatários; quanto ao lugar da promulgação, alguns doutrinadores sugerem Paris, outros Bruxelas.

Entretanto, não existe qualquer registro formal da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, nem mesmo nos sites da UNESCO ou da Organização das Nações Unidas, de forma que várias dúvidas ainda permanecem

Inicialmente, o projeto da Declaração foi elaborado pelo belga Georges Heuse. O texto, depois de muitas mudanças, foi aceito pelo Conselho Nacional da Proteção Animal, sob o tema “Os Direitos do Animal, doze princípios a respeitar”, e foi vastamente divulgado por essa associação, conseguindo o apoio da população francesa, através de cerca de 2 milhões de assinaturas (NEUMAN, 2014).

A respeito de sua nomenclatura, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais não se encaixa na conceituação de declaração que a doutrina de Direito

Internacional confere ao termo, isto é, não se trata de um ato que estabeleça princípios jurídicos ou normas ou de uma regra de Direito Internacional que confirme um posicionamento político comum (MAZZUOLI, 2018). Ela é, sim uma declaração de ordem ética e moral, que não tem qualquer força normativa ou regulamentar. A Declaração versa sobre uma perspectiva filosófica que deve regular as relações entre seres humanos e animais.

Entretanto, mesmo não possuindo força imperativa, a Declaração Universal é um documento muito disseminado e suas prescrições, mesmo com todas as críticas cabíveis, fundamentam o trabalho em prol do direito dos animais, na conjuntura legislativa e jurisprudencial.

Em contrapartida, a necessidade de um documento internacional de proteção animal que seja normativo e cogente é imediata, e que obrigue, efetivamente, os países signatários a seguirem suas determinações

Sendo assim, a ONG *World Animal Protection* busca pela aprovação da Declaração Universal de Bem-Estar Animal, que, conforme a própria organização, “sinalizaria com um compromisso global pela transformação da proteção animal em uma prioridade de fato e de direito. Ela seria um estímulo para a promoção de mudanças em âmbito regional, nacional e internacional”.

Isto posto, seguem sucintas considerações acerca da Declaração Universal dos Direitos do Animal que visa superar a ética antropocêntrica em prol da biocêntrica. Entretanto, sem deixar de se reputar sua meritória intenção, existem consideráveis críticas a ela direcionadas.

A despeito da sua relevância quando se versa acerca dos direitos dos animais não humanos, evidencia-se incoerências claras no texto Declaração, pois, ao mesmo tempo em que ela promove, na introdução, a isonomia entre os animais, o direito à existência e ao respeito, possibilita o uso dos animais para fins de alimentação, labor e experimentação, por exemplo.

A introdução da Declaração Universal dos Direitos dos Animais assim determina:

Considerando que todo o animal possui direitos;
Considerando que o desconhecimento e o desprezo desses direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra os animais e contra a natureza;

Considerando que o reconhecimento pela espécie humana do direito à existência das outras espécies animais constitui o fundamento da coexistência das outras espécies no mundo;

Considerando que os genocídios são perpetrados pelo homem e há o perigo de continuar a perpetrar outros;

Considerando que o respeito dos homens pelos animais está ligado ao respeito dos homens pelo seu semelhante;

Considerando que a educação deve ensinar desde a infância a observar, a compreender, a respeitar e a amar os animais.”.

Em seguida, contrastando e, até mesmo digladiando com o conteúdo acima transcrito, a Declaração é composta por dispositivos como:

“Artigo 3º

1.Nenhum animal será submetido nem a maus tratos nem a atos cruéis.

2.Se for necessário matar um animal, ele deve de ser morto instantaneamente, sem dor e de modo a não provocar-lhe angústia.

Artigo 7º

Todo o animal de trabalho tem direito a uma limitação razoável de duração e de intensidade de trabalho, a uma alimentação reparadora e ao repouso.

Artigo 8º

1.A experimentação animal que implique sofrimento físico ou psicológico é incompatível com os direitos do animal, quer se trate de uma experiência médica, científica, comercial ou qualquer que seja a forma de experimentação.

Artigo 9º

Quando o animal é criado para alimentação, ele deve de ser alimentado, alojado, transportado e morto sem que disso resulte para ele nem ansiedade nem dor.

Os preceitos apresentados acima, além de indicarem um contraste com a introdução e com os objetivos da Declaração, ainda asseveram que quando se versa sobre os direitos dos animais não humanos, a Declaração, lamentavelmente, apresenta um tendência claramente antropocêntrico atenuada e bem-estarista, estando muito aquém das pretensões abolicionistas, o que seria a conjuntura perfeita em prol da vida animal.

Perante todas as considerações, considerando o deficit de normatividade e a natureza da Declaração bem longe dos princípios abolicionistas, sem embargo de sua relevância, percebe-se que o caminho a ser percorrido ainda é muito longo.

5 TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Nessa parte do trabalho apresenta-se a tutela animal no ordenamento brasileiro, começando pela Constituição Federal e sua defesa tanto ambiental quanto individual, passando pelo Código Civil chegando enfim a legislação especial e a relevância de sua evolução, enfatizando a Lei de Crimes Ambientais.

5.1 NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Conforme Afonso da Silva (2017, p.85), a Constituição Federal “[...] equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau”. Dessa forma, a Constituição é a regra maior dentro do ordenamento brasileiro, sendo a referência e a fundamento para elaboração das outras normas.

Assim, uma tutela constitucional relacionada aos animais significa – ou deveria significar – integridade de uma matéria que não pode ser desrespeitada por qualquer outra regra nacional, dando maiores garantias a questão. A Constituição, no art. 225, §1º, VII, versa sobre a defesa animal, com objetivo de proteger o direito de todo ser humano a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (BRASIL, 1988).

Esta é a regra fundamental sobre o tema, já que além de estar presente na Constituição, traz uma efetivação que a lei ambiental não detinha: a fauna, como modo de vida, está protegida pela lei protetiva do meio ambiente e especialmente pela Lei nº 5.197/67, que determina acerca da tutela da fauna, limitando a definição à fauna silvestre, hipótese em que a Constituição contornou ao não determinar a fauna a ser protegida e muito menos definindo uma definição, possibilitando assim que os animais domésticos igualmente fossem constitucionalmente tutelados (FIORILLO, 2018)

O mencionado artigo versa acerca da defesa animal num viés quase que totalmente antropológico, com objetivo de proteger, acima de tudo, o direito essencial da sociedade de viver em um ambiente sadio e equilibrado, o que depende da proteção ambiental e de sua manutenção. É evidente que a defesa animal na esfera jurídica nacional tem como fundamento o proveito que o indivíduo terá.

É igualmente por esse artigo, concomitante com o art. 3º, V, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Leinº 6.938/81) que fica subentendido que a fauna é vista no ordenamento jurídico brasileiro como bem de uso comum do povo, assim, os animais ficam à mercê da boa vontade humana, sendo usados em razão da sobrevivência salutar do homem.

A inovação da norma é p final do inciso VII, que ao mencionar a proibição de praticas crueis aos animais, entra numa esfera moral, desligando a fauna da concepção ecológica para reputá-la sob um aspecto majoritariamente ético. É essa tendência ética que possibilita, juridicamente, estabelcer a personalidade jurídica do animal, pois significaria uma tutela para além da perspectiva ambiental, levando em consideração sua senciência.

Uma barreira a essa nova perspectiva foi a Emenda Constitucional nº 96 de 2017, que inseriu o §7º do art. 225 da Constituição Federal, colocando no texto constitucional uma ressalva à proibição da crueldade. Se tratando de uma contradição do constituinte, pois mesmo que a Constituição Federal não determine, no inciso VII do §1º do art. 225, o conceito de crueldade, a legislação especial se o faz, estabelecendo no art. 32 da Lei nº 9.605/98 ser crime contra a fauna “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos” (BRASIL, 1998).

Assim, pela simples descrição da lei especial e pela vedação da crueldade determinada na Constituição Federal, as praticas realizadas com uso animal reputadas de manifestação cultural deveriam ser vedadas. É importante destacar que, não se deve confundir a real cultura, como aprimoração da dignidade, com simples reiteração de costumes. Não é pelo fato de uma prática ser realizada frequentemente que pode ser reputada como cultura, nem que precise ser reconhecida, motivada e mantida.

O art. 225, parágrafo 1º, inciso VII, na Constituição Federal, pode ser reputada como um marco para o constatação, no Brasil, do valor intrínseco a todos os animais. A Constituição possibilitou uma interpretação que abrangesse a dignidade animal e proporcionou a formação jurisprudencial da definição de não crueldade animal.

Ademais, os artigos 20 a 26, bem como o art. 30 todos da Constituição, mostram que a competência legislativa e de matéria, é da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sendo assim, pode-se ver que cada órgão possui a obrigação para com a coletividade em defender e reparar, caso haja algum dano. A União determina quais os bens submetidos a sua tutela. Em seguida tem-se o art. 23 a 26 que define acerca da competência dos entes públicos. Igualmente o inciso LXXIII, art. 5º afirma que qualquer cidadão pode entrar com uma ação popular, para revogar ato lesivo que possa prejudicá-lo.

5.2 NO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil de 1916, não possuía questões ambientais, regendo apenas a propriedade sobre o animal, como elemento do capital de seu proprietário, como determinava o art. 1.420, quando põe que “ao proprietário caberá o proveito, que se obtenha dos animais mortos, pertencentes ao capital” (BRASIL, 1916).

Na verdade, o Código de 1916 tinha um caráter patrimonialista, especialmente porque à sua época, o Código Civil era reputado como o conteúdo jurídico que regulava as relações entre particulares, existindo uma ausência de comunicação com a Constituição Federal e seus preceitos (BARROSO, 2015.)

Ao passo que a Constituição se tornou o cerne do sistema jurídico, começou a operar como “filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil” (BARROSO, 2015, p. 403). Assim, o Código Civil começa a ser interpretado em conformidade com a Constituição, sendo imposto novos valores e preceitos.

Logo, com as transformações de paradigmas oriundos da Constituição Federal de 1988, como a igualdade, a solidariedade social e a dignidade humana, o Código Civil de 2002 já despontou com uma natureza diferente da anterior. O princípio da dignidade da pessoa humana, suscitou uma “despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito” (BARROSO, 2015, p. 412).

Não obstante, o Código de 2002 não versou de a matéria animal de forma distinta, reputando-os bens de propriedade humana, como pode-se perceber com a leitura do inciso II do art. 1.313, que fala da apropriação do animal como coisa do

proprietário: “Art. 1.313. O proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso, para: II - apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que aí se encontrem casualmente” (BRASIL, 2002).

Como já mencionado, o direito civil brasileiro reputa como particular qualquer bem que não for de propriedade das pessoas jurídicas de direito público interno, abrangendo os animais.

Mas, ainda que a tutela direta não tenha sido empregada, o Novo Código Civil conferiu alterações relevantes para o status dos animais na ordem jurídica moderna, como apresentado em seu art. 1.228, §1º, em que estabelece a necessidade da propriedade observar a preservação da fauna e o equilíbrio ecológico.

Ademais, o Código Civil de 2002 não disciplinou matérias existentes no antigo código, como por exemplo, a caça e a pesca, se restringindo a determinar acerca dos bens e sua propriedade, o que igualmente exprime a alteração estrutural do código com intenção de respeitar a perspectiva constitucional.

É essa transformação na conjuntura civilista, com base nos princípios constitucionais, que torna factível a visualização de uma tutela moderna aos animais. Assim, se a Constituição Federal, como já mencionado, possibilita a perspectiva da personalidade jurídica dos animais com fundamento na proibição de práticas cruéis aos animais, entrando num âmbito ético, o Código Civil, sendo regra reguladora resultante da Constituição, igualmente se pode reputar, de certa maneira, aberta a tal possibilidade.

Mesmo não tendo alteração formal na esfera civil em relação à personalidade jurídica dos animais, tal cenário é mais atingível do que se pensa, levando em consideração os exemplos de mudanças realizadas em outros países, desobriga, de certa maneira, o legislador brasileiro de grandes inovações jurídicas.

No Brasil, alguns projetos de lei tem como finalidade alterar o Código Civil quanto aos animais, como por exemplo, o Projeto de Lei 6799/2013, de autoria do Deputado Federal Ricardo Izar, que inseri um parágrafo único ao art. 82 do Código Civil, determinando que a definição de bens móveis apresentado no caput não deve ser aplicado aos animais domésticos e silvestres. Conforme este projeto, a lei visa afastar a “coisificação” dos animais, e dar a eles um regime jurídico especial, considerando sua natureza jurídica *sui generis*.

Outro projeto com finalidade semelhante foi o 7991/2014, de autoria do Deputado Eliseu Padilha, que sugeria a introdução de um art. 2-A ao Código Civil, prescrevendo uma personalidade *sui generis* aos animais, devido a sua condição de ser senciente. Assegurando ainda direitos fundamentais de alimentação, integridade física, liberdade e sobrevivência física.

Além desses, importante mencionar o Projeto de lei 3670/2015, oriundo do projeto lei 351/2015 do Senado, de autoria do Senador Antonio Anastasia. Que visava promover mudanças no Código Civil no intuito de determinar os animais como bens móveis, e não como coisas. Tal proposta, contudo, não traria alterações práticas significativas, pois, o Código Civil já versa sobre os animais como bens móveis passíveis de movimento próprio, de acordo com o art. 82.

Esses projetos continuam aguardando aprovação, o que quer dizer que nenhuma alteração, até então, no status jurídico dos animais diante do Código Civil brasileiro.

5.3 LEGISLAÇÃO ESPECIAL

No ano de 1934, o primeiro código florestal foi promulgado, através do Decreto 23.793, que teve importante função ao defender as florestas, tutelando a fauna e a flora. Foi então revogado pelo Código Florestal de 1965 – Lei 4.771 –, que igualmente foi revogado pelo atual Código Florestal de 2012 – Lei 12.651 –, que permanece tutelando a fauna silvestre. O Código Florestal ainda ampara a necessidade da propriedade proteger a fauna e o ambiente ecológico a sua volta, da mesma forma que o Código Civil de 2002.

Em 1941, a lei de Contravenções penais, decreto-lei 3.688, estabeleceu sanção para aquele que tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo, como também para aqueles que realizarem espetáculos públicos e impor experiências dolorosas ou cruéis.

A Lei nº 5.197/67, que delibera a respeito da tutela da fauna, inclui na própria definição de fauna os ninhos, abrigos e criadouros naturais de animais fora do cativeiro (art. 1º), de forma a ampliar a proteção da norma. Tal lei, igualmente denominada de Lei da caça, veda a caça profissional e a venda do objeto da caça.

Em 1981, foi promulgada a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938) que tem como finalidade preservar, melhorar e recuperar a qualidade ambiental do país, através de ações governamentais.

Por fim, em 1998 promulgou-se a denominada Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), que versa sobre as sanções penais e administrativas oriundas de condutas e atividades prejudiciais ao meio ambiente, como os crimes de maus tratos contra animais, a apreensão/caça ilegal de animais, a caça em período proibido, bem como o crime de poluição que ocasione à morte de animais, considerando, contudo, legal o abate de animais em certas conjunturas:

Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado: I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família; II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente; III – (VETADO); IV - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente (BRASIL, 1998)

A Lei nº 9.605/98, no art. 32 revogou o art. 64 da Lei de Contravenções Penais, por ser mais abrangente, pois a Lei de Contravenções Penais não estabelecia o tipo de maus tratos por abuso, ferimento ou mutilação do animal, o que resultava em uma interpretação limitativa e na maioria das vezes vantajosa ao criminoso.

Um avanço em relação a dignidade do animal, é o art. 32 §1º da Lei nº 9.605/98 onde inviabiliza a realização de vivissecção, ou seja, a dissecação de animais vivos com a finalidade de realizar estudos, pois criminaliza a “experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos” (BRASIL, 1998).

Quanto à experimentos com animais, foi promulgada a Lei nº 11.794/08, que rege procedimentos para o uso científico de animais. Apresenta as possibilidades em que a experimentação é autorizada, e confere ao CONCEA – Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal –, no art. 5º, inciso III, o papel de “monitorar e avaliar a introdução de técnicas alternativas que substituam a utilização de animais em ensino e pesquisa” (BRASIL, 2008).

Apesar das normatizações sobre o tema, é notável tanto na Lei nº 11.794/08 como no art.32, §1º da Lei de crimes ambientais que nas conjunturas onde não

houver opção, o animal não estará livre da morte para experimentação, pois o interesse humano é prioritário. Ou melhor, exemplo na própria Lei nº 11.794/08 dessa prioridade do interesse humano sobre os animais em momentos que não seja necessário o ato, por exemplo, a marcação do animal para identificação, autorizada pela lei em seu art. 3º, inciso II do parágrafo único, e por ela declarada como geradora de dor ao animal, “desde que cause apenas dor ou aflição momentânea ou dano passageiro” (BRASIL, 2008).

Muitas outras legislações que abrangem o uso animal vigoram ou estão em tramitação como projeto de lei, sobre rodeios, vaquejada e demais práticas vistas como expressões culturais. Contudo, tratam-se de legislação que mesmo dispendo acerca da regulamentações e supervisões dos procedimentos, não tem a tendencia de forma alguma à tutela animal, tendo como finalidade a proteção do total exercício das manifestações culturais e não da proteção do meio ambiente, perante a dualidade constitucional.

6 DA EXTINÇÃO DE ESPÉCIES E A PRESERVAÇÃO

A preservação dos ecossistemas naturais, flora, fauna e os microrganismos, assegura a sustentabilidade dos recursos naturais e possibilita a conservação de diversos serviços fundamentais ao bem-estar humano. O Brasil, por ser um país de realce por sua pluralidade biológica, tem grandes desafios e responsabilidades quanto à conservação de espécies.

Com a finalidade de reduzir as ameaças e o risco de extinção de espécies brasileiras da fauna e flora, o Ministério do Meio Ambiente (MMA) produziu o Programa Nacional de Conservação das Espécies Ameaçadas de Extinção (Pró-espécies), através da [Portaria nº 43](#), de 2014. Esse programa é a consequência de um trabalho composto entre MMA, ICMBio e JBRJ e significa um grande progresso em direção a realização dos compromissos acordados pelo país, com ênfase para as Metas de Aichi, os [Objetivos do Desenvolvimento Sustentável](#) e a Aliança Brasileira para Extinção Zero, constituída pela [Portaria nº 287](#), de 2018 (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2019).

Nos dias atuais, as principais causas de extinção são a degradação e a divisão de ambientes naturais, resultado da abertura de grandes áreas para realização de pastagens ou agricultura convencional, extrativismo desorganizado, crescimento urbano, ampliação da malha viária, poluição, incêndios florestais, constituição de lagos para hidrelétricas e mineração de superfície. Esses fatores reduzem o total de habitats disponíveis às espécies e aumentam o nível de isolamento entre suas populações, diminuindo o fluxo gênico entre estas, o que pode acarretar perdas de variabilidade genética e, eventualmente, a extinção de espécies.

Outra justificativa relevante que ocasiona a extinção de espécies é a inserção de espécies exóticas, isto é, aquelas que são transportadas para além dos limites de sua área de convívio de origem. Tais espécies, por seus benefícios competitivos e privilegiadas pela falta de predadores e pela degradação dos ambientes naturais, predominam os espaços ocupados pelas espécies nativas. No combate dessas ameaças, o Programa Pró-espécies estrutura e determina as ações de prevenção, preservação, manejo e coordenação,

O fato de extinguir espécies ou a ameaça de extinção, influencia na cadeia alimentar, atingindo os predadores daquelas, que terão dificuldades para conseguir alimentos, com também as suas presas naturais, que terão desenvolvimento desordenado. O que reproduzi um ciclo vicioso de desequilíbrio ambiental que alcançará às espécies da flora, que igualmente padecerão com a desarmonia, tanto de predadores naturais como das espécies polinizadoras.

Assim, resguardar os animais não é apenas um tema ecológico e cultural. A influência da degradação e extinção de espécies da fauna afeta diretamente na vegetação e, conseqüentemente, no bioma por completo, acometendo igualmente os rios e cursos d'água e a qualidade do ar, e ainda dos indivíduos que precisam da pesca, da caça ou do extrativismo para sua sobrevivência.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É vasta a propagação do entendimento de que o animais não são vistos como criaturas sensíveis, capazes de sofrer, devido ao Código Civil que os teria

diminuídos a bens móveis, susceptíveis de movimento próprio ou de retirada por força de outrem. Ao designá-lo como “coisa”, o atual regime jurídico estaria obstando que o animal seja aceito como sujeito de direitos, possuidor de personalidade própria, o que viria em detrimento da defesa jurídica de seus direitos.

Entretanto, é adequado afirmar que o regime jurídico reputa como coisas os animais, que não seriam sujeitos de direitos? E originaria dessa conceituação sua impune subordinação à crueldade? Com certeza que não.

A legislação especial que protege os animais nunca os reputou como coisas, mas sim como seres vivos, vulneráveis ao sofrimento, sujeito a práticas cruéis e possuidores de direitos a serem protegidos em juízo.

O que há é uma desconformidade entre o atual Código Civil Brasileiro e a legislação especial. Ao passo que o Código Civil, manteve definições apresentadas no código anterior de 1916, a legislação especial já aceita o animal como ser efetivo, passível de sofrimento, já em 1924, quando surgiu o primeiro instrumento protecionista (Decreto Federal nº 16.590, de 10 de setembro de 1924), além de designá-lo como ser dotado de direitos, com a elaboração do Decreto Federal nº 24.645, de 10 de julho de 1934 (art.3,§2º).

O Código Civil atual, reproduziu as conceituações do antigo diploma, datado de 1916, tempo em que não existia qualquer norma de natureza protecionista, de maneira a preservar no Código Civil de 2002, em seu art. 82, a mesma categorização apresentada no art. 47 do Código de 1916, que determinava como móveis os bens sujeitos de movimento próprio. Mas se o animal, fosse simples coisa, aquele que o molesta deveria responder por crime de dano e não pelo crime de maus-tratos. E a Constituição da República, no art. 225, §1º, inciso VII, ao decretar que cabe ao Poder Público proibir as condutas que submetam animal à crueldade, estaria defendendo que coisas estão sujeitas a condutas cruéis? Claro que não.

Além de não ser coisa, o animal é visto pela legislação como sujeito de direitos sim, e há muitos anos. Importante apenas analisar que no art. 2º, §3º, o Decreto Federal nº 24.645/34 defende que “os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros das sociedades protetoras dos animais” (BRASIL, 1934)

Ademais, apenas podem ser assistidos em juízo por seus substitutos legais aqueles que são possuidores de direitos a serem protegidos em juízo. E somente são providos de direitos aqueles que podem ser reputados por sujeitos de direitos!

Passando longe de reputar os animais como coisas ou como seres que não possuem direitos, a legislação não precisa de reforma em seus conceitos, principalmente o Código Civil, que não é o diploma qualificado para lhes conceder tutela legal, pois a defesa de seus direitos ocorre através de legislação especial.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. **Animal Protection Act. 16 jun. 1962**. Disponível em: <<http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/Act%2071%20of%201962.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 27 de out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 22 de out. 2019.

_____. **Código Penal. 12 nov. 1874**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_cod_penal.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em 24 de nov. 2019.

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em 26 de nov. 2019

_____. **Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm. Acesso em 27 de nov. 2019.

BLANCO, Carolina Souza Torres. **O Enquadramento Constitucional dos animais não humanos**. Revista Brasileira de Direito Animal, 2014

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo manual de direito comercial: direito de empresa**. 29. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS. Disponível em: <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>. Acesso em 07 de nov. 2019.

ESCÓCIA. **Animal Health and Welfare Act. 2006**. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/19_08_07_animalhealthwelf_scot2006.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2019.

FELIPE, Sônia T. **Por uma questão de princípios: alcances e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2014

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017

INGLATERRA. **Animal Welfare Act. 08 nov. 2006**. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/45/pdfs/ukpga_20060045_en.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019

_____. **Explanatory Notes to Animal Welfare Act. 2006**. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/45/notes>>. Acesso em: 07 nov. 2019

IRLANDA DO NORTE. **Welfare of Animals Act. 2011**. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/niu/2011/16/pdfs/niu_20110016_en.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2019.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Conservação de espécies**. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/biodiversidade/conservacao-de-especies.html>. Acesso em 27 de nov. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5.ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 43. ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

MADEIRA FILHO, Wilson. Do direito das coisas. In: *Revista Consulex*, ano III, Volume I, n. 27. Brasília: Consulex, 31 de março de 1999.

MILARÉ, Edis. **Direito do Meio Ambiente**. 10ª ed., revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direitos dos Animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014

NEDER, Ricardo Toledo. **Crise socioambiental**: Estado e sociedade civil no Brasil (1982-1998). São Paulo: Annablume-Fapesp, 2010

NEUMAN, Jean-Marc. **La Déclaration Universelle des Droits de l'Animal ou l'égalité des espèces face à la vie**. In: HANNI, Julia; KUHNE, Daniela; MICHAEL, Margot. (Eds.) *Animal Law – Tier und Recht – Developments and Perspectives in the 21st Century – Entwicklungen und Perspektiven im 21. Jahrhundert*. Zurich/St. Gallen, 2014

SOUZA, Gustavo Vieira de Moraes. **Personalidade Jurídica para os Grandes Primatas**. In: *Revista Internacional de Filosofia da Moral*. Florianópolis: Ethica, 2014.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **Curso de direito Constitucional positivo**. 40. ed., rev. e atual. até a Emenda constitucional n. 95, de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **A Fundamentação Ética do Estado Socioambiental**. Porto Alegre: Editora Fi; EdiPUCRS, 2014

WORLD ANIMAL PROTECTION. **Apoie a Declaração Universal de Bem-estar Animal**. Disponível em: <<https://www.worldanimalprotection.org.br/nosso-trabalho/protecao-animal-global/apoie-declaracao-universal-de-bem-estar-animal>>. Acesso em: 06 de nov. 2019

SUPERENDIVIDAMENTO À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

Hayanne Waleska dos Santos Cabral¹
Valberto Alves de Azevedo Filho²

RESUMO: O referido trabalho tem como objetivo esclarecer as tipificações que a legislação modificativa do Código de Defesa do Consumidor traz e tecer comentários de súmulas relacionadas com o tema. Para que assim haja um fortalecimento judicial e extrajudicial nas relações em que o consumidor esteja superendividado. Analisamos defesa do consumidor como direito fundamental, constituição da cultura do consumo, lei de usura a inconstitucionalidade da súmula 381, o conceito do superendividamento, método de conciliação no superendividamento e a conclusão de que a prevenção e o tratamento são métodos eficazes para sanar esse fenômeno.

Palavras-chave: Superendividamento, Projeto de Lei, Código de Defesa do Consumidor, Educação Financeira, Cultura do Consumo.

ABSTRACT: The purpose of this work is to clarify the typifications that the amending legislation of the Code of Consumer Protection brings and make commentary of precedents related to the subject. So that there is a judicial and extrajudicial strengthening in relations in which the consumer is over-indebted. We analyze consumer protection as a fundamental right, constitution of consumer culture, law of usury and unconstitutionality of the summary 38, the concept of over-indebtedness, the method of reconciliation in over-indebtedness, and the conclusion that prevention and treatment are effective methods to address this phenomenon.

Keywords: Super Indebtedness, Bill, Consumer Defense Code, Financial Education, Consumer Culture.

1 INTRODUÇÃO

Observa-se que a prática do superendividamento aufere visibilidade social, logo se faz necessário a possibilidade de acionar dispositivos essenciais para garantir a sua atenuação, como por exemplo uma legislação própria. Atualmente há um alto percentual de pessoas físicas que estão superendividadas, acarretando insolvências, nutrido assim um sistema de obstáculos jurídicos, sociais e econômicos. A dificuldade em adimplir suas obrigações se deve a diversos fatores, como, por exemplo, a falta de autonomia para repactuação de suas dívidas levando

¹ Discente UNIESP.

² Docente UNIESP.

em consideração sua renda, publicidades enganosas e a falta de educação financeira. É necessário enxergar sob uma ótica macro e micro para solucionar tal assunto.

*O endividamento é um fato inerente à vida em sociedade, ainda mais comum na atual sociedade de consumo. Para consumir produtos e serviços, essenciais ou não, os consumidores estão – quase todos – constantemente se endividando. A nossa economia de mercado seria, pois, por natureza, uma economia do endividamento. Consumo e crédito são duas faces de uma mesma moeda, vinculados que estão no sistema econômico e jurídico de países desenvolvidos e de países emergentes como o Brasil. **O superendividamento pode ser definido como a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos).** (MARQUES, 2006)*

O superendividamento do consumidor é um assunto de importância social tão relevante que muitos países como, França, Alemanha, Dinamarca e Estados Unidos, dentre outros já adotaram legislação especial própria para solução de tal problema. O Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 283/2012 gerou o PL nº 3.515/2015 que foi criado para trazer meios de solucionar essa problemática social, econômica e jurídica. A lei nº 8.078/1990 do Código de Defesa do Consumidor deverá ainda ser aperfeiçoada para que o consumidor excluído seja reintegrado e seu poder de adesão seja restituído, sendo este o objetivo da Política Nacional Das Relações de Consumo. De logo se faz imprescindível à proposta legislativa de regulamentação do superendividamento, trazendo para o Código de Defesa do Consumidor inserções para melhor funcionalidade, prevenção, soluções e a educação financeira do consumidor.

O Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 283/2012 interage socialmente como direito básico do consumidor a responsabilidade nas operações de crédito, de educação financeira, de prevenção e cautela das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas. (SARNEY, 2015). Portanto é uma medida que merece a devida eficácia e desembaraço.

Em se tratando de ordem social, econômica e jurídica, há uma necessidade de legislação especial própria, para que assim sejam prevenidos e solucionados os casos de superendividamento. Intentando um funcionamento jurídico saudável, que

é capaz de definir concisa e nitidamente os consumidores que se encontram nessa situação, foi que o Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 283/2012 que gerou a PL nº 3.515/2015 trouxe as tipificações desse tema.

Este trabalho trata-se de uma pesquisa explicativa com estudo descritivo, analítico e sintético, em coerência com a realidade Brasileira de aplicação do ordenamento jurídico, para que assim possa se chegar a uma conclusão que resulte em uma solução, obtendo referências a partir de pesquisas às bases de dados do *Google acadêmico*, *SciELO*, *Lilacs*, entre outras. Utilizando os idiomas Português e Inglês, como também referências bibliográficas.

O tema é aplanado, fazendo um retrato fiel do direito de defesa fundamental do consumidor, constituição da cultura do consumo e comentários sobre a Lei de Usura 22.626/33, o Art. 52 do CDC e as súmulas 379, 380 e 381, tecendo comentários com intuito de fortalecer e massificar a proteção ao consumidor final afim de extinguir, ou diminuir o fenômeno do superendividamento.

2 DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A gênese do Direito do Consumidor tem seu registro no discurso histórico do presidente dos Estados Unidos, John F. Kennedy, no qual tal autoridade salientou de forma inovadora e surpreendente que não se poderia tratar relações jurídicas onde uma das partes tem sua autonomia de negociação mitigada, do mesmo modo com que se trata convenções jurídicas onde as partes contratantes estão em pé de igualdade e exercem sua autonomia da vontade e da negociação de forma plena. Conforme Sodré (2009) no ordenamento brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica, específica e autônoma que vem com viés de tutelar os vínculos advindos de uma relação consumerista. Em um conflito, tal lei tem prevalência superior. A constituição elevou a proteção do consumidor da esfera constitucional quando inseriu nos direitos fundamentais. (Constituição Federal, Art. 5, XXXII) “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Interessante também observar que no artigo 170, V da Constituição versa sobre a ordem econômica e financeira:

Art.170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência

digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V- Defesa do consumidor; (Constituição Federal, Art.170)

A forma de inserção tanto no rol dos direitos fundamentais no artigo 5 da CF e no artigo 170 nos mostra a preocupação do estado enquanto as formas de consumo tanto para o cidadão quanto para o mecanismo econômico do país.

A construção de tal ordenamento foi feita em acordo com a necessidade pulsante da época. Novamente é necessário se debruçar sobre um novo fenômeno que não podemos ignorar, o superendividamento. Os meios de solução de tal problema buscam conectar-se para atenuar a vulnerabilidade do consumidor nas relações contratuais e assim fechar tal aresta que contribui para a somatização desse infortúnio na sociedade.

É possível entender que a condição de impossibilidade econômica de adimplir as dívidas, em que se encontra o falido, coloca-o em posição de inferioridade capaz de permitir que ele as cumpra de maneira diversa da contratada, adequando sua prestação a sua realidade. Atender-se ia a isonomia substancial fazendo um exercício de diálogo das fontes entre as leis civis que regulam o contrato entre particulares e os princípios constitucionais fundamentais, bem como, os princípios de direito do consumidor, do intuito de flexibilizar o cumprimento da prestação pelo superendividado. (SCHMIDT NETO, 2012 p. 424).

Logo vemos, que para que, exista uma relação equânime entre consumidor e fornecedor, há a necessidade de uma legislação própria para sanar o superendividamento e garantir os direitos fundamentais.

3 CULTURA DO CONSUMO, LEI DE USURA E COMENTÁRIOS SOBRE SÚMULAS DO STJ

3.1 CONSTITUIÇÃO DA CULTURA DO CONSUMO

A oferta de crédito e a carência financeira no Brasil, formam a equação certa para provocar o superendividamento. As causas externas necessitam ser consideradas, nesse caso, as variantes de que todo ser humano esta sujeito. Logo se faz necessário que tais questões sociais precisam ser tratadas com grande relevância nesse cenário, o estímulo de publicidades é sem duvida uma

intensificação para tanto levando a compras irrefletidas, mas também existem as forças externas a negociação da relação consumerista a exemplo de despesas inesperadas no seio familiar e política econômica recessiva.

No entanto o estímulo sensorial da cultura de consumismo, causa no consumir um efeito determinante para caracterização do mesmo dentro da sociedade.

O objetivo crucial, talvez decisivo, do consumo na sociedade de consumidores (mesmo que raras vezes declarado com tantas palavras e ainda menos frequência debatido em público) não é a satisfação de necessidades, desejos e vontades, mas acomodação ou recomodificação do consumidor: elevar a condição dos consumidores à de mercadoria. (BAUMAN, 2008, p. 76).

Uma das facilidades imaginárias que os fornecedores proporcionam é a ideia de que a fácil adesão de produtos no Brasil por meio de cartão de crédito é mais vantajosa, sendo que, se tais vantagens não forem utilizadas em conjunto com a educação financeira, causam serios danos às finanças do indivíduo.

Em notícia da Serasa Experian, pela declaração de seu gerente Vander Nagata (2014), deixa isso ainda mais claro.

O crédito é um poderoso instrumento para o desenvolvimento econômico, mas se for pago. Se houver calote é prejudicial, pois destrói valor e afeta a qualidade de vida dos cidadãos, que passam a enfrentar as dores de cabeça do superendividamento, e de toda a cadeia produtiva. Empresas, sociedade civil organizada e governos devem encarar o grande desafio de educar financeiramente nossos consumidores. (NAGATA, 2014).

Somado à má gestão do crédito, instituições financeiras oneram excessivamente o consumidor omitindo e cobrando taxas abusivas. Observamos o art. 52 do CDC que se refere a práticas que se não seguidas podem colocá-lo em desvantagem.

No fornecimento de produtos ou serviços que envolvam outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informa-lo prévia e adequadamente sobre:

- I- Preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II- Montante do juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III- Acrescimos legalmente previsto;
- IV- Número e periodicidade das prestações;
- V- Soma total a pagar com e sem financiamento. (Art. 52 do CDC).

3.2 LEI DA USURA

A lei da usura Decreto nº 22.626 de 1933, em seu artigo 5º, só aborda os juros de mora, deixando brecha para livre estipulação de outras taxas de juros, a exemplo dos juros remuneratórios. Sendo assim, uma lei incompleta. Conforme o Superior Tribunal Federal, na Súmula 596, afirma a incompletude anteriormente mencionada, ao endossar que a Lei da Usura “não se aplica às taxas de juros e outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional”.

Mais uma vez, a liberdade concedida aos bancos, faz com que os princípios que norteiam o Código de Defesa do Consumidor sejam ignorados, bem como os direitos e garantias fundamentais da Constituição. Ainda, a Súmula 382 do STJ que diz que juros acima de 12% ao ano por si só, não indica abusividade, sendo assim, os bancos podem cobrar taxas que estejam de acordo com a média de mercado, mesmo que essa média seja muito alta, onerando excessivamente o consumidor.

3.3 COMENTÁRIOS SOBRE SÚMULAS DO STJ

A Súmula 379 do STJ na tentativa de evitar uma alta taxação por parte dos ofertantes de créditos, sobre o consumidor final dispõe sobre contratos bancários, e os juros que podem ser atribuídos. O Superior Tribunal de Justiça cuidou para que os juros não fossem muito onerosos, estimulando juros em até 1%, mas não quer dizer que eles estejam mais brandos, pois é possível a livre fixação, desde que em degrau inferior ao de 1% ao mês. Essa súmula teve como base o artigo 543-C do CPC que regula o envio de recursos repetitivos para o STJ e a lei número 4.595 de 1964 que regula atividades de banco, financeiras e instituições semelhantes. Súmula 379 versa integralmente: “*Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser fixados em até 1% ao mês*”.

Acontece que o nível das demandas para revisão dos contratos estão crescendo excessivamente e grande parte dos empréstimos estão sendo resolvidos na justiça, pelo número cada vez crescente não há como atender a quem mais precisa de maneira correta. Os Juizados Especiais Cíveis (JECs) tratam de causas

cujo valor não ultrapassa 60 vezes o salário mínimo vigente e mesmo assim também passa a enfrentar uma demanda de causas em demasia. Um das principais causas da abertura dessas ações são os juros moratórios, logo observamos que estabelecer um limite para os juros parece uma maneira de dissipar tal problema.

Para afirmar isso, devemos observar que com um teto legal para fixação de juros por instituições bancárias já evita um eventual descalabro por parte de tais conglomerados bancários e os altos juros impostos no caso de moratórias pode vir a ser facilmente solucionado. E com os juros mais baixos a chances do cidadão comum de fazer cessar suas dívidas aumentam, sem ter que recorrer à justiça. Vislumbrando assim um sistema de justiça mais desafogado, que possa de fato focar no que é mais complexo e relevante.

Em alguns casos concretos o autor propõe uma ação revisional na intenção de ganhar mais tempo para arrecadar fundos e adimplir sua dívida, assim suspendia os juros e correções monetárias. A propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor, logo, a Súmula 380 do Superior Tribunal de Justiça foi criada com intuito de evitar que atentem contra os credores sendo indivíduos ou empresas, ou instituições bancárias que não possuem crenças no tocante a tal ação revisional proposta. Tem como base o artigo 543-C do CPC, que trata dos recursos repetitivos do STJ. Assim dispõe esta Súmula 380: *"A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor."*

Logo, para que entrem com uma ação revisional é necessário uma motivação genuína de revisão e não tão somente atrasar e ganhar tempo, fazendo com que instituições jurídicas e financeiras se debrucem sobre algo sem necessidade. Pois é dispendioso para as instituições financeiras contratar advogados, custo processual e consultores jurídicos. No tocante as instituições jurídicas voltamos a vislumbrar um resumo das atividades processuais a fim de diminuir o número de ações revisionais e fazer com que se tornem legítimos seus objetivos foi que esta súmula foi criada.

Há na súmula 381 do STJ observações interessantes e críticas contundentes que defendem a sua inconstitucionalidade. Deve ser entendida literalmente e assim versa a mesma, Súmula 381: "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas."

Ainda, a máxima da súmula 381 é fazer com que a parte, no caso, o consumidor que deve provocar tal ação do magistrado, não o estado juiz. Sob a ótica das instituições jurídicas melhora a corrida por varas e magistrados, pois alguns podem julgar uma ou outra cláusula como abusiva ou não, também é considerado sob o mesmo ponto de vista que podem diminuir as ações que tenham intuito meramente protelatório.

Ao analisarmos, esta súmula tem o propósito de sintetizar e inibir a parte postulante de requerer seu direito fundamental, desconsiderando a vulnerabilidade do consumidor e seus direitos e garantias fundamentais. Além da súmula 381 ser aparentemente inconstitucional. Dado que O STJ proibiu ao julgador de ofício declarar a abusividade das cláusulas nos contratos bancários. Logo vemos que toda percepção a ser feita com relação às cláusulas abusivas ficou por parte do consumidor, que é de óbvio a parte vulnerável na relação contratual. Então, afirmamos que há um vício insanável de ilegalidade e inconstitucionalidade em tal súmula.

O código de Defesa do Consumidor ajusta a questão das cláusulas abusivas de maneira muito clara quando dispõe que são nulas de pleno direito. Art. 51 caput, por consequência do vício ser irreversível. Ainda citamos Marques, que diz:

[...] Como já escrevi, tenho certeza que o e. STJ em sessão especial, Tribunal da Cidadania e defensor dos consumidores cancelará a súmula 381, por suas falhas técnicas, evitando a mencionada inconstitucionalidade, ou esclarecerá a sua não aplicação aos contratos bancários com consumidores, pois de trata de uma nulidade absoluta de proteção dos consumidores, a prevista no art. 51 do CDC com relação a todas as cláusulas abusivas, mesmo as presentes em contratos bancários. Em conclusão, o Juiz deve (ir, por consequência, sempre pode) assegurar a efetividade das normas de defesa do consumidor do CDC, normas de ordem pública (art.1), conhecendo de ofício a sua violação, se há processo judicial, devendo interpreta-las e integrar as eventuais lacunas sempre da maneira mais favorável ao consumidor, em face do mandamento constitucional (Art.5, XXXII, da CF) e promoção dos seus direitos! [...]. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006).

Os consumidores constantemente lesados, por desconhecer se o código de defesa do consumidor tem aplicabilidade no sistema bancário e financeiro, vinham sofrendo, tendo sua vulnerabilidade desconsiderada nas relações contratuais, teoricamente passam a usufruir de um sistema equânime, quando a Súmula 297 do

STJ foi editada, que diz que “o código de defesa do consumidor é aplicável às instituições financeiras”, porém, não é o que se vê na realidade.

5 SUPERENDIVIDAMENTO

O Projeto de Lei nº 283/2012 é orientado pelo mínimo existencial, para solucionar o superendividamento juntamente com o Código de Defesa do consumidor, faz com que o consumo da pessoa física seja moderado, também trazendo a educação financeira e medidas de solução judiciais e extrajudiciais, concretizando assim o princípio da dignidade da pessoa humana. Tribunais Brasileiros já proporcionam a criação de um plano de pagamento para liquidar suas dívidas, já ao se falar em prevenção o projeto de lei trás medidas que ampliam a Política Nacional das Relações de Consumo Art.4 CDC e também a execução para essas políticas Art.5 CDC.

O superendividamento tem características impiricas e subjetivas, e esse Projeto de Lei tras a seguinte definição de superendividamento:

Art. 104-A, § 1º: Entende-se por superendividamento o comprometimento de mais de trinta por cento da renda líquida mensal do consumidor com o pagamento do conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas, excluído o financiamento para a aquisição de casa para a moradia, e desde que inexistentes bens livres e suficientes para a liquidação do total passivo (BRASIL, 2012).

No tocante a conceitos a definição do projeto de lei e a doutrinaria trazem duas observações que participam entre si, a empírica quando o Projeto de Lei delimita o parâmetro de mais de trinta por cento da sua renda líquida mensal e a teórica que conceitua superendividamento como “impossibilidade global” (MARQUES, 2006):

O superendividamento pode ser definido como a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos). (MARQUES, 2006)

A solução para o superendividamento é apreciada pelo Projeto de Lei Do Senado n 283, de 2012, que visa realizar de forma objetiva a prevenção e solução desse tema, tendo como base a educação financeira:

Art.4 IX – fomento de ações visando à educação financeira e ambiental dos consumidores;

X – prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.” (NR)

Art.5 VI – instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural;

VII – instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento.

Art.6 XI – a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas;

XII – a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito;

XIII – a informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tal como por quilo, litro, metro ou outra unidade, conforme o caso. (BRASIL, 2012)

Devemos analisar o Brasil em nível de educação financeira cidadã, o país é o 74º em ranking global de educação financeira, ficando atrás de países mais pobres, análise feita pela revista Exame em 2015.

Princípios e recomendações de educação financeira:

1. A educação financeira deve ser promovida de uma forma justa e sem vieses, ou seja, o desenvolvimento das competências financeiras dos indivíduos precisa ser embasado em informações e instruções apropriadas, livres de interesses particulares. [...] (OCDE, 2005).

Quando se é caracterizado como fornecedor, é necessário que exista uma responsabilidade financeira com o consumidor final, como está descrito no Art.6 Inciso III do Código de Defesa do Consumidor, é direito saber-se sobre todas as informações do produto de forma adequada e clara, características, qualidades, tributos incidentes e preço, assim como também os riscos.

- [...] 2. Os programas de educação financeira devem focar as prioridades de cada país, isto é, se adequarem à realidade nacional, podendo incluir, em seu conteúdo, aspectos básicos de um planejamento financeiro, como as decisões de poupança, de

endividamento, de contratação de seguros, bem como conceitos elementares de matemática e economia. Os indivíduos que estão para se aposentar devem estar cientes da necessidade de avaliar a situação de seus planos de pensão, necessitando agir apropriadamente para defender seus interesses. [...] (OCDE, 2005).

A educação financeira sendo bem construída e aplicada na sociedade, proporcionará melhor qualidade de vida aos cidadãos, através da própria administração dos gastos pessoais, recursos que são poupados, os recursos obtidos de terceiros e os investimentos pessoais, proporcionando um planejamento que não vise somente o curto prazo, mas também o longo prazo da vida do cidadão, o que melhora a sociedade como um todo.

[...] 3. O processo de educação financeira deve ser considerado, pelos órgãos administrativos e legais de um país, como um instrumento para o crescimento e a estabilidade econômica, sendo necessário que se busque complementar o papel exercido pela regulamentação do sistema financeiro e pelas leis de proteção ao consumidor. [...] (OCDE, 2005).

Uma sociedade bem educada financeiramente proporciona uma quantidade de poupança adequada à economia do país, aumentando a oferta de recursos à taxa de juros mais baixa, facilitando o investimento das empresas e proporcionando um crescimento estável. Os órgãos administrativos legais do Brasil vão realizar a educação financeira com o Projeto de Lei do Senado nº 283 e sua aplicação no CDC, como deixa claro no Art. 4 do Projeto que versa sobre o fomento de ações de educação financeira para o cidadão.

[...] 4. O envolvimento das instituições financeiras no processo de educação financeira deve ser estimulado, de tal forma que a adotem como parte integrante de suas práticas de relacionamento com seus clientes, provendo informações financeiras que estimulem a compreensão de suas decisões, principalmente nos negócios de longo prazo e naqueles que comprometam expressivamente a renda atual e futura de seus consumidores. [...] (OCDE, 2005).

Há a necessidade objetiva das instituições financeiras trabalharem a favor de um bem comum, pois o superendividamento não é saudável para ambos os lados, logo, o estímulo da consciência de como melhor alocar seus recursos fará com que o superendividamento seja prevenido antes de instituído.

[...] 5. A educação financeira deve ser um processo contínuo, acompanhando a evolução dos mercados e a crescente complexidade das informações que os caracterizam. [...] (OCDE, 2005).

De óbvio a legislação que foi proposta busca uma evolução nas relações contratuais, afim de nutrir um sistema saudável, capaz de não excluir o cidadão do mercado de consumo, isso faz com que a educação financeira fique cada vez mais importante e influente.

[...] 6. Por meio da mídia, devem ser veiculadas campanhas nacionais de estímulo à compreensão dos indivíduos quanto à necessidade de buscarem a capacitação financeira, bem como o conhecimento dos riscos envolvidos nas suas decisões. Além disso, precisam ser criados sites específicos, oferecendo informações gratuitas e de utilidade pública. [...] (OCDE, 2005).

Os veículos de informação que hoje estimulam as percepções sensoriais e o estímulo ao consumismo desenfreado deve repercutir de igual e maior modo um fortalecimento de uma cultura benéfica, que não comprometa a renda do cidadão, fazendo com que ele esteja recebendo essas informações abertamente, sem nenhum empecilho.

[...] 7. A educação financeira deve começar na escola. É recomendável que as pessoas se insiram no processo precocemente. [...] (OCDE, 2005).

Quando falamos na solução do superendividamento, falamos de forma direta na prevenção e para colocar em pratica é de suma importância que a educação de suas finanças alcance o cidadão quando ele está em fase de juventude.

[...] 8. As instituições financeiras devem ser incentivadas a certificar que os clientes leiam e compreendam todas as informações disponibilizadas, especificamente, quando forem relacionadas aos negócios de longo prazo, ou aos serviços financeiros, com conseqüências relevantes. [...] (OCDE, 2005).

As instituições financeiras devem se certificar que toda a informação sobre o produto ou serviço foi repassada para o consumidor, no entanto não é o que acontece na prática, podemos perceber que muitos fornecedores se omitem e portanto a legislação para resolver o superendividamento foi concebida.

[...] 9. Os programas de educação financeira devem focar, particularmente, aspectos importantes do planejamento financeiro pessoal, como a poupança e a aposentadoria, o endividamento e a contratação de seguros. [...] (OCDE, 2005).

O foco dessa temática são os aspectos básicos para boa saúde do planejamento a longo prazo.

[...] 10. Os programas devem ser orientados para a construção da competência financeira, adequando-se a grupos específicos, e elaborados da forma mais personalizada possível. (OCDE, 2005).

A competência financeira é o ato de entender e por em prática os ensinamentos sobre o setor financeiro, e para adéqua ao dia a dia individual é necessário que se personalize em conjunto com seu orçamento.

As recomendações e os princípios da OCDE (organização para cooperação e desenvolvimento econômico) especificam as práticas para a funcionalidade da educação financeira, indicando como é possível tal mecanismo pode ser eficaz e conseqüentemente atuar no controle e prevenção do superendividamento.

É imprescindível perceber que a estrutura do país a nível de liberação de linhas de crédito à taxas de juros abusivas, possibilita que o consumidor haja sem nivelamento de suas finanças, causando graves problemas na economia.

O apelo comercial dos empréstimos, fortalecido e demonstrado de forma mais simplificada e amistosa, nutre o sistema de obscuridade.

O maior instrumento de prevenção do superendividamento dos consumidores é a informação. Informação detalhada ao consumidor é um dever de boa-fé, dever de informar os elementos principais e mesmo dever de esclarecer o leigo sobre os riscos do crédito e o comprometimento futuro de sua renda. Segundo o art. 52 do CDC, o fornecedor deverá informar prévia e adequadamente ao consumidor sobre todos os elementos do contrato de crédito antes de concluí-lo, em especial o preço, as condições (montante dos juros, acréscimos legais, número e periodicidade das prestações) bem como a soma total a pagar com ou sem financiamento. Esta nova lei apenas desenvolveria este dever. (MARQUES; LIMA; BARTONCELOS, 2010)

Sendo assim, muitas das cláusulas contratuais importantes ficam sem evidências. É necessário levar em conta a vulnerabilidade do consumidor. Como bem classifica Nunes (2017), todos nós somos definidos e sistematicamente

suscetíveis ao mercado de consumo e em tal condição o consumidor está em vulnerabilidade técnica, informacional, jurídica ou econômica.

Noronha, descreve o princípio da vulnerabilidade do consumidor, que deve ser observado em se tratando de superendividamento, por ser um dos fatores que acarretam a construção de tal legislação.

O princípio da vulnerabilidade do consumidor é o mais importante dos já referidos, até por ser ele que justifica o especial relevo daqueles, no âmbito do Direito do Consumidor. Com ele pretende-se significar que, nas relações entre fornecedores e consumidores, estes são “partes fracas” (mas não necessariamente hipossuficientes), correndo sempre risco de serem afetados jurídica e economicamente, em consequência de vários fatores. É este princípio que verdadeiramente confere características específicas ao Direito do Consumidor, podendo justificadamente ser considerado o grande princípio informador deste ramo do direito. (NORONHA, 1997, p. 17.)

Nosso CDC que está em vigor desde 1990 necessita dessa mudança significativa para prevenção do superendividamento, levando o consumidor a ter práticas de créditos mais responsáveis e autonomia para liquidar de suas dívidas, e uma educação financeira. Assim sendo, evitaria que o consumidor super endividado comprometa a sua renda e o pior, uma parte considerável do tempo de sua vida para pagar credores.

O endividamento é um fato individual, mas com consequências sociais. A *economia de mercado*, liberal e em desenvolvimento no Brasil, é por natureza uma economia do endividamento, mais do que uma economia de poupança. Na primeira, o consumidor gasta todo o seu orçamento familiar no consumo básico (casa, comida, água, luz, transporte, vestimenta) e precisa de crédito para adquirir bens de maior valor, móveis (geladeira, TV a cabo, fogão, berços, sofás etc.) e imóveis (casa própria, casa da praia etc.). Na segunda, o consumidor não gasta todo o seu orçamento familiar no consumo básico e então reserva uma quantia para colocar na poupança (ou investimento), planeja e espera meses até que o valor investido possa ser retirado e esta “poupança” utilizada para “consumir” os bens e serviços que mais deseja (uma nova cozinha modulada, um *home theater*, um novo carro etc.). (MARQUES; LIMA; BARTONCELOS, 2010)

Ao considerarmos a pesquisa do SPC Brasil e da Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas (CNDL) que tem por análise estatística que em média 60 milhões de brasileiros estão com o nome negativado, em estudo feito no Departamento de

Defesa Do Consumidor (DPDC) pelas juristas Claudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Káren Bortoncello é possível ver a necessidade de criação de medidas de prevenção e tratamento do superendividamento no Brasil:

A prevenção consiste em fazer com que o consumidor não seja levado a se comprometer em uma operação de crédito além de suas faculdades racionalmente previsíveis de reembolso. Isso implica, de um lado, que ele seja claro e precisamente comunicado de todas as informações necessárias para que ele possa determinar o custo real da operação visada ao passo que, de outro lado e correlativamente, o organismo de crédito seja obrigado a avaliar a solvabilidade de seu cliente. Este dispositivo é frequentemente completado pela concessão ao consumidor do direito de se retratar, gratuita e discricionariamente, após a conclusão do contrato, durante um prazo determinado; prazo durante o qual ele poderá refletir, sem pressão, sobre a oportunidade de seu engajamento, caso necessário, liberando-se livremente. (MARQUES; LIMA; BARTONCELOS, 2010)

Ainda complementa:

A prevenção consiste ainda em não poder impor contratualmente ao consumidor encargos manifestamente desproporcionais. Deste modo, numerosas legislações reprimem a usura, isto é, a prática de taxas de juro excessivas. Esta limitação da taxa de juros pode resultar de uma regulamentação genérica e objetiva segundo os tipos de operações de crédito visadas, ou do recurso, mais subjetivo do poder moderador do juiz. Além disso, quando o crédito solicitado é destinado à compra de um bem ou fornecimento de um serviço, é lógico ligar juridicamente as duas operações de sorte que se uma não for realizada, o consumidor fica liberado da outra. (MARQUES; LIMA; BARTONCELOS, 2010)

A obra das juristas contribui fortemente para inserção de práticas de prevenção ao superendividamento e como vimos é fundamental para o tema que esta sendo amplamente discutido. Este fenômeno pode ser ativo e passivo, como bem define Claudia Lima Marques:

O superendividado ativo é fruto de uma acumulação inconsiderada de dívidas, desde que de boa fé, conhecido também como endividamento compulsório. Já o superendividamento passivo é aquele provocado por um imprevisto da vida moderna, ou seja, a dívida proveniente do desemprego, da doença que acomete uma pessoa da família, pela separação do casal, entre outros. (MARQUES, 2005, p. 11-52).

De logo, observamos que o superendividamento ativo é fruto da própria irresponsabilidade do consumidor para com suas finanças, já o superendividamento passivo é fruto de circunstâncias alheias a sua vontade. Maria Manuel Leitão Marques (2000), diz que existe a subdivisão entre superendividamento ativo consciente e o inconsciente, sendo o consciente proveniente de uma atitude de má-fé e o inconsciente é por circunstâncias que ele não pode ter controle total.

[...] o devedor superestima o seu rendimento por incapacidade de administrar seu orçamento ou por ceder às tentações do consumo e da publicidade, na busca por um padrão de vida mais elevado, que ele próprio (psicológica e socialmente) se impõe. (KIRCHNER, 2008, p. 74).

A existência de muitas dívidas não quer dizer que o consumidor esteja agindo de má fé, mas a boa-fé é demonstrada em uma atitude para quitar as suas dívidas.

Em verdade, a noção de boa-fé em matéria de superendividamento implica que seja procurado em relação ao superendividado, através de dados da causa, o elemento intencional que evidencia seu conhecimento deste processo e sua vontade de solucionar o conjunto de suas dívidas cujo total é excessivo, tendo-se em conta os recursos do devedor. (GIANCOLI, 2008, p. 102)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visto o exposto nesse trabalho, os direitos e garantias fundamentais estipulados na Constituição Federal que só reforçam ainda mais a defesa do consumidor, em conjunto com o código de defesa do consumidor servem como base de sustentação para remediar a vulnerabilidade do mesmo em uma relação consumerista, no entanto é necessário que a legislação específica atue para que o fenômeno do superendividamento seja sanado e prevenido, tendo a educação financeira como auxílio para esse fim.

Levantados alguns comentários sobre a constituição da cultura do consumo e súmulas expostas que visam observar a fragilidade do consumidor, vê-se a necessidade de um acompanhamento contínuo das leis que enquadram o consumidor em sua parte mais frágil, como mencionado, para que as relações contratuais funcionem de modo adequado, sem prejuízos às partes.

O Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 283/2012 vem aperfeiçoar a lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) no Brasil para solucionar o

superendividamento. Em nosso país, é saudável que se fale de endividamento sob a ótica econômica, para que por meio de uma educação financeira saudável por parte da população, os créditos e as amortizações sejam bem administrados, proporcionando uma redução na incerteza e reduzindo as taxas de juros cobradas nos empréstimos. Também em uma perspectiva econômica, a responsabilidade com as finanças proporcionam aumento da poupança do país e assim, a redução de taxas de juros e o aumento no incentivo para investidores produtivos, pois há mais recursos disponíveis para serem emprestados, trazendo crescimento econômico que beneficia a todos. Porém os investimentos de risco e de auto risco também funcionam como meios de incentivo a movimentação econômica, através desse tipo de investimento a circulação da economia produz um crescimento mais rápido.

A legislação específica faz com que se fortaleça a economia e assim produz um sistema sem grandes riscos para o consumidor final e instituições financeiras.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2008.

BRASIL. Lei 22.626 de 7 de abril de 1933. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d22626.htm>. Acesso em: 01 de maio de 2018.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>. Acesso em: 01 de março de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 3515 de 2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1569317.pdf>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2018.

KIRCHNER, Felipe. **Os novos fatores teóricos da imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, v. 17, n. 65-113, jan.- mar. 2008.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE, Catarina. **Regular o Sobreendividamento**. 2000. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacaoe-eventos/anexos/prof-doutora-maria>> Acesso em: 03 de março de 2018.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do direito do consumidor**. 6. ed. 2014

MARQUES, Cláudia Lima. **Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul**. IN: *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Damilevicz. **Prevenção e tratamento do superendividamento**. Ministério da Justiça. Brasília, 2010.

NAGATA, Vander. Notícia do Serasa Experian 2014. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/1391877/serasa-experian-s-a/noticias>>. Acesso em: 01 de março de 2018

NORONHA, Fernando. Apostila. 1997.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 11. ed. 2017.

SARNEY, José. Projeto de Lei do Senado nº 283 de 2012 – AGENDA BRASIL 2015

SCHMIDT NETO, André Perin. Revisão dos contratos com base no superendividamento: Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil. Curitiba: Juruá, 2012

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 283 de 2012. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3911533>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2018.

SLATER, Don. *Cultura do consumo & modernidade*. São Paulo: Nobel, 2002.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiologicas de defesa do consumidor. 2009

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 297. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 379 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_34_capSumula379.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 380. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_34_capSumula380.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 381. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_34_capSumula381.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 382. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula382.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Súmula nº 596. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2017>>. Acesso em: 03 de março de 2018.

PROCESSO DE ADOÇÃO E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Ítalo Guedes de Melo Romão¹
Maria Adelize da Silva Luz²

RESUMO: O trabalho desenvolvido trata da importância do processo de adoção e do direito da criança e do adolescente, conceitos, princípios, direitos fundamentais e equilíbrio da relação entre as decisões que serão tomadas, tendo como objetivo analisar a convivência dos pais com os filhos por intermédio da guarda, tutela e adoção em famílias substitutas, visando sempre o bem-estar do menor, o convívio social após dissolução do ambiente familiar. Explicar a importância da guarda compartilhada entre os genitores, a perda do poder familiar, os tipos de famílias e como é importante para os filhos que ambos querem manter o contato permanente. Identificar as medidas pertinentes aos pais ou responsáveis, analisa o desenvolvimento do genitor na convivência familiar com o menor, buscando-se compara a legislação brasileira no que tange à proteção do direito da criança e adolescente.

Palavras-chave: Proteção à criança e ao adolescente, direitos fundamentais, tipos de famílias, guarda compartilhada, perda do poder familiar, processo de adoção e legislação vigente.

ABSTRACT: The work developed deals with the importance of the adoption process and the rights of children and adolescents, concepts, principles, fundamental rights and balance of the relationship between the decisions that will be taken, aiming to analyze the coexistence of parents with their children through guarding, guardianship and adoption in surrogate families, always aiming at the welfare of the minor, the social coexistence after the dissolution of the family environment. Explain the importance of shared custody between parents, the loss of family power, the types of families, and how important it is to children who both want to maintain permanent contact. Identifying the relevant measures to parents or guardians, analyzes the development of the parent in family life with the minor, seeking to compare the Brazilian legislation regarding the protection of the right of the child and teenagers.

Key words: Protection of children and adolescents, fundamental rights, types of families, shared custody, loss of family power, adoption process and current legislation.

1. INTRODUÇÃO

O Trabalho desenvolvido trata do processo de adoção e do direito da criança e do adolescente, com propósito de verificar a realização de sonhos de famílias tanto por parte do adotante quanto por parte dos adotados com o mesmo amor e carinho que se estivesse gerado em seu ventre. Adoção de crianças e

¹ Discente UNIESP.

² Docente UNIESP.

adolescentes, regulamentada no CC/16 passou à alçada do código de menores, desde 1979.

Deste, transmudou-se para o ECA/1990, que permanece até hoje nas disposições não contraria ao novo CCB/02. Demonstram-se as modalidades de adoção, como a adoção à brasileira, é a realizada por casais que registravam filho alheio, recém-nascido, como próprio, de comum acordo com a mãe, a lei prioriza a adoção nacional e, não havendo essa possibilidade, se tenta a colocação internacional que está condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual judiciária de adoção, a adoção como direito fundamental de qualquer ser humano, baseando-se nos princípios da igualdade, liberdade e da não discriminação.

A responsabilidade da construção da rede de proteção à criança e ao adolescente é tarefa de todos e responsabilidade de cada um. O fortalecimento da rede de proteção começa com o apoio às famílias, ao núcleo familiar e sua rede de apoio aliado às instituições de proteção. O compromisso que se inicia no seio familiar deve também ser abraçado por todos. Compromisso prioritário da sociedade e do estado.

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

No Brasil, a adoção é prevista desde 1828, porém foi só com o Código Civil de 1916 (CC/16) que um procedimento de adoção foi estabelecido. No entanto, a adoção prevista naquele Código Civil refletia os costumes da época, sendo bastante conservador e permitindo, por exemplo, que apenas pessoas heterossexuais, casadas e sem filhos biológicos pudessem adotar.

A adoção envolve sujeitos determinados, o primeiro seria um determinado casal ou uma pessoa apenas interessada que manifesta o interesse em adotar uma criança ou adolescente. Portanto, tal ato, sugere a inclusão do adotando no seio familiar de forma legal, assegurando-lhe cidadania, e condições mínimas de convívio saudável no tecido social, observando critérios morais, afetivos, psicossociais, dentre outros, requisitados aos interessados, bem como, conhecidos os motivos pelos quais estas crianças ou adolescentes, foram colocadas a adoção, sejam eles:

variadas hipóteses de situação de risco como o abandono, maus-tratos, impossibilidade financeira, ou condições naturais da vida como o falecimento de seus pais e impossibilidade de concessão de guarda aos demais membros da família, mesmo os ascendentes diretos, até situações mais graves como a privação de liberdade e outros fatores que possam dificultar a criação destes por seus pais biológicos.

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

§ 2º É vedada a adoção por procuração.

Uma definição no sentido mais natural é conceber um lar a crianças necessitadas e abandonadas em face de várias circunstâncias, como a orfandade, a pobreza, o desinteresse dos pais biológicos e os desajustes sociais que desencadeiam no mundo atual. A adoção visa dar as crianças e adolescentes desprovidos de família um ambiente de convivência mais humana, onde outras pessoas irão satisfazer ou atender aos pedidos afetivos, materiais e sociais que um ser humano necessita para se desenvolver dentro da normalidade comum, sendo de grande interesse do estado que se insira essa pessoa em estado de abandono ou carente num ambiente familiar homogêneo e afetivo.

A adoção, vista como um fenômeno de amor e afeto deve ser incentivado pela lei. No ordenamento jurídico do século XXI a adoção é ato irrevogável e bilateral, devendo o adotando manifestar seu animus adotando como requisito fundamental para que se inicie o regular procedimento de adoção, sendo vedada qualquer discriminação em filhos havidos naturalmente com os adotados, jurídico e materialmente.

O ECA estabelece, taxativamente, quais são os requisitos para a adoção, tanto de quem irá adotar, quanto do adotante, como de quem será adotado. É importante estabelecer requisitos para adoção, uma vez que o objetivo é garantir que os direitos do adotado sejam tutelados de forma plena.

Se o Estado se omitisse de requisitar quem poderia adotar e quem seria adotado, automaticamente se omitiria a tutela dos direitos da criança e do

adolescente. Em analogia, seria como prescrever um remédio sem antes analisar seus efeitos e a quem estaria prescrevendo isso, o resultado logo seria indesejado, pretendia-se conseguir certos fatos, porém se negligenciou e atingiu outros.

2. CONCEITOS E PRINCÍPIOS NORTEADORES DO ECA

Adoção, segundo o ilustre jurista Orlando Gomes, é “o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente de procriação, o vínculo da filiação.” Em outras palavras, adoção é o procedimento legal no qual uma criança ou um adolescente se tornam filhos de uma pessoa ou de um casal, com os mesmos direitos que um filho biológico tem.

A adoção, na modernidade, preenche duas finalidades fundamentais: dar filhos àqueles que não os podem ter biologicamente e dar pais as pessoas desamparadas. Isto visto a condição a que se refere o art. 1.625 do CC: “Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando.” O art. 43 da Lei 8.069/90 diz: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.” Ao decretar uma adoção, o ponto central de exame do juiz será o adotando e os benefícios que a adoção poderá lhe trazer.

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotando, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Vale ressaltar o conceito de adoção por Maria Helena Diniz; é um ato jurídico solene pelo qual se estabelece um vínculo de paternidade e filiação entre o(s) adotante(s) e adotado, independentemente de qualquer relação natural ou biológica de ambos. É conhecida como uma filiação civil, necessitando de um desejo do adotante em trazer para sua família, na condição de filho, alguém que lhe é estranho. Na lei, podemos encontrar o conceito de adoção descrito no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 41:

Para que a adoção seja possível e concretizada, deverá atender aos seguintes requisitos: O adotando deve possuir no máximo 18 anos de idade,

exceção feita se ele estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes. Os 18 anos são medidos da data em que for distribuída a ação, ou seja, deve ter até 18 anos na data de distribuição.

A adoção irá atribuir a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos, desligando-se de qualquer vínculo biológico, exceção feita quando se invoca um impedimento matrimonial. O conjugue pode adotar o filho do outro, criando a filiação de forma ampla, em relação ao parentesco.

O direito sucessório entre adotante e adotado é recíproco, na forma estabelecida para a filiação biológica. O adotante tem que possuir 18 anos de idade no mínimo, independentemente do seu estado civil.

É possível ocorrer à chamada **adoção conjuntas duas pessoas, ao mesmo tempo, adotando uma criança**, exigindo-se para tanto que eles sejam casados no civil ou vivam em união estável.

É necessário existir uma diferença entre o adotante e o adotado, em relação a sua idade, pois o primeiro tem que ser mais velho que o segundo em 16 anos; os divorciados, os separados e os ex-companheiros podem adotar na forma conjunta, desde que exista acordo sobre a guarda e direito de visita, bem como, tenha ocorrido o estágio de convivência na constância da convivência.

A adoção só será deferida após manifestação da vontade do adotante, mesmo que faleça antes da sentença o juiz entende que mesmo morto, houve a manifestação de vontade, e dará prosseguimento a ação e, caso seja julgada procedente, o adotado se tornará herdeiro.

A ação depende de existir a manifestação de vontade dos pais para a sua procedência, sendo dispensado se os pais não forem conhecidos ou estiverem destituídos de poder familiar se os pais biológicos forem conhecidos, serão intimados e intuirão ao juiz se há vontade de conceder a adoção.

Se forem desconhecidos, há perda do poder familiar, O adotando somente se manifesta se possuir 12 anos ou mais, toda adoção será precedida pelo ato processual denominado estágio de convivência.

Esse estágio não tem prazo fixado em lei, variando de caso a caso, na exigência do juiz da ação, é possível ocorrer á dispensa do estágio, nas seguintes hipóteses: os adotantes exercerem a tutela do menor; os autores exercerem a

guarda legatária do menor; toda adoção é irrevogável, podendo a sentença modificar o prenome do adotando se houver pedido; o sobrenome do adotado será automaticamente o do adotante; os efeitos da sentença começam com o trânsito em julgado da sentença constitutiva toda sentença de adoção é constitutiva de direito porque cria direito para o adotado e o adotante, exceção feita para o caso de óbito do adotante, pois retroage àquela data.

O estudo dos princípios são de supra importância para a compreensão de uma ciência, os princípios são fontes do direito e compõem o ordenamento jurídico prático. Os princípios são a base para o entendimento amplo de qualquer ação ou conduta, dentre eles temos os seguintes princípios; da proteção integral, do direito a vida, a saúde, a liberdade, a dignidade, prioridade absoluta, entre outros.

O princípio da dignidade da pessoa humana funciona como atributo de toda pessoa natural, é um elemento fundamental para a ordem jurídica, pois é condição prévia para o reconhecimento de todos os demais direitos e garantias fundamentais. É fundado no respeito mútuo entre os seres humanos e funciona como condição mínima de existência para todas as ideias sociais.

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.

Trata-se de um valor moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e 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. Princípios da prioridade absoluta este princípio estabelece primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todos os âmbitos em que houver em jogo seus interesses.

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.

Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, que adotou a doutrina da proteção integral, reconhecendo direitos fundamentais para a infância e adolescência, incorporada pelo artigo 227 da Constituição Federal e pela legislação estatutária infanto-juvenil, mudou o paradigma do princípio do melhor interesse da criança.

2.1. PROCESSO DE ADOÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL

No Brasil, a adoção é prevista desde 1828, porém foi só com o Código Civil de 1916 (CC/16) que um procedimento de adoção foi estabelecido. Adoção é o procedimento legal no qual uma criança ou um adolescente se tornam filhos de uma pessoa ou de um casal, com os mesmos direitos que um filho biológico tem.

O processo de adoção é gratuito e deve ser iniciado na Vara de Infância e Juventude mais próxima de sua residência. A idade mínima para se habilitar à adoção é 18 anos, independentemente do estado civil, desde que seja respeitada a diferença de 16 anos entre quem deseja adotar e a criança a ser acolhida. O prazo máximo para conclusão da ação de adoção será de 120 dias, prorrogáveis uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judicial.

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1o A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 2o É vedada a adoção por procuração. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 3o Em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

A adoção regulamentada pelo artigo 39 do estatuto da criança e do adolescente, é o instituto que estabelece um vínculo de filiação por decisão judicial. Em outras palavras, o parentesco civil constituído pela filiação da adoção corresponderá a uma relação jurídica, ou seja, em que se estabelecem direitos e deveres recíprocos, analogia à do parentesco biológico, inclusive para fins sucessórios, especialmente se considerando a proibição de qualquer tipo de discriminação fundada na origem da filiação nos termos da Constituição Federal.

E a única hipótese de colocação definitiva em família substituta, sendo, por essa razão, uma medida excepcional e irrevogável. A lei 13.509/2017 inseriu o inciso 3º ao art. 39 estabelecendo a primazia dos interesses do adotando no caso de conflito destes com os de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos. Devido à irrevogabilidade, os laços de parentesco estabelecidos pela adoção não se rompem sequer com a morte dos pais adotivos, em nenhuma hipótese se restabelece o poder familiar dos pais naturais, determinando-se o desligamento de todos os vínculos em relação a estes, salvo impedimentos patrimoniais conforme determina o artigo 41 do ECA.

O registro civil do adotado será alterado por mandado que fará consignar o nome dos adotantes como pais, sem qualquer observação sobre a origem do ato nas certidões do registro, porém se assegura o adotado o direito de conhecer sua origem biológico e ter acesso ao processo de adoção após completar 18 anos.

Os pais ou responsáveis do adotante deve consentir na adoção, o consentimento deve ser manifestado na audiência e somente será dispensado se desconhecidos os pais ou destituídos do poder familiar, exige também o consentimento do adotando maior de 12 anos, e recomenda-se a oitiva da criança menor de 12 anos sempre que possível.

Como toda colocação em familiar substituta, a adoção é condicionada a processo judicial, sendo obrigatório estágio de convivência entre adotantes e adotando, o qual pode ser dispensado em face da preexistência de guarda legal ou tutela, o estado de convivência deve ser cumprido em território nacional, preferencialmente na comarca onde a criança resida, respeitando a competência do juiz da comarca da residência da criança.

Por fim a adoção internacional é aquela postulada por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do Brasil. Somente é admitida quando esgotadas as possibilidades de família substituta no Brasil e desde que demonstrado ser essa a solução adequada ao caso concreto, sendo dada preferência para brasileiros residentes no exterior e estrangeiro.

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto no 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção.

A Lei nº 13.509/2017 alterou o artigo 51 do ECA, com substituição da expressão pessoa ou casal postulante por pretendente e incluiu que tanto este quanto a criança a ser adotada devem residir em país parte da convenção relativa a proteção das crianças e a cooperação em matéria de adoção, já no inciso 1º substituiu família substituta por família adotiva, no inciso 2º passou a exigir certificado no alto de que não há adotantes habilitados no Brasil com perfil compatível com a criança ou adolescente.

No artigo 52 do ECA a adoção internacional fica sujeito ao procedimento judicial da adoção com as seguintes adaptações: o pedido de habilitação deve ser feito na Autoridade Central do país onde reside o adotante, que emitirá relatório e documentação pertinentes para as Autoridades Centrais Estadual e Federal no Brasil. As Autoridades do Brasil devem analisar a documentação e expedir o laudo de habilitação para adoção, validade de 1 ano, com possibilidade de renovação. Somente com o trânsito em julgado da decisão que concede a adoção é expedido o alvará de autorização de viagem do adotando.

2.2. TIPOS DE FAMILIAS

O conceito constitucional de entidade familiar é descrito no artigo 226, CF, e abrange como tal o casamento ou união estável, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais ou seus descendentes.

O estatuto da criança e do adolescente define e regulamenta três modalidades de entidade familiar; a família natural, a família extensa e a família

substituta. Todas as formas de família e de responsáveis têm deveres jurídicos para com a criança e o adolescente.

Na família natural é conceituada no artigo 25 do ECA e correspondente ao parentesco biológico assim entendida a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Nos termos do caput do artigo 19, ECA a permanência da criança ou adolescente junto à família natural e preferencial a todas as demais, e somente em excepcional situação de risco ao seu desenvolvimento será dela retirada.

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

A atual redação do artigo a cima transcrita, decorrente da alteração da lei nº 13.257/2016 suprimiu a expressão em substancia entorpecentes, constante da redação original. O mesmo artigo recebeu novo paragrafo pela lei nº 13. 962/2014 que assegura a convivência da criança e do adolescente com os pais privativos de liberdade.

Família extensa é aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. O genitor serão preferencialmente procurados para ter a guarda da criança, sendo procurada por no prazo de 90 dias e não há determinação expressa de procura do pai, somente não havendo indicação do genitor e não sendo encontrada a família extensa e que se decretara a extinção do poder familiar, e a criança colocada sob guarda provisória de quem estiver habilitado para adoção ou em entidade especializada.

No caso de ser entregue para adotantes habilitados, estes terão prazos de 15 dias para propor a ação de adoção m contado do dia seguinte ao termino do estagio de convivência.

Família substituta para a qual o menor deve ser encaminhado de maneira excepcional, por meio de qualquer das três modalidades possíveis. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção,

independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

Uma maneira de assegurar o direito à convivência familiar sem implicar necessariamente na destituição do poder familiar é através da guarda. Trata-se de manter, no recesso do lar, as crianças e os adolescentes, quando não emancipados, que se encontre em situações irregulares que podem apresentar riscos aos menores, uma dessas situações irregulares pode ser, por exemplo, a convivência da criança e do adolescente com dependentes de substâncias entorpecentes.

Quando o detentor da guarda não estiver prestando total assistência à criança e ao adolescente, o outro genitor poderá requerer em juízo a guarda para si. Assim sendo, a guarda é exercida por quem melhor atender os interesses da criança e do adolescente. A guarda poderá ser definitiva ou temporária.

A guarda definitiva é definida em uma sentença ou em um acordo homologado pelo juiz, porém esse caráter definitivo é relativo, pois se houver alteração na situação de fato, a guarda pode ser revista. É definitiva enquanto subsistir a situação de fato, havendo alguma alteração a guarda pode ser revista. Por isso, a sentença de guarda definitiva faz coisa julgada com o pressuposto de que os fatos não se alterem.

A guarda temporária é aquela que não é um fim em si mesmo. Atende a uma situação limitada por termo ou condição. A guarda, sendo uma das medidas específicas de proteção, poderá ser pedida por qualquer pessoa de qualquer estado civil, exceto por estrangeiros, desde que preenchidos os requisitos gerais ou específicos do instituto.

Tutela é um instituto de caráter assistencial que tem por objetivo o poder familiar da criança e do adolescente cujos pais faleceram ou tiveram o poder familiar suspenso ou destituído, conforme o art. 1728 do Código Civil de 2002 (CC/02). A tutela pode ser testamentária, dativa, legítima e irregular.

Adotar significa acolher, mediante ação legal e por vontade própria, como filho legítimo, uma criança e um adolescente que se encontra de alguma forma desamparado pelos genitores. Ao filho adotado será concedido todos os direitos que são concedidos ao filho natural, assim sendo, o filho adotado é de toda forma

equiparado ao filho biológico, como está disposto que deve ser pelo art. 227 §6º da CF/88. Adotar significa optar, escolher, reconhecer, aceitar.

2.3 IMPORTÂNCIA DA GUARDA COMPARTILHADA LEI Nº 11.698/2008

A partir da vigência da nova legislação, as partes podem requerer a guarda compartilhada anteriormente já era possível, mas, somente, em casos de separação consensual, bem como o juiz poderá decretá-la em atenção às necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe, como preceitua a redação do artigo 1584, inciso I e II, inserido pela Lei 11.698 /08.

Até a entrada em vigor da Lei nº. 11.698 /08, no Brasil, a regra era a atribuição da guarda exclusiva a um dos genitores, que pelo art. 1584 vigentes do Código Civil deve ser aquele que estiver em melhores condições de exercê-la, e ao outro cônjuge, atribui-se o direito de visita, podendo, no entanto, ser acordado entre as partes o modelo de guarda desejado. A guarda é o direito de vigiar, orientar, proteger e dar segurança aos menores. Quanto sua definição jurídica, Waldir Grisard Filho (2003, p. 49) ensina:

Locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia os filhos ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais. Waldir Grisard Filho (2003, p. 49)

Muitas modalidades de guardas são citadas no meio jurídico, no entanto, cediço que a guarda no direito brasileiro se divide em duas modalidades, quais sejam, guarda unilateral ou exclusiva e guarda compartilhada. No entanto, muita confusão é gerada no que tange a guarda compartilhada, pois muitas pessoas e inclusive operadores do direito, confundem esta modalidade com a guarda alternada, aquela em que o menor permanece um período com o genitor e outro com a genitora. Em razão disso, no ponto guarda compartilhada, será abordada a sua diferenciação da guarda alternada.

Agora, com a alteração legislativa, a regra passa a ser a guarda compartilhada, devendo os magistrados informar aos pais o seu significado, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos a cada um e as sanções

decorrentes da não observância. A Declaração Universal de Direitos da Criança, Tratado Internacional do qual o Brasil é signatário afirma o Direito de Convivência entre pais e filhos separados e a igualdade nas responsabilidades de criação dos filhos pelos pais.

A guarda unilateral, de acordo com o art. 1.583, § 1º, de nossa codificação civil, é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, possuindo o guardião não apenas a custódia física do filho, mas também o poder exclusivo de decisão quanto às questões da vida da prole. (Madaleno 2015, p. 55).

Ademais, é claro que o pouco convívio com o genitor não guardião é medida não recomendável para o desenvolvimento da personalidade dos menores, sendo imperiosa uma maior participação do genitor na educação e formação dos filhos. Como a convivência com os filhos não é a mesma, pois a visitação exercida pelo genitor não guardião, geralmente, se dá de 15 em 15 dias ou uma vez por semana, as questões relacionadas à convivência com os filhos são mais complexas e dolorosas, e segundo Diniz (2014, p. 109), pois ao perderem, mesmo temporariamente, o contato e a possibilidade de serem assistidos por ambos os pais, outras perdas advêm, engendrando sequelas.

A alteração trazida pela Lei nº. 11.698 /08 veio apenas regularizar um direito já existente de forma implícita em nosso país. O interesse do menor é determinante para a atribuição da guarda, cabe salientar que a separação e o divórcio ou o fim da união estável devem acontecer somente entre o casal, nunca entre os genitores e seus filhos. Com advento da Lei nº. 11.698 /08 fez prevalecer à justiça, garantindo ao menor o seu bem estar, fundamentado nos princípios constitucionais que garante a vida, a liberdade e igualdade para todos. Podendo sim o casal se separa desde que seja acordada a guarda compartilhada da criança.

Com relação aos filhos, podemos elencar suas vantagens na diminuição da angústia produzida pelo sentimento de perda do genitor que não detém a guarda tal como ocorre com frequência na guarda única. Ajuda a diminuir os sentimentos de rejeição e proporciona a convivência com os papéis masculino e feminino, paterno e materno, livre de conflitos, facilitando o processo de socialização e identificação.

Ademais, a guarda dever ser exercida na cidade base de moradia dos filhos ou naquele que, melhor atenda aos interesses da criança. Destarte, havendo

impedimento temporário ao convívio, devido à distância, os meios de comunicação ajudam a manter a aproximação.

2.4 . MEDIDAS PERTINENTES AOS PAIS OU RESPONSÁVEIS

As medidas pertinentes aos pais ou responsáveis são intervenções realizadas pelas autoridades quando aqueles oferecem risco ou violarem direitos de crianças e adolescentes. No artigo 129 do ECA temos a numeração das espécies tais como; encaminhamento a cursos ou programas de orientação, obrigação de matricular a criança e o adolescente sob sua responsabilidade em escola, obrigação de encaminhar para tratamento especializados tanto a criança quanto o adolescente, advertência, destituição da tutela, suspensão ou destituição do poder familiar perda da guarda.

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;

VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;

VII - advertência;

VIII - perda da guarda;

IX - destituição da tutela;

X - suspensão ou destituição do pátrio poder familiar.
(Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009)

O juiz da infância e juventude tem competência exclusiva para determinar a perda da guarda, suspensão do poder familiar, destituição da tutela, ou seja, para as medidas que acarretem o afastamento da criança e do adolescente do convívio familiar

. Destaca-se a previsão no artigo 130 do ECA, a respeito da possibilidade de afastamento por medida cautelar com fixação provisória de alimentos na hipótese de maus tratos, opressão de abusos sexual impostos pelos pais ou responsável.

Cabendo ao conselho tutelar aplicar todas as demais medidas pertinentes aos pais e responsáveis, atuando na rede de atendimento, juntamente com o Ministério Público e com o sistema de justiça, Juiz da infância e juventude, salvo nas hipóteses de perda da guarda, destituição da tutela e suspensão ou destituição do pátrio poder, cuja competência é do Juiz.

Essas medidas serão aplicadas sempre que os direitos da criança ou adolescente forem ameaçados ou violados em razão da ação ou omissão da sociedade ou Estado, ou por omissão ou abuso dos pais ou responsável, em razão da conduta do menor.

Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

No Caso das medidas protetivas elas podem ser cumuladas umas com as outras, bem como podem ser cumuladas entre si as medidas sócio educativas, o ECA não prevê a possibilidade de cumulação de uma medida protetiva com uma medida socioeducativa.

A perda da guarda poderia ser decretada pelo juiz, sendo, porém, imprescindível à instauração de um processo específico para tal, ou nos mesmo autos do procedimento da guarda, observando-se o devido processo legal.

2.5. PERDA DO PODER FAMILIAR

Toda criança e adolescente tem o direito de viver no seio de sua família e ter os seus direitos respeitados e resguardados, além de ser protegida de toda e qualquer discriminação e abuso, porém nem sempre isso acontece.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 227 ser dever da familiar da sociedade e do estado assegurar à criança, ao adolescente com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Sendo tais deveres previstos também no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. A Lei 8.069/90 foi criada especialmente para a efetivação desses direitos, considerada um marco na proteção da criança e do adolescente e dispendo sobre a proteção integral do menor. A perda do poder familiar é a forma mais grave de destituição do poder familiar e se dá por ato judicial quando o pai ou mãe castigar imoderadamente o filho, deixá-lo em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes ou incidir de forma reiterada no abuso de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens do filho menor.

Esse direito pode ser pleiteado por qualquer parente ou pelo Ministério Público, cabendo ao juiz adotar as medidas que melhor atenda a segurança do menor e de seus bens. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seu artigo 24 que em caso de descumprimento dos deveres previstos no artigo 22, quais sejam, os de sustento, guarda e educação, os pais também poderão ser destituídos de tal encargo. O Código Penal também elenca algumas hipóteses em que os pais serão destituídos do Poder Familiar.

De acordo com Arnaldo, caso o pai estupe a própria filha, ou corrompa os filhos, ou instigue-os a praticarem crimes, como os de furto ou receptação, não merece exercer o poder familiar, cabendo a destituição. Arnaldo Rizzardo (2009, p.628).

O procedimento judicial que deverá ser adotado para que ocorra a destituição do Poder Familiar está minuciosamente descrito no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 155 a 163. Primeiramente cumpre salientar que é competência da Vara da Infância e da Juventude conhecer de ações referentes à destituição do Poder Familiar, conforme descreve o artigo 148, parágrafo único, “b”, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art.148- A Justiça da Infância e Juventude são competentes para:
Parágrafo único: Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de: conhecer de ações de destituição do poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda;

Sendo ajuizada uma ação de destituição do Poder Familiar presume-se que a Criança ou o Adolescente está sofrendo alguma violação de direitos por parte de seus genitores, sendo que desta forma realmente a Vara da Infância e da Juventude é a competente para julgar tal demanda.

Conclui-se desta forma que caso a Criança ou o Adolescente não esteja vivenciando a situação de risco que ocasionou o ajuizamento da ação de destituição do Poder Familiar, seja por estar sob a guarda de um dos genitores ou de qualquer outro parente ou responsável, tal demanda deverá ser julgada pela Vara da Família.

A ação de destituição do Poder Familiar inicia-se por provocação do Ministério Público ou por qualquer pessoa que tenha legítimo interesse. Por fim, frisa-se que, mesmo sendo a destituição do Poder Familiar uma medida definitiva, existem situações em que ela poderá ser revista. Caso a situação que gerou tal demanda não mais exista e caso as crianças/adolescentes que foram destituídos do Poder Familiar não tenham sido encaminhados para adoção, os pais poderão ingressar com uma ação de restituição do Poder Familiar.

O poder familiar se extingue pela morte dos pais, morte do filho, emancipação, maioridade, adoção e, ainda, por decisão judicial. Esta última, extinção por decisão judicial, caracteriza a destituição do poder familiar

Os pais são os titulares do poder familiar, por isso, com a morte dos genitores extingue-se o poder familiar destes. No caso de falecimento apenas do pai ou apenas da mãe da criança, o outro genitor mantém as obrigações e direitos. Se os dois vierem a falecer, deverá ser nomeado um tutor para dar continuidade à proteção dos menores de idade.

2.6 PENSÃO ALIMENTICIA

A pensão para filhos é de natureza alimentar, portanto, é uma imposição que busca, acima de tudo, preservar a vida e o bem-estar de quem necessita do sustento. É um valor estipulado judicialmente, como veremos mais adiante, por isso, é o juiz por meio de cálculos que deverá dizer quanto se deve pagar, este valor deve ser depositado mensalmente.

Há diversidade entre a conceituação jurídica e a noção vulgar de alimentos, compreendendo-os em sentido amplo, o direito insere no valor semântico do vocabulário uma abrangência maior, para estendê-lo, além da acepção fisiológica, a tudo mais necessário à manutenção individual: sustento, habitação, vestuário e tratamento.

Pensão é um conceito que deriva do vocábulo latino *pensio* e que admite várias acepções, pode tratar-se de um montante que o estado paga a uma pessoa quando se reforma, enviúva ou fica incapacitada, esse dinheiro é entregue periodicamente, durante um período de tempo ou de forma permanente, sendo ela fixada pelo juiz e a de ser atendida pelo responsável, para manutenção dos filhos e/ou do outro cônjuge.

A Constituição Federal, bem como o código civil de nosso país rezam que não é exclusiva dos pais a obrigação de pagar, as leis afirmam que, caso haja ausência de um dos pais, a obrigação ou compromisso poderá ser assumida pelo parente mais próximo, como: avós, irmãos, tios, etc.

Em caso de pensão para filhos, deverá ser paga até que esses atinjam a sua maioria ou finalizem os estudos universitários. No caso de pensão alimentícia relacionada a ex-cônjuge ou ex-companheiro, este benefício será garantido só será garantido em algumas situações, pois isto decorre do dever de mútua assistência.

No entanto, podem existir casos em que o pagamento se estenda e isso é válido para doença, invalidez e outros casos especiais que serão analisados na justiça, transparência, praticidade e segurança para quem mais precisa do suporte. Uma maneira simples, transparente e prática para garantir o cuidado de quem mais precisam. Os critérios para o pagamento da pensão dependem da legislação de cada nação, bem como o montante a receber.

As ações judiciais movidas relacionadas à pensão alimentícia são conduzidas por um procedimento regulamentado pela Lei de Alimentos (Lei nº 5.478), que entrou em vigor em 1968 e proporciona que os processos tramitem com maior celeridade. A lei afirma que o responsável pelo sustento da família que se afastar do lar, pode ajuizar a ação ofertando um valor que será fixado desde o início do processo.

A lei que regulamenta o pagamento de pensão alimentícia, de acordo com o Novo Código de Processo Civil, sofreu mudanças expressivas, as quais estão em vigor desde 18 de maio de 2019, tais alterações, dizem respeito, ao rigor com que a cobrança das parcelas atrasadas é feita e foram criadas com o objetivo de garantir maior segurança ao pagamento e o direito à pensão do menor.

Nesse sentido, criou mais punições para que o devedor pague a dívida, pois caso não pague poderá: ter o nome incluído no SPC; Ser preso em regime fechado; Ter o débito descontado em folha, no caso de execução do assalariado, o desconto do salário líquido aumentou para até 50% (antes eram 30%).

Isto significa que os pagamentos não realizados poderão ser descontados na folha de pagamento do devedor além da parcela atual, no caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar o juiz poderá decretar a prisão do inadimplente, o objetivo não é a prisão em si, mas sim compelir o devedor a que arque com o débito alimentar. O texto sancionado Lei nº. 13.105/2015 regula o assunto no art. 528, e tem a seguinte redação:

Art.528 No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

§ 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

§ 5º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

Assim, agora há quatro possibilidades para se executar os alimentos devidos, a distinção se em relação ao tipo de título: judicial ou extrajudicial e tempo de débito pretérito ou recente; cumprimento de sentença, sob pena de prisão conforme previsto nos artigos 528/533; cumprimento de sentença, sob pena de penhora art. 528, § 8º; execução de alimentos, fundada em título executivo extrajudicial, sob pena de prisão artigos 911/912; execução de alimentos, fundada em título executivo extrajudicial sob pena de penhora artigo. 913.

O assunto débito alimentar recebeu atenção do legislador e está bem regulado, assim, é possível acreditar que o acesso à Justiça do credor de alimentos seja menos árido e árduo, a ação de inclusão será seguida pela prisão civil do inadimplente, que permanecerá preso até conseguir quitar a dívida, o inadimplente ficará em um local separado dos presos comuns junto com outros que tenham a pena semelhante à sua, assim que efetuar o pagamento de imediato já e posto em liberdade.

A necessidade é denominada pelo suficiente para suprir as necessidades básicas do indivíduo, tais como verba necessária para comer, morar, vestir, estudar, e etc. Já a possibilidade é denominada pela capacidade de suportar determinado custo sem prejudicar o seu sustento e manutenção de vida.

2.7 LEGISLAÇÃO VIRGENTE (ECA)

Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é o conjunto de normas do ordenamento jurídico brasileiro que tem como objetivo a proteção integral da criança e do adolescente, aplicando medidas e expedindo encaminhamentos para o juiz. É o marco legal e regulatório dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

O ECA foi instituído pela Lei 8.069 no dia 13 de julho de 1990, durante o mandato do então presidente Fernando Collor. Ela regulamenta os direitos das crianças e dos adolescentes inspirado pelos projetos fornecidos pela Constituição Federal de 1988, adotando uma série de regras internacionais.

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Para o ECA é considerada criança a pessoa com idade inferior a doze anos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, culturalmente no Brasil se considera adolescente a partir dos 12 anos. Outra diferença entre a lei e cultura é o Estatuto da Juventude, Lei nº 12.852, que considera jovem a pessoa até vinte e nove anos de idade, mas que culturalmente no Brasil se considera até vinte e quatro anos de idade.

Para a prática de todos os atos da vida civil, como a assinatura de contratos, é considerado capaz o adolescente emancipado. Sua característica trata da proteção dos direitos fundamentais à pessoa em desenvolvimento e o segundo trata dos órgãos e procedimentos protetivos, a aplicação de medidas socioeducativas do conselho tutelar e também dos crimes cometidos contra crianças e adolescentes.

Tendo como medidas socioeducativas as medidas aplicadas apenas pelo Juiz e apenas aos adolescentes, uma vez que, crianças apenas recebem medidas protetivas. As medidas socioeducativas são: Advertência, obrigação de reparar o dano, medida aplicada quando à dano ao patrimônio, só é aplicada quando o adolescente, tem condição de reparar o dano causado., trabalhos Comunitários, tem tempo máximo de 6 meses, sendo 8 horas semanais, sem atrapalhar estudos ou trabalhos, ficando seu cumprimento possível para feriados e finais de semana., liberdade Assistida, tem prazo mínimo de 6 meses, sendo que o adolescente é avaliado a cada 6 meses, Semi liberdade já é uma medida socioeducativa mais agravosa também tem prazo mínimo de 6 meses, internação que é regida por dois princípios o da: brevidade e da excepcionalidade, brevidade, porque não é decretada o tempo na sua sentença, embora tenha prazo mínimo de 6 meses e máximo de 3 anos.

Excepcionalidade, porque é aplicada apenas em três casos: quando a infração for estupro, furto seguido de agressão, roubo, homicídio; quando o menor é reincidente; quando do não cumprimento de medida socioeducativa sentenciada anteriormente, neste caso excepcionalmente o prazo máximo é de 3 meses.

A Constituição é o mais importante conjunto de normas de um país, que determina as atribuições e limites das instituições, os direitos dos cidadãos e os deveres do Estado. A Constituição, também conhecida como Carta Magna, é a lei suprema e fundamental do Brasil e se situa no topo de todo o ordenamento jurídico. Ou seja, nenhuma lei pode contrariar o que está determinado nela.

ECA é considerada um marco na proteção da infância e tem como base a doutrina de proteção integral, reforçando a ideia de “prioridade absoluta” da Constituição. No ECA estão determinadas questões, como os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes; as sanções, quando há o cometimento de ato infracional; quais órgãos devem prestar assistência; e a tipificação de crimes contra criança.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estatuto da criança e do adolescente (ECA) é uma lei federal, 8.069 promulgada em julho de 1990 que trata sobre os direitos das crianças e

adolescentes em todo o território brasileiro. Sendo um ramo do direito especializado que se divide em parte geral e especial, tendo como objetivo a proteção dos menores, proporcionando um desenvolvimento moral e social que condizem com os princípios constitucionais da liberdade e dignidade tendo como preparação uma vida adulta em sociedade.

Com o aperfeiçoamento das legislações regras específicas foram elaboradas para a proteção da criança e do adolescente, sendo demonstrado desde as primeiras civilizações uma grande preocupação no tratamento diferenciado a proteção e segurança das crianças e adolescentes. Com a doutrina da proteção integral todos os direitos das crianças e adolescentes devem ser reconhecidos, sendo esses direitos especiais e fundamentais para uma segurança plena, conforme previsto na Constituição Federal no art. 227 servindo como fundamento para o ECA.

Dispondo que nenhuma criança ou adolescente será objeto de nenhuma forma de violência, crueldade, negligência, exploração, discriminação e opressão por qualquer pessoa, devendo este que tais atos praticar serem punidos por qualquer ação ou omissão que atente contra os direitos fundamentais destes menores. Tratando de direitos relacionados à Constituição da República de 1988.

Toda criança e adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambientes livres de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes, por essas razões que os pais ou responsáveis tem um desenvolvimento enorme no poder familiar dos filhos, cujo objetivo é manter ao extremo a estabilidade emocional, econômica e social.

Por isso é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, cabendo a sociedade, família, poder público proibir a venda e comercialização de crianças e adolescentes de armas, drogas, bebidas alcoólicas, explosivos e entre outros.

Cada município deverá ter no mínimo um Conselho Tutelar, composto de cinco membros, escolhido pela comunidade local, eleitos e empossados, sendo encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e adolescentes.

O ECA estabelece o direito a vida, a saúde, a educação, a liberdade, a cultura, a dignidade, ao respeito, ao lazer, a convivência familiar e comunitária e também aborda questões de políticas de atendimento, medidas protetivas para crianças e medidas socioeducativas para adolescentes, entre outras providências.

Crianças e adolescente correm riscos quando fazem partes de famílias desestruturadas ou violentas, caso famílias descumpram qualquer de suas obrigações a criança ou adolescente serão colocados em família substituta mediante guarda, tutela ou adoção. Logo, tanto a criança quanto o adolescente possuem direitos fundamentais contidos na Constituição da República Federativa do Brasil bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, porém na maioria das vezes, estes direitos acabam sendo violados.

Tal violação, não ocorre devido a ausência de direitos instituídos, pois a própria Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o direito à saúde à liberdade, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à educação, cultura, esporte e lazer, a profissionalização e proteção ao trabalho, como alguns direitos fundamentais da criança e do adolescente. Assim sendo, para que haja o combate a tais violações, se faz necessário a observância pela família, sociedade e estado, aos princípios basilares do direito da criança e do adolescente, como modo de lhes proporcionar maior qualidade de vida, melhor dizendo, lhes permitindo desfrutar de sonhos, brincadeiras, fantasias e direitos.

REFERÊNCIAS

AMARAL Antônio Fernando do; et al. «Natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional» (PDF). Consultado em 22 de abril de 2015. Arquivado do original (PDF) em 3 de julho de 2015

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União n. 191-A, 5 out. 1988.

DIAS, MARIA BERENICE “Manual de direito das famílias”. São Paulo: RT, 2010, p. 467/468

DIAS, Maria Berenice. Guarda Compartilhada. Revista jurídica consulex. Brasília, DF: Consulex, v.12, n.275, 30 jun. 2008, p..26

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. **FARIAS**, Cristiano Chaves de; **ROSEVALD**, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em: . Acesso em: 05 de agosto de 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Sinopses Jurídicas. Direito de Família. 12. ed. rev. e atual, Saraiva, 2007.

GARCIA, Daniel Melo. Desenvolvimento histórico da responsabilização criminal do menor infrator. Âmbito Jurídico. Rio Grande, ano 14, n.94, nov. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10594>. Acesso em: 22 set. 2014.

LEI 8.069/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 25 de nov. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Volume V. Direito de Família*. São Paulo, 17ª edição, p. 405 a 438.

PEDRO LENZA, esquematizado. volume único, Pb, 5ª edição, p. 1185 a 1188

ROSA, Conrado Paulino da. Nova lei da guarda compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015.

PAULA, Liana de. A Família e as Medidas Socioeducativas: A inserção da família na socioeducação dos adolescentes autores de ato infracional. São Paulo: USP, 2004. Disponível em:<http://buscaintegrada.usp.br/primeiro_library>. Acesso em 27 mar. 2015

VENOSA, Sílvio Salvo. Direito Civil: Direito de Família. Volume VI. 3ª edição. Editora Atlas. Pág.242/243. Obra citada. Pág. 242. Relator da Comissão de Seguridade Social e Família: Deputado Homero Barreto. Parecer de agosto de 2004.

SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente e Ato Infracional: Garantias Processuais e Medidas Sócio- Educativas. Porto Alegre. 2002 a .

ISHIDA, Kenji Válter. Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIREITO DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS VIRTUAIS

Janeide Simão da Silva¹
Maria Adelize da Silva Luz²

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo analisar os Direitos do Consumidor ao realizar compras pela internet, as garantias baseadas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), os direitos do cliente pela desistência do contrato ou da compra sem precisar justificar o motivo, de acordo com os prazos previstos em Lei, a partir de sua realização ou recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação ocorra fora do estabelecimento comercial, como é o caso da internet. Este artigo se concretiza pela atualidade de tal questionamento, tendo em vista que cotidianamente tem evoluído judicialmente. Através de uma pesquisa essencialmente bibliográfica, procurar-se-á analisar os limites para o comércio virtual, os descumprimentos do fornecedor ou quando cliente não recebe o produto, ou não reconhece a transação.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Garantias do consumidor. Limites do Comércio Virtual.

***ABSTRACT:** The objective of this work is to analyze Consumer Rights when making purchases through the Internet, the guarantees based on the Consumer Protection Code (CDC), the rights of the customer for the withdrawal of the contract or purchase without having to justify the reason, according to the as provided for in the Law, as from the date of receipt or receipt of the product or service, whenever the contracting takes place outside the commercial establishment, as is the case of the Internet. This article is concretized by the currentness of such questioning, considering that it has evolved judicially every day. Through an essentially bibliographical research, one will try to analyze the limits for the virtual commerce, the supplier's failures or when the customer does not receive the product, or does not recognize the transaction.*

***Key words:** Consumer Law. Consumer Guarantees. Limits of Virtual Commerce.*

1. INTRODUÇÃO

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire e utiliza produto ou o serviço com destinatário final. E o fornecedor é a pessoa física, jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira e o ente despersonalizado. O contrato eletrônico pode ser definido como o encontro de uma oferta de bens ou serviços que se exprime de modo audiovisual através de uma rede internacional de telecomunicações e de uma aceitação suscetível de manifestar-se por meio da interatividade.

¹ Discente UNIESP.

² Docente UNIESP.

Pode-se dizer ainda que são todas as espécies de signos eletrônicos transmitidos pela internet que permitem a determinação de deveres e obrigações jurídicos. Eletrônico é o meio utilizado pelas partes para formalizar o contrato logo, pode-se entender que por contrato eletrônico aquele em que o computador ou aparelho celular é utilizado como meio de manifestação e de instrumentalização da vontade das partes.

Os contratos eletrônicos são incluídos na categoria de contratos atípicos e de forma livre não obstante o seu conteúdo pode estar disciplinado em lei como, por exemplo, a compra e venda ou a locação. O consumidor está sempre protegido, seja dos vícios, dos defeitos, das propagandas enganosas, das liquidações, que é um perigo para o indivíduo que não verifica a mercadoria antes de comprá-la.

Nos contratos existenciais que versem sobre consumo, à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, IV, Constituição da República) e da solidariedade social (artigo 3º, I, Constituição da República), a incidência da boa-fé e da função social se dará de maneira mais intensa, traduzindo uma índole protetiva da parte tida como mais frágil.

Descumprindo a obrigação de clareza imposta pelo artigo 7º, XI do Marco Civil da Internet (Lei 12.695/14), os sites nem sempre dão o devido destaque aos termos e condições de uso e à política de privacidade, que preveem como direitos básicos do usuário, respectivamente, o não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, salvo consentimento livre, expresso e informado, bem como a prestação de informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção dos dados pessoais.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSUMIDOR E FORNECEDOR.

Desde o período da antiguidade se têm relatos de exploração comercial; colônias como a de Kanes, na Ásia Menor, os egípcios, hebreus e principalmente os fenícios praticaram o comércio em larga escala de produtos como perfume, cereais, marfim, metais, joias, e outros.

As práticas comerciais estavam, profundamente, incumbidas na cultura dos povos, entretanto, durante a decadência do Império Romano, para fugir da crise, a

população migra para o campo e se torna fundamentalmente campesina. As pessoas se isolavam em pequenas vilas e consumiam tão-somente o que colhiam, mantendo assim a estrutura de autossuficiência de cada vila.

Com a queda do Império Romano surge um novo tipo de organização da sociedade – o feudalismo. O modo de produção feudal tinha como essencialidade a agricultura autossuficiente e amonetária, sendo assim não mais havia uma forte visão comercial nas relações.

O sistema feudal durou até a Baixa Idade Média, quando as necessidades da população europeia culminaram com a substituição da estrutura social feudal por uma economia comercial, pois as forças políticas dos senhores feudais estavam sendo sobrepostas pelo surgimento de um novo grupo social que tinha sua estrutura diretamente relacionada com o comércio – a burguesia.

O interesse da Igreja Católica em difundir o cristianismo no oriente e combater a expansão dos muçulmanos, combinado a outros fatores, fez surgir o movimento das Cruzadas; fato que causou a Revolução Comercial e a reabertura do Mediterrâneo, possibilitando assim, a entrada de produtos e especiarias orientais na Europa.

O novo comércio que surgia estimulado pelo mercado consumidor, ávido por produtos vindos do oriente, fez com que as sociedades da Europa se interligassem comercialmente, ocasionando transações financeiras e trazendo de volta a invenção do povo Lídio: a circulação da moeda nas relações comerciais.

O desenvolvimento comercial neste período foi tão intenso e bem sucedido que, rapidamente, as feiras de comércio se transformaram em vilas e cidades. A economia em ascensão fez surgir um novo e forte grupo de comerciantes, que visavam à expansão de mercado, já que as trocas comerciais traziam, cada vez mais, um enorme lucro. Essas mudanças já apontavam para o início do capitalismo.

O renascimento das cidades ocorreu em consequência do forte desenvolvimento comercial, e o comércio se desenvolvia cada vez mais em decorrência do progressivo aumento da população nas cidades. Com o comércio em ascensão, os senhores feudais sentiam a necessidade de ampliar sua produção, assim o sistema de feudos, gradativamente, se sucumbe. O capitalismo trouxe para os Europeus o pensamento de acumulação de capitais, de enriquecimento. Esse

novo entendimento, que dava ênfase ao sistema capitalista, derrubou por completo a revolução burguesa e permitiu de uma vez por todas o início de uma grande revolução na indústria mundial.

Desta maneira, a Revolução Industrial se inicia na Inglaterra e se espalha por toda a Europa e Estados Unidos, contribuindo diretamente para a transformação dos grandes centros urbanos. Assim sendo, a ampliação do consumo era inevitável, e para atender toda a demanda foram criadas grandes fábricas que iniciam a produção em larga escala dos produtos que, agora, eram iguais para todos os consumidores – são os produtos em série.

A fabricação de cada mercadoria passou a ser dividida em várias etapas, num processo conhecido como produção em série. Concentrado em uma única atividade, o trabalhador especializava-se e aumentava a produção. Essas características acabaram influenciando no custo final do produto. Com mercadorias produzidas por meios mais baratos, era possível aumentar a margem de lucro e o mercado consumidor.

2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Os princípios, por sua vez são normas dotadas de alto grau de abstração e alta carga valorativa, regendo todo o sistema jurídico. A dinâmica de aplicação dos princípios é diferente da observada nas regras, pois havendo conflito entre princípios, um não exclui o outro; apenas afastará sua incidência a fim de regular determinado caso concreto. Isso importa em dizer que um princípio apenas preponderará sobre o outro, sem, contudo, anulá-lo.

Segue adiante os princípios que envolvem o direito do consumidor:

Princípios atinentes à seara consumerista:

Prevê o CDC Lei nº8.078/90:

Art. 4.º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

- a) por iniciativa direta;
- b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
- c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
- d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade;

III- harmonização dos interesses dos particulares dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII- estudo constante “das modificações do mercado de consumo.”.

Da Leitura do artigo transcrito acima os autores costumam definir vários princípios informadores do direito do consumidor, sendo os mais enunciados, o princípio da boa-fé objetiva, da igualdade, da liberdade, da informação, da transparência e da vulnerabilidade (CANUT, 2008, p.99). Mas, para Noronha só existe um princípio cardeal deste direito, o da vulnerabilidade do consumidor, que para ele é o grande princípio informador deste ramo do direito. (NORONHA, p. 15 e 16).

A vulnerabilidade decorre de o consumidor ser o elemento mais fraco da relação consumerista, por não dispor do controle sobre a produção dos produtos, conseqüentemente acaba se submetendo ao poder dos detentores deste controle,

no que surge à necessidade da criação de uma política jurídica que busque a minimização dessa disparidade na dinâmica das relações de consumo.

Não devemos, porém, confundir vulnerabilidade com a hipossuficiência do consumidor, nas palavras de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin (1991, p. 224-225):

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns - até mesmo a uma coletividade - mas nunca a todos os consumidores.

No entanto, entendemos que na seara consumerista a vulnerabilidade implica um olhar mais aprofundado no reconhecimento destas desigualdades, haja vista que o fornecedor não é só aquele que produz os bens e os disponibiliza, há todo um marketing social feito pelo capital, com todas as armas que este dispõe (meios de comunicação em geral, além da educação), que impulsiona que compele o cidadão a consumir para que este se sinta incluído na sociedade.

Assim a lei, especificamente o CDC, deve ser utilizada para armar o consumidor das ferramentas necessárias para estar no mesmo patamar de igualdade jurídica frente aos fornecedores.

O princípio do dever governamental, elencado nos incisos II, VI e VII do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, deve ser compreendido sob dois principais aspectos. O primeiro é o da responsabilidade atribuída ao Estado, enquanto sujeito máximo organizador da sociedade, ao prover o consumidor, seja ele pessoa jurídica ou pessoa física, dos mecanismos suficientes que proporcionam a sua efetiva proteção, seja através da iniciativa direta do Estado (art. 4º, II, "b") ou até mesmo de fornecedores, dos mais diversos setores e interesses nas relações consumeristas.

O segundo aspecto é o enfoque sob o "princípio do dever governamental", em que é dever do próprio Estado de promover continuamente a "racionalização e melhoria dos serviços públicos" (art. 4º, VIII), ao surgir aqui à figura do Estado fornecedor, além de suas eventuais responsabilidades.

O princípio da garantia e adequação, que emana da necessidade da adequação dos produtos e serviços ao binômio, qualidade/segurança, atendendo completamente aos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, elencado no caput do art. 4º, consistente no atendimento dos eventuais problemas

dos consumidores, no que diz respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida.

O princípio da garantia de adequação contido no art. 4º, II, "d" e V do Código do Consumidor encontram-se amparado pela inteligência dos art. 8º parágrafo único e art.10º §1º, §2º e § 3º do mesmo diploma, in verbis, respectivamente:

“Art. 8º Os produtos e serviços no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar informações necessárias e adequadas a seu respeito.”

Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

Art. 10º O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores mediante anúncios publicitários.

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, a expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ “3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.”.

O Princípio da Boa-Fé, nas relações de consumo, está expressamente referido no inciso III, do art. 4º do CDC, e, de certa maneira, encontra-se difundido em grande parte dos dispositivos do Código do Consumidor, desde a instituição de seus direitos básicos (art. 6º), percorrendo pelo capítulo referente à reparação por danos pelo fato do produto, e, orientando basicamente os capítulos referentes às práticas comerciais, a publicidade, e a proteção contratual, merecedora de especial destaque de acordo com o inciso IV do art. 51 do Código do Consumidor, que considera nulas de plenos direitos cláusulas contratuais que sejam incompatíveis com a boa-fé e equidade.

Será a boa-fé, nos dizeres de Silvio Rodrigues (2002, p. 60): [...] um conceito ético, moldado nas ideias de proceder com correção, com dignidade, pautando sua atitude pelos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar.

O primado básico da boa-fé será o princípio máximo orientador do CDC, e é através deste princípio nuclear que não apenas os polos atuantes da relação de consumo, devem se localizar no momento do ato de consumo, mas até a própria legislação consumerista sofre reflexos dele, como por exemplo, o princípio da transparência (art. 4º, caput) que não deixa de ser um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais.

A informação é um direito na seara consumerista que já vem desde a antiguidade, como nas Leis das XII Tábuas, que exigia do vendedor uma obrigação de transparência, determinando que este definisse as qualidades essenciais de seus produtos e proibindo-o de fazer publicidade mentirosa.

De uma forma mais evoluída o princípio da informação exige que o consumidor seja informado em todos os aspectos que envolvem o ato de comprar, de adquirir bens ou serviços, para que este não venha a ser lesado quando desejar adquirir o bem da vida.

Mas, para que este princípio venha a ser efetiva a população também precisa compreender as novas tecnologias, entender as necessidades que cada produto tem para o seu dia-a-dia.

Reiterando a questão da educação como fator transformador do Direito Hélio Jaguaribe (apud Alvim, Alvim e Souza, 199, p. 48-49):

O Brasil tem demonstrado capacidade para mobilizar forças e enfrentar problemas sociais. Em tempos recentes, as comunicações, o programa do álcool, as hidrelétricas, a industrialização diversificada, a produção de grãos e a ampliação do comércio exterior, em diferentes setores, constituíram provas eloquentes dessa afirmação. A educação do povo, entretanto, sendo questão da mais transcendente magnitude - pois dela também o equacionamento de todos os problemas, incluindo os políticos, sociais e econômicos - não tem acompanhado sequer as exigências mínimas do país, apesar de ser dever imperioso da nação para com seus filhos e garantia de seu próprio bem-estar.

Concluindo, independentemente do instrumento jurídico que se tenha, por mais avançado que seja, acabará sempre se esbarrando nos problemas sociais, ou seja, na carência cultural que acompanha a população brasileira. Daí que várias

empresas, sejam elas multinacionais ou nacionais acabam, na maioria das vezes, se aproveitando da ignorância alheia ao construir seus mega impérios econômicos centralizadores de preços e extintores de quaisquer modalidades de concorrência nos mercados.

Por último, temos o Princípio do acesso à justiça, que é de natureza constitucional, sendo previsto na Carta Magna em seu art. 5º, inciso XXXV, in verbis:

Art. 5º - XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça ao direito.

A esse respeito, é importante destacar a opinião de Nelson Nery Jr. (2002, p. 98)

Embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão.

O princípio do acesso à justiça não se encontra expresso na redação do art. 4º do Código do Consumidor, mas sim exposto por outras normas do mesmo diploma, é o que acontece com o art. 6º em seus incisos VII e VIII, in verbis:

Art. 6º [...]

VII-o acesso aos órgãos judiciários e administrativo com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados

VIII-a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência.

Por fim, com a criação de instrumentos adequados para a proteção do consumidor, nascem dois planos distintos de incidência. O primeiro se relaciona às possibilidades que se criam para a efetivação da proteção do consumo em juízo, ao contribuir para que se extraia resultados claros e objetivos pertinente ao direito de consumo. A segunda incidência não decorre do uso destes mecanismos em juízo, mas simplesmente de sua potencialidade de uso, ao clamar pela importância da mudança de mentalidade do consumidor, a partir do momento em que ele irá pressionar cada vez mais o Estado, no intuito de conseguir as tutelas específicas exigidas pelas relações de consumo, que demandam maior agilidade por parte dos

órgãos públicos, armando o consumidor do seguinte slogan de que "quem reclama sempre alcança".

2.2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO RELACIONAMENTO JURIDICO ELETRONICO

Para que possa caracterizar a responsabilidade civil nos contratos eletrônicos será identificar a relação de consumo. A responsabilidade civil é uma espécie de estuário onde deságuam todas as áreas do Direito Público e Privado, contratual e extracontratual, material e processual; é uma abóbada que concentra e amarra toda a estrutura jurídica, de sorte a não permitir a centralização de toda a sua disciplina. De acordo com o Código Civil Brasileiro as obrigações serão, principalmente, de dar, fazer e não fazer. As obrigações ocorrem em caso de inadimplemento, ou seja, quando há a negativa de entrega de um bem.

A doutrina divide a responsabilidade em subjetiva e objetiva. A responsabilidade subjetiva é aquela em que a culpa aparece como a mola propulsora, e seria imoral responsabilizar alguém sem que se verificasse a culpa. Existe um nexo causal entre a conduta culposa e o dano que nos leva ao campo da responsabilidade civil.

Na responsabilidade objetiva o agente responde independentemente da existência de culpa. O CDC adotou a responsabilidade objetiva como regra, sendo a exceção inculpada no Art. 14 § 4º do CDC quanto à responsabilidade dos profissionais liberais, que é subjetiva. A responsabilidade objetiva surge para proporcionar um equilíbrio na relação que já começou desequilibrada.

“Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

A responsabilidade objetiva no CDC é um instrumento de tratamento diferenciado. O CDC também consagra a responsabilidade objetiva pela Teoria do Risco, risco do empreendimento que é do empresário.

A teoria do risco é uma pressuposição de responsabilidade, não é o risco integral. A responsabilidade no CDC será objetiva se estiver na lei e for adotada a teoria do risco.

No caso das contratações via internet mais ainda se justifica a utilização da responsabilidade objetiva, já que os consumidores que contratam pela WEB estão em uma situação de vulnerabilidade maior que a média dos consumidores em geral.

2.3. NEGOCIO FINAL E NEGOCIO DO INTERMEDIADOR POR MEIO ELETRÔNICO

Podemos assim dizer que, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no artigo 2º do CDC. Entretanto, a ministra da Terceira Turma explica que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, em concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

Na situação do negocio final, é gerado através da negociação de valor em que atribui o fornecedor ao cliente para que através de uma conciliação sejam estimados determinados valor para um bom aproveitamento do produto e a satisfação do consumidor, tornando-o o cliente final.

2.4. DIREITO DO ARREPENDIMENTO

A lei prevê o direito de arrependimento nesses casos porque, na compra ou contratação fora de um estabelecimento comercial, você não pode avaliar tão bem o produto ou as condições do serviço.

Assim, quando o produto é entregue ou o serviço é executado, você pode não ter suas expectativas atendidas. Desse modo, a compra ou contratação pode ser cancelada sem necessidade de justificativa.

Caso se arrependa, tem o direito de receber tudo aquilo que já pagou, incluindo custos extras, como frete ou taxa de instalação de serviços contratados à

distância. Isso porque o CDC prevê que o direito de arrependimento deve ser exercido sem ônus.

Além disso, a devolução do dinheiro deve ser imediata, de acordo com o CDC e com o Decreto do Comércio Eletrônico (Decreto Federal nº 7.962/2013), mesmo que o pagamento tenha sido feito no cartão de crédito. A empresa deve comunicar a administradora do cartão para suspender a transação ou providenciar o estorno, caso já tenha sido lançada.

Você tem até sete dias para refletir se a compra feita fora de um estabelecimento comercial é o que se esperava. O prazo conta a partir da entrega do produto ou do início da prestação do serviço.

Caso queira cancelar, é recomendável que entre em contato com o fornecedor por escrito (por e-mail, por exemplo).

Em caso de compras em lojas físicas, o fornecedor não é obrigado a aceitar a desistência de uma compra, tampouco a troca (se o produto estiver com defeito, o fornecedor pode consertá-lo no prazo de 30 dias, não é obrigado a substituí-lo).

No entanto, em geral as lojas oferecem a possibilidade de troca, voluntariamente. Nesse caso, ela pode estipular um prazo específico para que possa exercer o direito.

Os casos clássicos exemplificados pela doutrina são as chamadas “vendas de porta em porta”, que reduzem os riscos de reclamação e devolução; os contratos de time-sharing ou multipropriedade, em que os consumidores são convidados para local escolhido pelo fornecedor, em que servem buffet e entretenimento para influenciar o lado emocional e ofertar produtos e serviços; e ofertas publicitárias que reduzem o tempo de reflexão quanto do ato de consumo, tais como o “ligue já” ou “os primeiros que ligarem terão determinado desconto”.

Neste cenário, a legislação consumerista não visa privilegiar os consumidores, tampouco prejudicar os fornecedores, mas sim trazer igualdade material à relação jurídica. Desse modo, evitam-se as generalizações que trazem arbitrariedade e são incompatíveis com a singularidade e a mutabilidade das ciências humanas.

Hodiernamente, na era da informática, despontou o comércio eletrônico. Fornecedores oferecem e vendem seus produtos e serviços por meio da internet,

disponíveis nos sites das empresas, em links promocionais, nas propagandas feitas através de malas diretas endereçadas aos e-mails dos consumidores, etc.

O artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que:

"O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou em domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados".

Para exercer o direito de arrependimento, o consumidor deve formalizar o pedido ao fornecedor. Se entregar carta, protocole uma via. Se optar pelo correio, envie com aviso de recebimento. Se o contato for por telefone, anote o número do protocolo e o nome do funcionário que fizer o atendimento. Se enviar e-mail guarde a mensagem enviada.

2.5. DOS FATOS, ATOS E NEGÓCIO JURÍDICO

Existem três principais grupos de relações jurídicas, que merecem ser apreciadas para melhor compreensão das relações virtuais. No meio virtual convencionou-se chamar de: Business to Business (B2B), Business to Consumer (B2C) e Business to Government (B2G).

Business to Business (B2B), O termo Business to Business é empregado para as relações comerciais em ambiente virtual entre pessoas jurídicas ou físicas comerciantes que não envolvem relação de consumo.

Assim, ao tratarmos de responsabilidade civil aplicada a este ramo das relações comerciais utilizaremos a responsabilidade civil subjetiva, pois não se configura a hipossuficiência das relações de consumo, tampouco a Teoria do Risco do Empreendimento (artigo 927, parágrafo único do Código Civil). Neste caso a responsabilização civil somente ocorrerá mediante a comprovação do dano, do nexo causal e da culpa, pressupostos presentes em qualquer ação de indenização cível. Atuam neste caso as excludentes de responsabilidade do Código Civil.

Business to Consumer (B2C), As relações Business to Consumer são aquelas baseadas nas relações de consumo entre fornecedor e consumidor. O consumidor, segundo o CDC, é "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Equipara-se a consumidor "a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo", ou, ainda, todo aquele que sofrer dano em razão de acidente ocorrido pelo uso de produto defeituoso.

As implicações legais decorrentes da determinação da atividade como sendo Business to Consumer são várias, afetando não somente o tipo de responsabilidade civil, que deixa de ser subjetiva para ser agora objetiva, mas também as partes integrantes da linha de consumo.

A Lei 8.078/90, CDC, prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova, decorrente de eventual hipossuficiência do consumidor, ficando o fornecedor ou prestador de serviço com o ônus de provar a inexistência de obrigação de indenizar.

As excludentes de responsabilidade civil para as relações de consumo devem ser analisadas considerando a Teoria do Risco da Empresarial, não sendo escusável o comportamento do consumidor inferior ao do "internauta médio".

Os fatos jurídicos classificam-se em sentido amplo (lato sensu) e em sentido estrito (stricto sensu). Para o primeiro tipo são os fatos que independem da vontade humana para seu acontecimento, como por exemplo, o terremoto, as ventanias. Todos eles decorrem de fatos naturais que poderão acarretar consequências jurídicas. Por sua vez, os fatos jurídicos em sentido estrito, para Maria Helena Diniz, "seria o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos".

O fato também pode ser dependente da vontade humana, podendo este ser voluntário ou não (involuntário) em contraposição ao fato natural que pode ser ordinário ou extraordinário (casos fortuito).

O fato jurídico em sentido estrito também se classifica em ordinário e extraordinário. Para o primeiro há um tempo, uma forma de prazo para o seu surgimento enquanto que para o último seria uma forma irresistível como o caso fortuito e força maior.

Os fatos jurídicos em sentido estrito, “[...] numa classificação mais estreita”, são atos jurídicos. Sílvio de Salvo Venosa define como “[...] aqueles eventos emanados de uma vontade, quer tenham intenção precípua de ocasionar efeitos jurídicos, quer não”. Maria Helena Diniz como “[...] o que gera consequências jurídicas previstas em lei e não pelas partes interessadas, não havendo regulamentação da autonomia privada”. Francisco Amaral destaca que “a eficácia [...] está prevista em lei, não tendo especial importância a intenção do agente”.

Por fim, no que tange aos atos jurídicos quando houver vontade das partes em gerar efeitos jurídicos ocorre então o negócio jurídico. O negócio jurídico “[...] existe por parte da pessoa a intenção específica de gerar efeitos jurídicos ao adquirir, resguardar, transferir, modificar, ou extinguir direito”. Maria Helena Diniz acrescenta ainda que “[...] apresenta-se, então, o negócio jurídico como uma 'norma concreta estabelecida pelas partes’ e Francisco Amaral como “[...] a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Neste mesmo sentido, Custodio da Piedade Ubaldo Miranda que afirma que o negócio jurídico é uma declaração de vontade.

Para Boiango Júnior, no negócio jurídico,

[...] é exercida uma autonomia da vontade, sem que exista qualquer obrigação legal ou convencional anterior, pois o agente escolhe os efeitos jurídicos que objetiva, e a lei, por sua vez, reconhece a licitude da vontade, aprovando dessa forma, a finalidade da parte, ou seja, a lei determina que o ato livremente praticado tenha o efeito pretendido pelo agente, como por exemplo, no caso de locação, compra e venda de imóvel, doação, compra de cd via internet, aquisição por meio da internet de licença de uso de um programa baixando o respectivo arquivo etc.

De outro ponto de vista, os atos jurídicos são ações humanas que têm vinculação legal anterior, não sendo, portanto, a vontade que determina o efeito da declaração, mas sim, o próprio dispositivo legal que, de forma imperativa atribui tal efeito, sem ao menos saber se o agente concorda ou não. Como exemplos, podem ser citados os casos de reconhecimento de paternidade, de prestação de alimentos, dentre outros.

No negócio jurídico a autonomia privada exerce sua influência direta nos efeitos que pretende dar, enquanto que nos atos jurídicos a própria lei determina os efeitos.

Sinteticamente, o fato jurídico lato sensu divide-se em: a) fato jurídico stricto sensu (independe da vontade humana); b) ato jurídico (depende da vontade humana) sendo que este desdobra em: I- ato jurídico stricto sensu (os efeitos estão na lei), e II- negócio jurídico (as partes estabelecem os efeitos, e neste classifica-se os contratos).

Procede-se agora ao estudo do negócio jurídico sobre o plano da existência, validade e eficácia. Este estudo é importante porque no meio dele poderá saber se um determinado negócio jurídico é existente, válido e eficaz.

2.6. CONAR

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária é: uma instituição que fiscaliza a ética da propaganda comercial veiculada no Brasil, norteando-se pelas disposições contidas no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Portanto, é um grupo que analisa por meio de denúncias campanhas publicitárias que podem ter causado algum tipo de desrespeito ao consumidor e até mesmo às empresas que podem ter sido citadas.

Diferente do que muitas pessoas pensam, ele não é um órgão de defesa do consumidor nem apresenta poder jurídico. Por isso, ele não consegue obrigar que uma propaganda seja retirada do ar, alterada ou mesmo multada. Mesmo assim, por ser muito respeitado pelas empresas de publicidade, as decisões tomadas pelo CONAR são sempre respeitadas e acatadas.

Em 1978, durante o III Congresso Brasileiro de Propaganda, anunciantes, agências e veículos de comunicação adotaram o código em suas atividades. Já no dia 5 de maio de 1980, foi criado o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, que ajudaria a fiscalizar e colocar em prática todos os mandamentos do código.

O Conar ao receber as denúncias feitas e as encaminha para o seu Conselho de Ética. Ele é formado por 180 conselheiros, que não podem ocupar cargos públicos e trabalham como voluntários divididos em oito Câmaras, localizadas em São Paulo, Rio, Brasília, Porto Alegre e Recife.

O Conselho será o responsável por analisar e julgar as queixas, levando em conta o que está presente no Código e oferecendo direito de defesa ao acusado. Se a denúncia for vista como válida, o Conar pode recomendar alterações ou mesmo a retirada da peça publicitária. Qualquer pessoa pode realizar uma reclamação via site, email ou carta ao CONAR desde que tenha a identificação de quem está fazendo esse pedido.

Casos de denúncias anônimas não são considerados. Também não existe um mínimo de queixas para campanha ser analisada e julgada. O único fator que importa é que a reclamação feita esteja de acordo com o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Lembre-se que serviços e produtos não são alvos do CONAR, apenas peças publicitárias. Se a sua denúncia estiver de acordo com algum artigo do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, ela é considerada válida e o processo é iniciado, com a escolha do relator que é feita entre os membros do Conselho de Ética.

O próximo passo é a análise do caso e o julgamento dele em primeira instância. Caso seja decidido a favor da queixa, o anunciante pode recorrer.

Já na segunda instância, existem duas possibilidades, o processo pode ser finalizado a partir de uma decisão unânime, ou caso isso não aconteça, uma votação do Conselho é realizada para a tomada da decisão final. Graças aos debates crescentes sobre temas como machismo e diversidade mais pessoas se sentem dispostas a expressar suas opiniões e, conseqüentemente, novas denúncias chegam até o CONAR, ajudando ao consumidor a tomar ciência das propagandas enganosas, a procurar seus direitos na Justiça, acabando com a Publicidade ilícita.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após esta explanação sobre os contratos eletrônicos e sua validade jurídica pode-se tirar algumas conclusões. A primeira é que os contratos eletrônicos são uma realidade na vida de muitos brasileiros sendo inclusive matéria dos tribunais. O comércio eletrônico e a “Internet” já são utilizados por uma boa parcela dos

brasileiros tanto das classes com maior poder aquisitivo quanto das que possuem menor poder.

Mesmo não possuindo legislação específica regulando o assunto no ordenamento jurídico brasileiro, a própria jurisprudência e a doutrina têm entendido a sua existência e não repudiado esta matéria nos Tribunais, como por exemplo, as decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul.

Mesmo existindo um corrente que defende a aplicação das leis atuais para o comércio e, por conseguinte nos contratos eletrônicos, ainda assim há uma necessidade de o magistrado “familiarizar” com os termos e a tecnologia utilizada neste “novo mundo” para evitar ao máximo a injustiça no julgamento. O contrato eletrônico é uma realidade e não pode ser negada a sua validade jurídica em caso de um litígio judicial. O que precisa ser revisto é o posicionamento que a jurisprudência tem sobre alguns pontos como, por exemplo, a validade das cláusulas contratuais, se o ambiente é seguro, se a empresa não operou de forma negligente haja vista que possui responsabilidade objetiva, se esta deixou clara a sua forma de operação e não desrespeitou o Código de Defesa do Consumidor, e também se o consumidor não atentou as indicações do comerciante. Há uma necessidade de todos os que por este meio passarem conhecer as suas características e forma de uso, tanto o juiz como as partes. A doutrina tem buscado demonstrar isso, mas precisasse de uma contrapartida também da sociedade e do legislador.

O grande desafio de todo consumidor é lidar com os crescentes números de ações judiciais lançadas no Poder Judiciário, à forma como o consumidor opta por resolver os seus conflitos com o fornecedor. Isso tem crescido a cada instante e tomado uma proporcionalidade imensa. Sendo o fornecedor o totalmente responsável pela distribuição dos serviços contratuais, visando apenas o dinheiro para a circulação de capital e o consumidor sendo taxado apenas como um cliente que só proporcionar crescimento empresarial para obter um alto renome no mercado.

Mais o alvo principal é o consumidor, este sim, proporcionará para o mercado financeiro um alto índice de consumo dos produtos e serviços apresentados pelo fornecedor. Uma principal característica tem que ser primeiramente é igualdade entre as partes, o fornecedor proporciona o produto e o consumidor adquire este.

De tal modo, que a satisfação de uma compra e venda produtiva acarreta um excelente desempenho à empresa fornecedor e a satisfação do consumidor por consumir um produto e serviço de qualidade apresentada pelo mercado, pois o ato de compra esta relacionado à necessidade, a falta ou à sobrevivência. Isso nos indica que longo dos anos foi construído uma visão de que as pessoas que tinham maior poder de compra eram consideradas melhores que pessoas com menor poder de compra. A criação e valorização social de padrões de comportamento é outra dimensão importante do consumismo, pois para atingir o padrão de sucesso e boa vida, inúmeras pessoas investem seus esforços para adquirir bens que não necessitam.

Diante dos argumentos expostos, resta demonstrada a possibilidade de aplicação da legislação brasileira vigente, em especial as normas que regulam os contratos em geral, aos contratos eletrônicos.

Tais contratos são firmados utilizando a internet como meio de comunicação, tendo em vista que o contrato eletrônico não é uma nova modalidade de contrato, mas sim, um contrato como outro qualquer, efetivado de forma virtual, possuindo suas peculiaridades. Como ficou evidenciado, o contrato eletrônico preenche todos os requisitos e pressupostos aplicáveis aos contratos tradicionais, devendo ser tomados alguns cuidados quanto à segurança dos procedimentos pré-contratuais, tendo em vista a vulnerabilidade do ambiente digital.

É importante mencionar o princípio que fundamenta a existência dos contratos eletrônicos, qual seja a liberdade das formas. Assim, como os contratos podem ser pactuados de qualquer forma, desde que não esteja prevista ou proibida em lei forma específica, torna-se perfeitamente válida a existência dos contratos eletrônicos no mundo jurídico.

Porém, deve-se analisar a internet, como ambiente inseguro que é, como cautela. Os contratantes, primeiramente, para garantir a segurança do contrato, deverão procurar conhecer a procedência da parte com quem está contratando, bem como certificar-se, em contratos mais sensíveis, a existência de certificado digital de segurança na loja virtual, quando for caracterizada a relação de consumo ou do banco, quando tratar-se de operações bancárias.

Em se tratando de contratos de consumo, esses têm dominado o instituto dos contratos eletrônicos no mundo moderno, tendo em vista a facilidade de se comunicar com uma pessoa, mesmo que estejam em lados opostos do mundo. Assim, tendo em vista que os contratos celebrados de forma virtual, como já dito, preenchem os requisitos dos contratos em geral, aos contratos eletrônicos de consumo, devem ser aplicadas as normas constantes do Código de Defesa do Consumidor. Por fim, em casos de conflito de legislação de países diversos, o Brasil adota, excepcionalmente, o princípio da extraterritorialidade, para que seja aplicada a legislação estrangeira no território brasileiro, desde que esteja de acordo com os princípios e garantias fundamentais nacionais.

Já nos contratos eletrônicos de consumo, tem-se admitido, inclusive pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor brasileiro ao estrangeiro, tendo em vista serem os direitos do consumidor normas de ordem pública. Dessa forma, conclui-se que poderão ser pactuados através de contratos eletrônicos, tudo aquilo que a lei não preveja forma específica nem proíba expressamente.

A legislação aplicável, portanto, será a brasileira vigente, principalmente as leis referentes aos contratos em geral e aos contratos de consumo, e, subsidiariamente, a legislação estrangeira pertinente aos contratos eletrônicos, tendo em vista que países como os Estados Unidos, já possuem normas relativas à contratação eletrônica em vigor em seu ordenamento jurídico, enquanto que o Brasil ainda não as possui.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio jurídico – existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.046, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Código civil dos estados unidos do Brasil (1916). Comentado por Clovis Bevilacqua e atualizado por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. 11. ed. São Paulo / Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves / Paulo de Azevedo, 1958. Volume IV.

_____. Código de proteção e defesa do consumidor. Nova ed. rev. atual. e ampl. com o Decreto número 2.181 de 20 de março de 1997. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

_____. Constituição da república federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.

CANUT Letícia. Proteção do consumidor no comercio Eletrônico. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 25. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, V. I.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. 867 p. 3 v.

FRANÇA, Pedro Arruda. Contratos Atípicos: Legislação, doutrina e jurisprudência. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 349 p.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. Da validade jurídica dos contratos eletrônicos, [março, 2004] Disponível na internet via Acesso em 04 set. 2008.

GOMES, Orlando. Contratos. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 523 p.

Interpretação dos contratos regulados pelo Código de Proteção ao Consumidor, apud SERGIO CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 361

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. Contratos Eletrônicos: Validade jurídica dos contratos via internet. São Paulo: Atlas, 2007. 225 p.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____. Novo código civil. Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

NORONHA, Fernando. Direito do Consumidor: contratos de consumo, cláusulas abusivas e responsabilidade do fornecedor.

PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e **responsabilidade** civil. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006. 145 p. (Temas Jurídicos)

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: dos contratos e das declarações. 30 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. 432 p. 3

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 3

ACESSO À INFORMAÇÃO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: uma análise acerca do direito ao esquecimento

Marckson Roberto Ferreira de Sousa¹
Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito²

RESUMO: Apresenta uma reflexão sobre o trinômio relativo ao Direito de Acesso à Informação e a Liberdade de Expressão, considerando aspectos relativos ao Direito ao Esquecimento. Considera a informação como um ativo relevante em qualquer atividade do conhecimento, onde se almeja que após decorrido determinado lapso temporal, a informação veiculada não mais esteja disponível para recuperação em face das possibilidades relacionadas ao seu esquecimento. É realizada uma revisão bibliográfica de cunho exploratório sobre o tema, utilizando-se a hermenêutica para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito. O acesso à informação deve ser garantido, desde que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana possa estar presente mediante tutela jurisdicional aplicável, garantindo quando necessário o direito ao esquecimento de determinados fatos, como um dos direitos relativos da personalidade.

Palavras-chave: Norma Jurídica. Direito ao Esquecimento. Direito de Acesso à Informação. Liberdade de Expressão.

ABSTRACT: *Presents a reflection on the trinomial concerning the Right of Access to Information and Freedom of Expression, considering aspects relating to the Right to Oblivion. Consider information as a relevant asset in any knowledge activity, where it is desired that after a certain temporal lapse, the information conveyed is no longer available for recovery in the face of the possibilities related to your forgetfulness. A bibliographical and exploratory nature review is realized about the theme, using hermeneutics to determine the meaning and scope of the expressions of the law. Access to information must be guaranteed, provided that the Principle of Dignity of the Human Person may be presented by applicable judicial guardianship, guaranteeing when necessary the right to oblivion of certain facts, as one of the Relative rights of personality.*

Keywords: *Juridical Rule. Right to Oblivion. Right of Access to Information. Freedom of Expression.*

1 INTRODUÇÃO

Os princípios constitucionais que abordam a informação nas Ciências Jurídicas relacionam-se com o seu processo de disseminação, abrangendo a definição de normas desde a sua produção até o uso efetivo, possibilitando olhares distintos sobre o trinômio relativo ao direito de acesso à informação, liberdade de

¹ Discente UNIESP.

² Docente UNIESP.

expressão e direito ao esquecimento. Nesse cenário, surge o pensamento de que, em uma sociedade onde a informação é predominante podem ser percebidos múltiplos desafios, principalmente ao se considerar as lacunas existentes na legislação e as crescentes facilidades de acesso.

A reflexão sobre a disponibilidade da informação e seus aspectos jurídicos, envolvendo o direito de acesso à informação traz grandes discussões considerando conteúdos dispostos na Rede Mundial de Computadores. A informação na vida social representa um bem valioso, apresentando-se inclusive como um instrumento transformador, porém é imprescindível se ter o direito ao esquecimento, considerando-se que o mesmo é um direito inerente à pessoa humana, destacando-se ainda a perspectiva de liberdade de expressão. As pessoas têm o direito de serem esquecidas por outras pessoas, pela opinião pública e até mesmo pela imprensa. Os atos que foram praticados no passado não podem ecoar para sempre como se fossem uma espécie de eterna punição ou visibilidade permanente.

O direito de acesso à informação, considerado como princípio constitucional fundamental, foi regulamentado por meio da Lei nº 12.527/2011 (BRASIL, 2011a), conhecida como Lei de Acesso à Informação. A liberdade de expressão é garantida pela Constituição Federal (CF), em seu artigo 220, ressalvado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV (BRASIL, 1988). O direito ao esquecimento não é recente, mas entrou na pauta jurisdicional com mais contundência na VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (BRASIL, 2013). O referido texto conduz a uma orientação doutrinária baseada na interpretação do Código Civil, onde o direito de ser esquecido pode ser interpretado como um dos direitos da personalidade.

Na esfera tecnológica, a velocidade da propagação de informações nos meios de comunicação, sobretudo na Internet, tem crescido vertiginosamente nos últimos anos, e concomitantemente, é possível inferir que a violação aos direitos de personalidade tem crescido em proporção similar. O direito ao esquecimento surge como proteção do cidadão para que o mesmo possa ter o direito de sua privacidade respeitada quando julgar que sua imagem, honra, ou mesmo o nome, foi utilizado de 'forma ofensiva'.

Segundo Tartuce (2017), o relevante desafio consiste em delinear possibilidades de aplicação do direito ao esquecimento, sem afastar, contudo, a

liberdade de expressão e o direito acesso à informação. Nesse sentido, a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmem Lúcia, de acordo com a Associação Brasileira de Imprensa (ABI, 2017, *online*), já havia se manifestado sobre o aludido tema, enfatizando que “com o direito ao esquecimento a privacidade pode passar a competir com a liberdade de expressão, por isso há de se discutir muito esse equilíbrio entre a preservação da liberdade individual e da informação”. Desse modo, é possível questionar: como proporcionar um equilíbrio entre o direito ao esquecimento na preservação da liberdade individual e o direito à liberdade de expressão e de informação?

Para buscar responder a esse questionamento, tem-se como objetivo principal analisar a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento em face da manutenção do equilíbrio entre a preservação da liberdade individual, liberdade de expressão e de informação. Nesse interim, como objetivos específicos, vislumbra-se compreender os direitos de personalidade no âmbito civil-constitucional; examinar o conflito entre princípios constitucionais enquanto normas de eficácia suprema; investigar a aplicação do princípio da ponderação; e verificar possíveis elementos que permitam delinear a amplitude de incidência do direito ao esquecimento.

Esse estudo tem um caráter bibliográfico e exploratório. Marconi e Lakatos (2009) comentam que a pesquisa bibliográfica se constitui no caminho para se conhecer a realidade ou para se descobrir verdades parciais. Para Sampieri, Collado e Lúcio (2013), os estudos exploratórios geralmente determinam tendências, identificam áreas, contextos e situações de estudo, clarificando conceitos e fornecendo subsídios para as etapas de investigação. Este estudo assume ainda uma abordagem hermenêutica (MAXIMILIANO, 2011; BASTOS, 2014; FERNANDES, 2017) para ponderação da utilização e eficácia do acesso à informação, liberdade de expressão e direito ao esquecimento.

É importante destacar também que este estudo se apresenta em conformidade com o direito civil-constitucional, tendo em vista envolver questões teóricas, conceituais e reflexivas que abrangem princípios resguardados pela Carta Magna Brasileira. A reflexão busca elencar subsídios para uma convivência harmoniosa em sociedade e a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Seguindo esta compreensão, é sob a perspectiva da análise da possibilidade

de coexistência do trinômio formado pelo direito ao esquecimento em face da manutenção do equilíbrio entre a preservação da liberdade individual, de expressão e de informação, que o presente estudo deve ser observado. Neste contexto, se faz necessário que haja uma melhor interpretação desse trinômio, buscando contribuir com a discussão sobre do tema, colaborando no sentido de desenvolver pensamentos que auxiliem no seu trato normativo, possibilitando a regulação de novas necessidades oriundas daquelas impostas pela sociedade.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PERSONALIDADE NO ÂMBITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

A expressão ‘direitos fundamentais’, de acordo com Novelino (2016), surgiu na França, em 1789, durante o movimento político e cultural que originou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. O seu objetivo consiste em proteger e promover a dignidade da pessoa humana, abrangendo direitos relacionados à liberdade e à igualdade. Os princípios fundamentais são considerados de grande relevância no ordenamento jurídico em virtude de estarem incluídos na base constitucional.

No pensamento de Agra (2018, p. 168) a “importância dos direitos fundamentais é uma unanimidade em todos os ordenamentos constitucionais, configurando-se com a principal característica das Cartas Magnas hodiernas”. O referido autor destaca ainda que (AGRA, 2018, p. 168, grifo do autor):

A primazia ocupada pelos direitos fundamentais no ordenamento jurídico configura-se de tamanha magnitude que eles são elementos essenciais para que o processo de globalização seja deslocado de um enfoque mercantilista, em que prepondera a *lex mercatoris*, para um enfoque social, em que preponderem o homem e os seus interesses.

Nessa linha de pensamento, Bobbio (2004, p. 15), já comentava sobre os fundamentos do direito do homem, enfatizando que:

Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos. Trata-se de duas situações jurídicas tão diversas que os argumentos utilizados para defender a primeira não valem para defender a segunda. Os dois principais argumentos para introduzir algumas liberdades entre os direitos fundamentais são: a) a irredutibilidade das crenças últimas; b) a crença de que, quanto mais livre for o indivíduo,

tanto mais poderá ele progredir moralmente e promover também o progresso material da sociedade. Ora, desses dois argumentos, o primeiro é irrelevante para justificar a exigência de novos poderes, enquanto o segundo se revelou historicamente falso.

A Constituição brasileira (BRASIL, 1988) utiliza a expressão 'direitos e garantias fundamentais', no Título II, para designar em seu texto aspectos relativos aos direitos humanos, podendo ainda ser observados outros artigos que tratam sobre o tema, tais como, os artigos 4º, II; 5º, §3º e 109, V-A e §5º.

Stoffel (2000, p. 9) assevera que:

O campo dos direitos humanos que se refere à essência do homem envolvendo corpo e alma integra os direitos da pessoa físico-moral. Recebem dois tipos de tratamento com o mesmo substrato: um de eficácia privada, no âmbito do direito civil, chamados de direitos da personalidade; outro, no campo constitucional, chamado de direitos de personalidade constitucionalmente protegidos, como direitos fundamentais no âmbito das liberdades públicas.

Os direitos fundamentais são inerentes ao ser humano, sendo possível destacar o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à dignidade, a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação. São direitos que fazem parte e se incorporam à pessoa, sendo pressupostos elementares para uma existência considerando a dignidade da pessoa humana.

A Constituição estabelece no artigo 5º, X, *in verbis*, que "X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;" (BRASIL, 1988).

No âmbito da sociedade da informação, especialmente com a crescente evolução da Internet, a Lei nº 12.965/2014 - Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), delinea a privacidade e a liberdade de expressão. No artigo 7º, I, da referida Lei, a privacidade é ponderada como um direito do usuário, *in verbis*, "I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;", e no artigo 8º, caput, *in verbis*, "A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.", sendo a privacidade e liberdade

de expressão colocada no mesmo patamar de proteção, merecendo especial atenção principalmente na possibilidade de se requerer o direito ao esquecimento.

Nesse diapasão, os direitos relacionados à personalidade podem ser considerados como essenciais. No pensamento de Mazur (2012, p. 28) “são direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo”.

Os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição englobam aspectos jurídicos consagrados. Novelino (2016, p. 337) destaca que “para proteger a privacidade (gênero), permitindo ao indivíduo conduzir a própria vida da maneira que julgar mais conveniente, sem intromissão da curiosidade alheia, a Constituição assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (espécies)”. Maldonado (2017, p. 80) destaca que “em linhas gerais, o direito à privacidade é o direito de estar sozinho, ou de ser deixado sozinho, na ausência de razoável interesse público quanto à prática de atividades pessoais.”. Os direitos da personalidade tem sua relevância em face de envolver do direito a honra, imagem, vida privada e intimidade, aspectos esses abordados na sequência.

2.1 DIREITO A HONRA E A IMAGEM

O direito a imagem pode ter uma relação direta com o direito a honra, porém ao se macular a imagem de uma pessoa, não necessariamente estará se ofendendo a sua honra.

Um conceito amplo de imagem é apresentado por Franciulli Netto (2004, p. 19), citando Moraes (1972, p. 64):

Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito. A ideia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende, além, a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade.

Novelino (2016, p. 337, grifo do autor) esclarece que “O direito à **imagem** impede, *prima facie*, sua captação e difusão sem o consentimento da própria

pessoa. A proteção a esse direito é autônoma em relação à honra, devendo ocorrer ainda que não haja ofensa à estimação pessoal ou à reputação do indivíduo.”.

Com o avanço da tecnologia, principalmente das câmeras fotográficas e dispositivos de filmagem, com possibilidades de obtenção de imagem sem o devido consentimento, os frutos da captura não podem ser utilizados de forma arbitrária, o que se percebe nas palavras de Agra (2018, p. 228):

O conceito de imagem tomado pela Constituição está expresso de forma abrangente, significando os traços tomados da personalidade do cidadão, defluindo as características inerentes à sua fisionomia, como a representação visual, a voz etc. O dano à imagem mais comum é aquele realizado com a divulgação comercial de fotos de determinados artistas sem que eles autorizem a divulgação. O uso da imagem pode até não acarretar prejuízos ao cidadão, mas, quando acontecer sem o seu consentimento, produzirá o direito a uma ação de ressarcimento.

A imagem é tratada como um bem protegido diferenciado da honra. O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 215.984-RJ (BRASIL, 2002b), destaca que a publicação não consentida de fotografias gera o direito à indenização, considerando o disposto na Constituição Federal, art. 5º, X.

Em relação à honra, esta é característica inerente da personalidade cujo respeito reflete a obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ferraz Júnior (1993, p. 443) explica que:

[...] a honra e a imagem têm um sentido comunicacional, que inevitavelmente envolve terceiros. Ambos, especialmente a imagem, são situações personalíssimas perante os outros. Direito à honra é, assim, direito de sustentar o modo pelo qual cada um supõe e deseja ser bem-visto pela sociedade. É uma combinação entre auto respeito e respeito dos outros. A honra se projeta na imagem que, embora de alguém, é sempre como alguém julga e quer aparecer para os outros.

Para Stoffel (2000, p. 20) “A honra compreende o sentimento que a pessoa tem de si mesma em relação à consciência da própria dignidade pessoal. É o valor moral íntimo do homem chamado de sentido subjetivo.”. Ao se considerar a esfera penal (BRASIL, 1940, *online*), observa-se a existência de delitos contra a honra, a saber, a calúnia (art. 138), a difamação (art. 139) e a injúria (art. 140).

Novelino (2016, p. 337, grifo do autor) destaca que “A **honra** consiste na reputação do indivíduo perante o meio social em que vive (honra objetiva) ou na

estimação que possui de si próprio (honra subjetiva). A indenização por danos morais decorrentes de violação à honra deve ser assegurada para pessoas físicas e jurídicas (honra objetiva)”. O artigo 52 do Código Civil (BRASIL, 2002a) esclarece, *in verbis*, que “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

Nesse diapasão, é possível perceber que a honra e a imagem das pessoas são bens dos mais apreciados, apresentando relação íntima com a vida privada e intimidade.

2.2 DIREITO À INTIMIDADE

O direito à intimidade está relacionado com a preservação da vida particular e dos pensamentos das pessoas do conhecimento de outrem e do próprio Estado. Ferraz Júnior (1993, p. 442) apresenta que:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar-só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível exemplificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange. Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência.

Para Stoffel (2000, p. 26) “o direito à intimidade visa proteger o indivíduo dos riscos oriundos da pressão social, em determinadas situações, para que o indivíduo seja deixado em sossego, como exigência moral, construindo um direito de inibir a indiscrição alheia sobre sua privacidade”. A ideia é que a intimidade envolve algo íntimo e pessoal, que não deve ser violado em respeito à própria condição de individualidade.

2.3 DIREITO À VIDA PRIVADA

A proteção à vida privada é inviolável e está próxima ao direito à honra. Em virtude de ser um direito subjetivo fundamental, possui três elementos em sua

estrutura: o sujeito, o conteúdo e o objeto. Ferraz Júnior (1993, p. 439-440), explica que:

O sujeito é o titular do direito. Em se tratando de um dos direitos fundamentais do indivíduo, o sujeito é toda e qualquer pessoa, [...]. O conteúdo é a faculdade específica atribuída ao sujeito, que pode ser a faculdade de constranger os outros ou de resistir-lhes (caso dos direitos pessoais) ou de dispor, gozar, usufruir (caso dos direitos reais). A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O objeto é o bem protegido, que pode ser uma res (uma coisa, não necessariamente física, no caso de direitos reais) ou um interesse (no caso dos direitos pessoais).

Stoffel (2000, p. 26) apresenta que “a vida privada, como expressão semântica, empregada em sentido amplo, é entendida como direitos de personalidade e, em sentido restrito, significando apenas uma de suas facetas, confundindo-se com a intimidade.”. A vida privada, de forma geral, abrange relações das pessoas com o meio social em que convivem.

Nas palavras de Silva (2014, p. 210):

A tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: (a) ao segredo da vida privada; e (b) à liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros.

Agra (2018, p. 231) esclarece que “Intimidade é a esfera de vida que só ao cidadão em particular diz respeito, não pertencendo a mais ninguém; é o espaço de sua individualidade. [...]. Vida privada significa as relações pertinentes ao cidadão e aos seus familiares, englobando as pessoas que partilham do seu cotidiano.”.

O direito à vida privada estabelece relacionamentos familiares, de lazer, negócios, dentre outros, enquanto o direito a intimidade está relacionado a um núcleo menor, que perpassa e protege relações mais íntimas e pessoais.

3 O TRINÔMIO LIBERDADE DE EXPRESSÃO, ACESSO À INFORMAÇÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO

A relevância dos direitos fundamentais de personalidade é inquestionável por envolver o respeito à dignidade da pessoa humana, fazendo-se necessário realizar

uma análise envolvendo o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão considerando o acesso à informação.

3.1 DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão corresponde a um direito fundamental das pessoas que garante a manifestação de opiniões, ideias e pensamentos sem interferência por parte de terceiros. Para Silva (2014), a liberdade de opinião resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. O referido autor enfatiza que a Constituição reconhece duas dimensões:

[...] como pensamento íntimo, prevê a liberdade de consciência e de crença, que declara inviolável (CF, art. 5º, VI), como a de crença religiosa e de convicção filosófica ou política (CF, art. 5º, VIII).

[...]

Como aspecto externo (a outra dimensão mencionada), a liberdade de opinião se exterioriza pelo exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento, [...]. (SILVA, 2014, p. 244-245).

A liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação está prevista no art. 5º, IX da CF (BRASIL, 1998), *in verbis*, “IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”. Assim, por meio de uma visão ampla, pode-se considerar a existência de um direito de se expressar sem censura, porém é imprescindível saber dentre os vários meios e formas de expressão, aqueles que de fato são admissíveis.

Para Costa Neto (2017, p. 38-39),

É especialmente relevante investigar os fundamentos da liberdade de expressão, porque, a partir deles, será possível aferir que limites podem ser legitimamente impostos a esse direito fundamental. Em linhas gerais, é possível agrupar os argumentos que embasam a proteção do discurso em duas categorias: (1) justificativas de tipo instrumental ou consequencialista; (2) justificativas de tipo intrínseco ou deontológico.

No primeiro caso, tutela-se a liberdade de expressão por causa de algum benefício ou vantagem a ser obtida. Alega-se, por exemplo, que a liberdade de expressão é crucial para o funcionamento apropriado da democracia, ou para o florescimento da sociedade, ou para a obtenção da verdade.

Perceba-se que, sob essa ótica, a garantia constitucional é vista como um meio através do qual se obterá um benefício, um objetivo almejado.

No segundo grupo, há os argumentos que buscam fundamentar o direito fundamental à liberdade de expressão independentemente de qualquer resultado que daí possa advir. Em linhas gerais, parte-se de uma concepção de indivíduo baseada na autonomia ou na dignidade, de sorte que a limitação do discurso é vista como um desrespeito à capacidade, ínsita a cada indivíduo, de pensar e decidir por si próprio.

A partir de qualquer pressuposto que se considere, o respeito ao próximo e a dignidade da pessoa humana devem ser considerados para a existência de harmonia entre as pessoas.

3.2 DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO

O termo 'informação' não apresenta simplicidade para sua definição, tendo em vista sua polissemia conceitual, conforme comentam Capurro e Hjørland ao apresentarem uma discussão sobre o tema. Os referidos autores explicitam que é “lugar comum considerar-se a informação como condição básica para o desenvolvimento econômico juntamente com o capital, o trabalho e a matéria-prima, mas o que torna a informação especialmente significativa na atualidade é sua natureza digital.” (CAPURRO; HJORLAND, 2007, p. 149).

Em um contexto legislativo, para a Lei de Acesso à Informação, conforme art. 4º, I, informação corresponde a “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato;” (BRASIL, 2011a, *online*).

O direito de acesso à informação deve ser assegurado para toda a sociedade. A Constituição (BRASIL, 1988, *online*), em seu art. 5º, XIV, assevera que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”. Em relação à liberdade de expressão, observa-se no *caput* do art. 220, *in verbis*: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”. Desta forma, todos têm o direito de obter informações, ressalvadas as devidas proporções, conforme estabelece o art. 5º, XXXIII, *in verbis*: “todos têm direito a receber dos

órgãos públicas informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”.

A Lei nº 12.527/2011 (BRASIL, 2011a) instituiu o sigilo de informações pessoais quando estas puderem atingir a honra e a imagem, a intimidade, e a vida privada das pessoas, estabelecendo que o acesso à informação pode ser restrito, conforme preceitua o seu art. 31, impondo limitações a solicitação de informações a qualquer tempo.

Nesse sentido, percebe-se que o direito de acesso à informação deve ser assegurado, desde que o princípio da dignidade da pessoa humana possa sempre ser considerado, mediante tutela jurisdicional aplicável.

3.3 DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento está relacionado ao ato de não se sentir obrigado a lembrar-se de fato que cause espécie de dor e sofrimento. Nas palavras de Moutinho (2015, p. 306), “é o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos.”.

Para Warren e Brandeis (1890, p. 193) “[...] *there came a recognition of man's spiritual nature, of his feelings and his intellect. Gradually the scope of these legal rights broadened; and now the right to life has come to mean the right to enjoy life, - the right to be let alone;*”, podendo o esquecimento ser compreendido como o ‘direito de ser deixado em paz’.

Hodiernamente, o cenário mundial muito tem sido influenciado pelos ambientes digitais e pela necessidade crescente de informação. Tem sido discutido de forma enfática sobre o direito ao esquecimento, que teve sua origem no âmbito das condenações criminais, partindo-se da ideia de assegurar a ressocialização do ex-detento, ao buscar discutir o modo e a finalidade com que os fatos pretéritos são lembrados.

Na esfera penal, inicialmente, surge no instituto da reabilitação, a

necessidade de se assegurar sigilo dos registros sobre o processo e condenação do apenado. Nesse mesmo sentido, o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), no Capítulo II, passou a garantir que após concedida a reabilitação, as condenações anteriores não seriam mencionados na folha de antecedentes e nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requeridas por juízo criminal. Contudo, muitas outras esferas têm sido beneficiadas com a possibilidade de se retirar informações consideradas 'nocivas' das mídias digitais. Por exemplo, no âmbito do direito do consumidor, o direito ao esquecimento se configura ao ser estabelecido o prazo máximo de cinco anos para constância em banco de dados de informações negativas sobre inadimplência (BRASIL, 1990). Na órbita do direito civil, Assis Neto, Jesus e Melo (2016), o colocam como uma vocação do sistema à estabilização das relações jurídicas, como ocorre na prescrição.

A discussão em torno do direito ao esquecimento não está relacionada apenas a fatos recentes, mas também a fatos pretéritos, conforme apresenta Greco e Braga (2011, p. 161):

Não somente a divulgação de fatos inéditos pode atingir o direito de intimidade das pessoas. Muitas vezes, mesmo os fatos já conhecidos publicamente, se reiteradamente divulgados ou se voltarem a ser divulgados, relembrando acontecimentos passados, podem ferir o direito à intimidade.

Pode-se também considerar o direito ao esquecimento à luz do olhar sobre a dignidade da pessoa humana, conforme preceitua a Constituição Federal, art. 1º, III, apresentando-se como um fundamento do Estado democrático de direito (BRASIL, 1988). Nesse sentido, o Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (BRASIL, 2013, p. 89, grifo do autor) apresenta, *in verbis*, que:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos,

mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

No ordenamento jurídico brasileiro, a divulgação de informações encontra amparo na liberdade de expressão em qualquer meio, porém encontra vedação baseada nos direitos relativos à privacidade, à honra e à intimidade, pois o direito de acesso à informação não pode transpassar o direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Ao invocar o direito ao esquecimento, o cidadão teria como objetivo buscar obstar a divulgação de informações referentes a fatos ocorridos que poderiam trazer-lhe prejuízos.

4 A COLISÃO ENTRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ACESSO À INFORMAÇÃO

Antes de realizar qualquer reflexão sobre a magnitude e limitações de direitos, é imprescindível a compreensão de aspectos sobre hermenêutica, e o que se assemelha com seu principal sinônimo, a interpretação, que toma um viés de explicação ou esclarecimento.

Bastos (2014, p. 20-21) esclarece que:

A distinção entre Hermenêutica e Interpretação não é acolhida por todos os doutrinadores. Há aqueles que consideram a interpretação e a hermenêutica como sinônimas, como atividades indissociáveis uma da outra. De outra parte, há aqueles que entendem que a interpretação é inteiramente submissa às normas da Hermenêutica.

[...]

A interpretação é a atividade que procura imprimir uma vontade ao texto a ser interpretado, de modo que este possa incidir no caso concreto. Para os que não fazem distinções entre Hermenêutica e Interpretação, não estaríamos diante de duas realidades diversas [...].

Nas palavras de Maximiliano (2011), a Hermenêutica Jurídica tem por objetivo a sistematização de processos para determinar o sentido e alcance das expressões presentes nas leis positivadas, enquanto a Interpretação está relacionada ao alcance dos fins pretendidos. Para o referido autor, a aplicação do Direito consiste em enquadrar um caso concreto com a norma jurídica mais adequada, considerando os princípios que possibilitem uma correlação entre as leis dos diferentes tempos e lugares.

Para a análise do direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e acesso à informação, considerados nos polos da intimidade, vida privada, honra e imagem, percebe-se a necessidade de se considerar que os princípios constitucionais ingressem no processo de interpretação. Para tanto, considerar-se-á a Interpretação Teleológica e Axiológica, que “busca identificar, respectivamente, quais são os **fins** e quais são os **valores** considerados pelo órgão legislativo como importantes. [...] Dessa forma, o intérprete tem que ser capaz de mover com as ‘previsões’ que o legislador faria, caso tivesse avaliado as consequências.” (FERNANDES, 2017, p. 171, grifo do autor).

Nesse sentido, questiona-se sobre o que deve acontecer quando duas ou mais posições protegidas como direitos fundamentais pleiteiam por prevalecer numa mesma situação, em face da necessidade de se respeitar os pressupostos constitucionais. Bastos (2014, p. 123) destaca que “A Interpretação, portanto, deverá, para se considerar como atividade válida, respeitá-los no seu todo, não podendo proceder à escolha de um ou outro.”.

No pensamento de Paulo e Alexandrino (2017, p. 105) “Ocorre conflito (ou colisão) entre direitos fundamentais quando, em um caso concreto, uma das partes invoca um direito fundamental em sua proteção, enquanto a outra se vê amparada por outro direito fundamental.”.

Mendes e Branco (2017) destacam que havendo conflito entre princípios constitucionais, deve-se buscar a conciliação entre os mesmos, segundo a respectiva relevância do caso concreto, sem que um dos princípios seja desconsiderado por irremediável contradição com o outro. Os referidos autores esclarecem ainda que:

Essa característica dos princípios de funcionarem como mandados de otimização revela-lhes um elemento essencial. Eles possuem um caráter *prima facie*. Isso significa que o conhecimento da total abrangência de um princípio, de todo o seu significado jurídico, não resulta imediatamente da leitura da norma que o consagra, mas deve ser complementado pela consideração de outros fatores. [...]

Assim, o direito à privacidade, *prima facie*, impede que se divulguem dados não autorizados acerca de uma pessoa a terceiros. Esse direito, porém, pode ceder, em certas ocasiões, a um valor, como a liberdade de expressão, que, no caso concreto, se revele preponderante, segundo um juízo de prudência. (MENDES, BRANCO, 2017, p. 182, grifo do autor).

No entendimento dos referidos autores, o juízo de ponderação está diretamente relacionado ao princípio da proporcionalidade que deve ser visto em sentido estrito, uma vez que o ônus imposto não se sobreleve ao benefício que se pretende alcançar. Em relação ao exercício da ponderação, afirmam que:

[...] é sensível à ideia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo *status* hierárquico, os princípios constitucionais podem ter ‘pesos abstratos’ diversos. Mas esse peso abstrato é apenas um dos fatores a ser *ponderado*. Há de se levar em conta, igualmente, o *grau de interferência* sobre o direito preterido que a escolha do outro pode ocasionar. Por fim, a ponderação deve ter presente a própria confiabilidade das premissas empíricas em que se escoram os argumentos sobre o significado da solução proposta para os direitos em colisão. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 183).

De acordo com os ensinamentos de Paulo e Alexandrino (2017, p. 105-106, grifo do autor), no caso de conflito entre dois ou mais direitos fundamentais:

[...] **o intérprete deverá lançar mão do princípio da concordância prática ou da harmonização**, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.

A ponderação deve ser sensível à ideia de que, mesmo ao se considerar normas de um mesmo grau hierárquico, a aplicação de princípios constitucionais pode ter pesos distintos, apesar de não se poder cogitar de invariável aplicação de apenas um deles (o direito supostamente “hierarquicamente superior”).

Os ensinamentos de Barroso (2014, p. 9) destacam que:

[...] é pacífico que casos como esses não são resolvidos por uma subsunção simples. Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos.

De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que, na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, embora alguma(s) dela(s) venha(m) a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar técnica da ponderação.

Na legislação, percebe-se a indicação de restrições, que podem ser

visualizadas desde as expressões dispostas na Carta Magna, perpassando pela legislação infraconstitucional. Para exemplificar essa condição, Mendes e Branco (2017, p. 192, grifo do autor) destacam que:

Para indicar as restrições, o constituinte utiliza-se de expressões diversas, v g, 'nos termos da lei' (art. 5º, VI e XV), 'nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer' (art. 5º, XII), 'atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer' (art. 5º, XIII), 'salvo nas hipóteses previstas em lei' (art. 5º, LVIII). Outras vezes, a norma fundamental faz referência a um conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de um dado direito.

Tendo em vista os aspectos sociais, pode existir uma análise da presença do chamado interesse público na disseminação da informação, excetuando-se os fatos genuinamente históricos, cujo interesse público permaneça mesmo com o passar do tempo, desde que a narrativa não possa ser desvinculada dos envolvidos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), de 26 de agosto de 1789, elaborada durante a Revolução Francesa, traz um ideal de liberdade, igualdade e fraternidade acima dos interesses de qualquer particular. Esta declaração expressa que (LEGIFRANCE, 1789, *online*):

Art. 4. *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.*

[...]

Art. 10. *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi.*

Neste documento, percebe-se não se contemplar apenas a adversidade relativa à colisão de direitos, mas também o princípio da supremacia da lei.

Ao falar sobre limites aos direitos à privacidade, Mendes e Branco (2017, p. 286) comentam que:

[...] Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.

Percebe-se que, a partir da liberdade de expressão, tomando-se como base a

própria Constituição (BRASIL, 1988) existem várias limitações, conforme pode ser observada nas palavras de Quintiere (2016, p. 33) ao apontar a proibição do anonimato; a imposição do direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais; a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; que seja assegurado a todos o direito de acesso à informação, dentre outros relacionados.

Nesse interim, a legislação pátria, por meio do Superior Tribunal de Justiça reconhece o direito ao esquecimento, como pode ser observado em trechos do voto do Recurso Especial nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0) (BRASIL, 2011b, não paginado, grifo do autor), correspondente ao caso “Aida Curi”, vítima de homicídio no ano de 1958, que teve como relator o Ministro Luís Felipe Salomão:

2. [...]

É inegável que o conflito aparente entre a liberdade de expressão/informação, ora materializada na liberdade de imprensa, e atributos individuais da pessoa humana -como intimidade, privacidade e honra -, possui estatura constitucional (art. 5º, incisos IV, V, IX, X e XIV, arts. 220 e 221 da Constituição Federal), não sendo raras as decisões apoiadas predominantemente no cotejo hermenêutico entre os valores constitucionais em confronto.

Porém, em contrapartida, é de alçada legal a exata delimitação dos valores que podem ser, eventualmente, violados nesse conflito, como a honra, a privacidade e a intimidade da pessoa, o que, em última análise, atribui à jurisdição infraconstitucional a incumbência de aferição acerca da ilicitude de condutas potencialmente danosas e, de resto, da extensão do dano delas resultante.

[...]

10.3 [...]

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, a meu juízo, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda.

E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, afirmando-se, na verdade, como um **direito à esperança**, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o direito ao esquecimento deve ser considerado em face do direito de acesso à informação, para quem já cumpriu sua pena ou até mesmo quem foi acusado injustamente de um crime e já foi inocentado, de forma a poder reescrever sua história sem que tenha seu passado exposto na mídia.

Vale ressaltar que esse é um tema ainda não pacificado, pois mesmo com decisões favoráveis ao direito ao esquecimento, normalmente são apontados diversos argumentos contrários à tese, como se observa no próprio voto do Recurso Especial nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0) (BRASIL, 2011b, *online*):

6. [...] i) o acolhimento do chamado direito ao esquecimento constitui atentado à liberdade de expressão e de imprensa; ii) o direito de fazer desaparecer as informações que retratam uma pessoa significa perda da própria história, o que vale dizer que o direito ao esquecimento afronta o direito à memória de toda a sociedade; iii) cogitar de um direito ao esquecimento é sinal de que a privacidade é a censura do nosso tempo; iv) o mencionado direito ao esquecimento colidiria com a própria ideia de direitos, porque estes têm aptidão de regular a relação entre o indivíduo e a sociedade, ao passo que aquele finge que essa relação não existe - um "delírio da modernidade"; v) o direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, que entraram para a história social, policial e judiciária, informações de inegável interesse público; vi) ou uma coisa é, na sua essência, lícita ou é ilícita, não sendo possível que uma informação lícita transforme-se em ilícita pela simples passagem do tempo; vii) quando alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e privacidade em benefício do interesse público e, ademais, uma segunda publicação (a lembrança, que conflita com o esquecimento) nada mais faz do que reafirmar um fato que já é de conhecimento público; viii) e, finalmente, que programas policiais relatando acontecimentos passados, como crimes cruéis ou assassinos célebres, são e sempre foram absolutamente normais no Brasil e no exterior, sendo inerente à própria atividade jornalística.

Paesani (2013, p. 34) destaca que “Tem-se demonstrado particularmente delicada a operação para delimitar a esfera da privacidade, mas é evidente que o direito à privacidade constitui um limite natural ao direito à informação.”. A referida autora esclarece ainda que:

Outros limites à privacidade podem ser impostos, quando atingem interesses coletivos diferentes do direito à informação e de maior relevância numa avaliação conjunta do interesse geral. A predominância do interesse coletivo sobre o particular requer, em cada caso, a verificação do alcance respectivo, a fim de não se sacrificar indevidamente a pessoa salvo quando a divulgação de notícias com finalidades científicas ou de polícia venham a sacrificar o interesse particular em prol da coletividade. (PAESANI, 2013, p. 34).

A privacidade não pode ficar restringida em face da liberdade de expressão ou ao direito de acesso à informação. A controvérsia só pode ser dirimida, em tempos de constante exposição da vida alheia, ao se considerar as particularidades do caso concreto, realizando a devida ponderação. O acesso à informação pode ter

seus horizontes ampliados com a utilização dos serviços da Internet, dificultando a aplicação do direito ao esquecimento. Um fato que ganha notoriedade talvez não apresente trivialidade para completa eliminação da rede, principalmente devido à possibilidade de existirem várias cópias da mesma informação.

A EUROPEAN COMMISSION (2010, p. 8) ressalta em relação aos dados disponíveis que “[...] *the right of individuals to have their data no longer processed and deleted when they are no longer needed for legitimate purposes. This is the case, for example, when processing is based on the person's consent and when he or she withdraws consent or when the storage period has expired*”.

A própria ideia de liberdade e as respectivas obrigações são fatores que necessitam ser avaliados, conforme antecipado no pensamento de Bobbio (2004, p. 31):

[...] idéia abstrata de liberdade, que se foi progressivamente determinando em liberdades singulares e concretas (de consciência, de opinião, de imprensa, de reunião, de associação), numa progressão ininterrupta que prossegue até hoje: basta pensar na tutela da própria imagem diante da invasão dos meios de reprodução e difusão de coisas do mundo exterior, ou na tutela da privacidade diante do aumento da capacidade dos poderes públicos de memorizar nos próprios arquivos os dados privados da vida de cada pessoa.

Nesse diapasão, percebe-se que a honra, intimidade e privacidade devem ser resguardadas, mas questiona-se até que ponto informações sobre os fatos pretéritos devem e podem ser esquecidos. O direito ao esquecimento pode funcionar como uma ferramenta jurídica valiosa a fim de limitar a exposição de informações que tragam transtornos, pois em tempos de constante exposição da vida alheia, o melhor caminho consiste na ponderação e a análise de cada caso, mas onde não se pode esquecer o efetivo direito de acesso à informação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à privacidade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, inciso X, tem sua relevância por se tratar de um direito de personalidade e que precisa ser continuamente evocado em decorrência das recorrentes invasões à esfera da intimidade. O avanço das tecnologias digitais tem possibilitado essas incursões,

acentuando-se a necessidade de proteger especificamente a imagem, a honra, a intimidade e a vida privada das pessoas. O impacto que a informação tem causado na vida do cidadão exige uma configuração que permita o seu controle, visto que a mesma tem o poder de modificar pontos de vista, ideias, comportamentos, juízos, além de gerar opinião positiva ou negativa.

Em colisão ao direito de acesso à informação encontra-se o direito ao esquecimento, visando garantir a preservação da liberdade individual. Esse direito permite estabelecer um sistema de freios e contrapesos em face da liberdade de informação. É notório que a liberdade de expressão e o acesso à informação têm desempenhado um papel fundamental para as pessoas, o que faz desses pressupostos uma prerrogativa ao exercício de outros direitos fundamentais.

A base protetiva constitucional do direito de acesso à informação deve ser ponderada de forma que não se exclua a tutela relativa aos direitos da intimidade, vida privada, honra e imagem, mas que, possa ser aplicado considerando o princípio da proporcionalidade. Esse pensamento deve estar em permanente exercício de reflexão sobre os valores que amparam os interesses concretos da sociedade, pois, em uma primeira análise, um peso maior não pode recair neste em detrimento de outros que também receberam abrigo constitucional.

Importante se faz destacar ainda, que a tentativa do esquecimento de determinada informação pode gerar reminiscências, e mesmo para aquelas pessoas que não sabiam dessa informação, podem passar a ser conhecedoras da mesma. Entretanto, algumas vezes se faz necessário rememorar o passado para que a sociedade fique atenta e evite comportamentos que outrora foram inadequados.

Resta evidente que a colisão entre os princípios reconhecidamente como direitos fundamentais podem ser resolvidos por meio da ponderação, uma vez que a observação do caso concreto possa sugerir aquele que melhor se adequa a resolução do conflito, sem que um dos princípios se sobreponha aos demais.

REFERÊNCIAS

ABI. Associação Brasileira de Imprensa. **Deputado cria projeto sobre “Lei do esquecimento”**. 20 set. 2017. Disponível em: <<http://www.abi.org.br/deputado-apresenta-projeto-sobre-lei-do-esquecimento/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum Ltda, 2018.

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. critérios de ponderação. interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. **Revista de Direito Administrativo**. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, v. 235, jan./mar. 2004, p. 1-36. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 17 maio 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 2002a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 215.984-RJ**. 2002b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=246432>>. Acesso em: 16 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro

de 1991; e dá outras providências. 2011a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 2 maio 2018.

BRASIL, **Recurso Especial nº 1.335.153-RJ (2011/0057428-0)**. Superior Tribunal de Justiça. 2011b. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2018.

BRASIL. **VI Jornada de Direito Civil**. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornadadireitocivil2013-web/at_download/file>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

CAPURRO, Rafael; HJORLAND, Birger. O Conceito de Informação. **Perspectivas em Ciência da Informação**, v. 12, n. 1, p. 148-207, jan./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pci/v12n1/11.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2018.

COSTA NETO, João. **Liberdade de Expressão**: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017.

EUROPEAN COMMISSION. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A comprehensive approach on personal data protection in the European Union. Brussels, 4.11.2010, COM (2010) 609. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0609&from=EN>>. Acesso em: 18 maio 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. A Proteção ao Direito à Imagem e a Constituição Federal. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 16, n. 1, p. 1-74, jan./jul. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informativo/article/viewFile/436/394>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GRECO, Rogério; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. Da Principiologia Penal ao Direito à Intimidade como Garantia Constitucional. **Revista Direito e Desenvolvimento**. a. 2, n. 4, jul./dez. 2011. Disponível em:

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/da_principiologia_penal_ao_direito_a_intimidade_como_garantia_constitucional.pdf>

. Acesso em: 21 mar. 2018.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao Esquecimento**. Barueri: Novo Século Editora, 2017.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUER, Gustavo Bonato (Orgs.). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 24-64.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 12. ed. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOUTINHO, Bruno Martins. **Reconhecimento do Direito ao Esquecimento como um Direito Fundamental**. In: FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; FACHIN, Zulmar (Orgs.). O Reconhecimento dos Novos Direitos da Personalidade. Maringá: Editora Vivens, 2015. p. 304-327. e-book.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

QUINTIERE, Victor Minervino. **Intimidade vs. Liberdade de Expressão: os critérios axiológicos na jurisdição constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, Maria del Pilar Baptista. **Metodologia de Pesquisa**. 5. ed. Porto Alegre: Penso, 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STOFFEL, Roque. **A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**. v. IV, n. 5 (Dec. 15, 1890), p. 193-220.

LEGIFRANCE. Le Service Public de la Diffusion du droit. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. 1789. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 18 maio 2018.

FASHION LAW – DIREITO DA MODAMylena de Miranda Mendonça¹
Valberto Alves de Azevedo Filho²

RESUMO: Nos tempos modernos, a moda age como instrumento de enorme evidência e este segmento imprime indicadores expressivos tanto de produção quanto de lucratividade. Por mais que a moda não tenha seu valor específico para o Direito, ele está entendendo que é necessário empenhar-se mais aos temas relacionados à indústria da moda. Entre tantos ramos cabíveis às especificidades do mundo fashion, o mais controverso é o que se refere a aplicação do Direito de Propriedade Intelectual, mais precisamente a proteção do Direito Autoral aos artigos de moda. Embora, as criações de moda sejam divididas como modelos de utilidade, é possível que muitas delas mostrem um caráter estético tão relevante que são julgadas verdadeiras obras de arte, que não somente cobrem ou resguardam o corpo humano, mas adornam e embelezam e, portanto, dignas de proteção das normas de Direito de Autor. A moda repercute de forma promissora não só para o detentor dos direitos, mas também para o mercado em si e para o consumidor final. O TCC a que me dedico inteiramente neste momento em que concluo o meu curso, se utiliza do método dedutivo de estudo com o propósito de colaborar para a ampliação dos debates no trabalho de encontrar soluções cabíveis à disputa, cada vez mais constante nesta seara e suas repostas já podem ser encontradas no ordenamento jurídico brasileiro atualmente em vigor, contanto que se tenha noções mais robustas em relação as propriedades do universo da moda.

Palavras-chave: Fashion Law. Direito da Moda. Direito. Propriedade Intelectual.

ABSTRACT: In modern times, fashion acts as an instrument of enormous evidence and this segment impresses expressive indicators of both production and profitability. As much as fashion does not have its specific value for the Law, it is understood that it is necessary to engage more to the subjects related to the fashion industry. Among the many branches that are applicable to the specifics of the fashion world, the most controversial is the application of Intellectual Property Law, more precisely the protection of Copyright to fashion articles. Although fashion creations are divided as utility models, it is possible that many of them show such a relevant aesthetic character that they are judged to be true works of art, which not only cover or shelter the human body but adorn and embellish, worthy of protection of the norms of Copyright. Fashion has a promising impact not only on the rights holder but also on the market itself and the end consumer. The CBT to which I dedicate myself entirely at the moment I finish my course uses the deductive method of study with the purpose of collaborating to broaden the debates in the work of finding suitable solutions to the ever more constant dispute in this field and its answers can already be found in the Brazilian legal system currently in force, as long as one has more robust notions regarding the properties of the fashion universe.

Keywords: Fashion Law. Fashion Law. Right. Intellectual property.

¹ Discente UNIESP.

² Docente UNIESP.

1 INTRODUÇÃO

O Direito ao ser estudado já era assegurado como uma ciência que não era absoluta nem muito menos imutável, pelo contrário ela evoluía e modificava como qualquer uma obra humana, acompanhando assim a globalização e os avanços da intervenção humana e da tecnologia.

Assim, novas áreas, cada vez mais preocupada com a evolução do estudo do direito, vem pontuando mais profundamente o Direito da Moda, sendo denominada como Fashion Law. Assim definindo como um ramo do direito que engloba todas as áreas, aplicando-se o direito civil, trabalhista e até mesmo a CF, dependendo da peculiaridade que o mercado assim permitir e exigir.

De acordo com Barnard (1996 apud FIORINI, 2008), a moda não é mera derivação ou reflexão de uma ordem social, mas faz parte da sua própria construção. Por esta razão, possui reflexos nas áreas da arte, psicologia, economia, sociologia, antropologia e também do direito.

Por muito tempo, e por serem muitas vezes tratados como banalidades, os inúmeros fenômenos da moda já foram interpretados de diversas maneiras. Em determinada época fazia as vezes de mera proteção para o corpo, em outras faziam parte dos costumes ligados quase que exclusivamente à moral e também relacionados às segregações socioeconômicas, sendo que este último trata da concepção mais difundida de explicação da moda.

A pioneira em oferecer o curso de direito da moda, foi a advogada Susan Scafidi, em Nova York. Sendo fundadora e presidente do Fashion Law Institute. Ainda é pioneira no que se fala em lei da moda como um campo jurídico distinto. Em 2005, a Scafidi lançou o site CounterfeitChic.com., que além de discutir exemplos de originalidade e cópia na moda, Scafidi usou o site para solicitar uma análise cultural da proteção do design de moda.

Já a moda, para Simmel (2008), seria a motivadora, por um lado, da construção de laços entre as pessoas que ocupam posição semelhante e, por outro lado, da segregação daqueles pertencentes a outros grupos sociais. Ou seja, a moda possuiria o papel de evidenciar visivelmente, por meio da indumentária e de ornamentos, a qual classe social uma pessoa fazia parte.

Atualmente, porém, a moda começa a ser vista como um elemento vinculado aos conceitos de individualidade, subjetividade e estilos de vida. Isso porque a sociedade se tornou mais complexa e culturalmente fragmentada – além de estar dividida em classes sociais, que por sinal já não são tão distanciadas como antigamente, há hoje divisões dentro desses mesmos grupos, posto que os indivíduos que os compõem apresentam diferentes gostos e estilos de vida. (BOURDIEU, 2007).

E diante de tamanha importância econômico-financeira torna-se claro que a indústria da moda, precisa aplicar os mecanismos legais existentes de uma maneira mais sofisticada e dinâmica para que atenda da melhor forma as necessidades tão específicas de cada cliente em seu ramo de atividade empresarial.

2 DIREITO E A MODA

No mundo em que vivemos, a moda está presente em tudo, no que vestimos, no mobiliário das nossas casas, os lugares a frequentar, a moda cerca-nos por todo o lado.

A moda é uma tendência da atualidade, é um fenômeno sócio-cultural que expressa hábitos, usos, costumes da sociedade, num determinado momento.

As tendências da moda surgem, geralmente associadas a uma passagem (do Verão para o Inverno ou do Inverno para o Verão), dado que é nessas alturas que se dão as nossas maiores alterações de humor, o clima do país e a cultura também são dois aspectos que influenciam as tendências. As cores são a principal influência dado que para os países mais quentes predominam as cores claras, nos países mais frios predominam as cores mais escuras, o mesmo acontece com as estações do ano.

A tendência para escolher o estilo e até mesmo as cores da roupa, tendo em conta o que se usa no momento na sociedade em que se está inserido, pode ser um fator negativo, dado que, muitas vezes as pessoas deixam de lado os seus gostos pessoais e tentam vestir o que se usa, tentam andar na moda, provocando um aumento na massificação da cultura, tornando assim a sociedade pouco diversificada e até bastante monótona.

Contudo, a moda é facilmente mutável, dado que estamos constantemente a mudar o vestuário ou os penteados, o que está na moda usar agora, já não estará alguns meses depois.

Deste modo, a moda também influencia a economia, pois para andar na moda é preciso comprar novas peças de vestuário e adereços, havendo assim um maior gasto de dinheiro, sendo um fator negativo para os consumidores e em contrapartida positivo para os comerciantes, dado que vai existir uma maior procura dos seus artigos.

A moda também tem aspectos positivos, como a originalidade, tanto na criação de novas texturas, novos padrões e novas peças de roupa com formatos diferentes dos habituais.

Podemos também criar a nossa própria moda, através de aplicações que fazemos em casa, ou até mesmo confeccionar a nossa própria roupa, contribuindo assim para a diversidade e tornando o mundo original.

A beleza é um fator de grande importância na sociedade em que vivemos, fala-se mesmo em perseguição de beleza, a moda contribui para este facto, pois moda e a beleza andam de mãos dadas. Muitas vezes existe a ideia errada de que o ideal de beleza é o que desfila pelas passarelas, tendo por vezes consequências trágicas como é o caso da anorexia.

Em suma, a moda traz benefícios importantes tanto a nível económico como a nível social, a sociedade comercial está sempre atento às nossas necessidades, contudo é preciso ter em atenção todas as consequências que dela advêm, como o consumismo, a massificação das culturas e a perseguição de beleza.

2.1 A IMPORTÂNCIA DA MODA NA SOCIEDADE MODERNA

Em virtude do amplo crescimento do mercado da moda, os litígios referentes a ele têm aumentado a cada ano. A relação entre moda e Direito tornou-se mais clara e, por isso, há, hoje em dia, uma série de casos judiciais e extrajudiciais envolvendo, sobretudo, a violação dos institutos de direito autoral e propriedade industrial, previamente estudados.

Como já demonstrado, as criações de moda podem e devem ser protegidas por meio dos institutos supracitados, conferindo, assim, tutela aos direitos referentes

ao autor de determinada obra. Atualmente, tribunais de todo o mundo julgam lides que envolvem a violação dos mencionados direitos.

É importante ressaltar que o Direito da Moda é capaz de englobar uma série de temas, como propriedade intelectual, falsificação, contratos de trabalho e publicidade. No entanto, para fins de elaboração do presente trabalho, será necessário apenas abordar a violação à propriedade industrial e ao direito autoral, enquanto espécies do gênero propriedade intelectual, além da concorrência desleal.

2.2 CASOS JUDICIAIS REFERENTES AO DIREITO DA MODA

A maioria das demandas envolvendo os meios fashion e jurídico são referentes a falsificações, cópias, e afins. Muitos autores alegam, em determinados litígios, que tiveram suas obras plagiadas e, conseqüentemente, seus direitos violados. A fim de sanar esse problema, surge o instituto da propriedade intelectual, que, por sua vez, funciona como forma de proteger criações de moda.

Para melhor compreender o tema, é necessário estudar alguns casos concretos, como a batalha judicial entre a grife francesa Hermes e a marca brasileira 284, por sua vez comandada por Helena Bordon e pelos irmãos Luciana, Marcela e Dinho Tranchesí. O motivo do litígio foi a fabricação da “Birkin de moletom”, cópia declarada da bolsa mais famosa da Maison Francesa.

Em relação ao litígio, movido em 2010, Sena (2012) afirma que “a Hermes, sabendo de tal cópia, notificou extrajudicialmente a empresa brasileira alegando seus direitos autorais e acusando-a de concorrência desleal”. Insta demonstrar que a Birkin original custa cerca de R\$ 30.000,00, enquanto a de moletom era vendida por R\$ 400,00.

Após a notificação feita pela Maison Francesa, a 284 ingressou com uma ação para abster-se de qualquer medida restritiva na fabricação da bolsa de moletom. A marca brasileira objetivou a declaração de inexistência de relação jurídica derivada da suposta relação de direito autoral e/ou de concorrência desleal alegada pela ré em sua notificação extrajudicial.

Em sua defesa, a Hermes apresentou reconvenção e, a partir de então, travou-se uma batalha judicial da qual resultou uma sentença a favor da criadora da tão desejada “Birkin bag”. A grife francesa requereu a concessão de tutela

antecipada para determinar que a reconvinde se abstenha de produzir, importar, exportar, manter em depósito e/ou comercializar produtos que violem os direitos autorais de Hermes sobre a bolsa Birkin ou qualquer outro produto de titularidade da empresa ré.

A sentença foi favorável à grife francesa, uma vez que concluiu a prática de concorrência desleal por parte da 284, devido à apropriação indevida de obra alheia sem que fosse necessário fazer qualquer investimento próprio. Sena (2012) demonstra que a concorrência desleal ocorre “toda vez que houver a cópia servil ou quase servil dos produtos e quando tal imitação se tornar apta a criar confusão perante a clientela”.

É importante ressaltar que as bolsas de moletom da 284 não foram produzidas com o intuito de confundir o consumidor, de modo a fazer com que ele realmente acredite estar diante de um produto da Hermes. A inferior qualidade do material confirma esse fato, até porque uma Birkin original é feita de couro, enquanto a suposta cópia é feita de moletom.

Acredita-se que o problema se deu pelo uso do nome “Birkin”, pois, de acordo com Sena (2012), “também pode ser caracterizado como concorrência desleal o propósito de oferecer ao consumidor oportunidade de fingir que possui um produto da marca X”. Assim, a empresa se beneficia do design e dos investimentos feitos pela marca copiada na divulgação do produto.

A Hermes também é conhecida no mundo da moda por oferecer produtos exclusivos, voltados para um segmento de mercado especializado. Para conseguir uma bolsa Birkin, por exemplo, o consumidor precisa enfrentar uma fila de até três anos. Dessa forma, também fica evidenciada a prática da concorrência desleal, justamente pelo fato de a Maison Francesa ter sua reputação prejudicada.

O juiz João Omar Marçura, da 24ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgou extinto o processo, com base no art. 269, I do Código de Processo Civil, uma vez que rejeitou o pedido da autora, a grife 284. O magistrado, em sua sentença, aponta o seguinte:

A farta documentação trazida aos autos não deixa dúvida quanto ao caráter de imitação atribuído aos produtos da autora/reconvinde em relação aos famosos produtos das rés/reconvintes. Tal imitação evidencia-se mesmo no uso da

expressão, pela autora/reconvinda, “I am not the original”. Trata-se de apropriação indevida de obra alheia, sem que a autora/reconvinda tivesse que fazer qualquer investimento próprio, caracterizando-se a cópia servil, dada a notória similaridade entre as bolsas produzidas pela autora/reconvinda e aquelas produzidas pelas ré/reconvintes. (Processo nº 583.00.2010.187707-5).

Entendeu-se, portanto, que houve violação da proteção garantida aos direitos autorais para a obra da Hermes, denominada “Birkin Bag”. Além disso, a comercialização dos produtos da autora, ou seja, das bolsas de moletom, constituem prática comercial desleal pelo aproveitamento parasitário, mediante uso de cópia servil, causando danos em decorrência da diluição das características distintivas dos produtos da ré.

De acordo com a sentença, a bolsa Birkin se trata de “obra dotada de originalidade e esteticidade, que goza de proteção pela lei de direito autoral e pelas convenções internacionais que disciplinem a matéria, das quais o Brasil é signatário”. Dessa forma, o magistrado entendeu pela condenação da grife 284.

Caso a mencionada grife não respeite o que foi decidido pelo magistrado responsável pelo julgamento da lide, será condenada a pagar multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais), limitada a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Devido ao conteúdo da sentença proferida, a 284 foi impedida de comercializar a tal Birkin de moletom, como já mencionado anteriormente.

Além da batalha judicial entre a Hermes e a 284, também existem muitos outros litígios envolvendo o mundo da moda, como é o caso da disputa entre as grifes francesas Yves Saint Laurent e Christian Louboutin, acerca do solado vermelho dos sapatos. Ocorre que este último designer moveu um processo contra a outra parte, alegando ser a sola vermelha sua marca registrada.

A lide teve início em 2011, logo após o lançamento de alguns modelos de sapatos da Yves Saint Laurent com solados na cor vermelha. A partir de então, Louboutin ingressou uma ação contra a outra Maison Francesa, afirmando que ela teria “copiado” suas criações, que são mundialmente conhecidas pelas solas vermelhas.

A princípio, não foi concedida a Louboutin a exclusividade do mencionado detalhe nos sapatos, tendo o juiz Victor Marrero favorecido, em sua sentença, a grife Yves Saint Laurent. Nesse sentido, Chimenti (2012) demonstra o seguinte:

Apesar de Louboutin ter registrado a patente dos solados vermelho em 1995, a corte de Manhattan indeferiu a ação com a seguinte justificativa “na indústria da moda, a cor possui funções estéticas e ornamentais decisivas para alimentar a competição” e completou que Louboutin, não apresentou provas suficientes para provar que YSL teria violado sua marca, não justificando a retirada dos sapatos expostos em suas vitrines americanas e nem a indenização pedida de US\$ 1 milhão. Outra defesa apresentada diz que ninguém pode ter um monopólio sobre uma cor de sapatos adotadas desde o rei da França Luís XIV, até a personagem Dorothy do clássico “O Mágico de OZ” usou sapatos vermelhos.

Da sentença proferida em primeira instância, o autor da ação recorreu e afirmou, à Corte de Nova York, “que a sola vermelha foi, sim, criação da casa de luxo – inclusive, tendo sido patenteada em 2008”. (MODA SPOT, 2012).

O estilista argumentou, em seu recurso, que as mencionadas solas servem para identificar a marca Louboutin e que são puramente a identidade da marca, tal como as embalagens azul turquesa da Tiffany. A Maison Yves Saint Laurent, em contrapartida, alegou que a outra parte usa os solados vermelhos com a finalidade única de estética, não tendo direito a essa marca registrada.

De acordo com os advogados da recorrida, “uma cor só pode ser registrada quando ela age como um símbolo que distingue bens de uma empresa e identifica suas fontes, sem servir de qualquer outra função importante” (CHIMENTI, 2012). Quando uma cor desempenha apenas função estética, não há de se falar em registro, devido à falta de requisitos para tanto.

Após analisar os argumentos de ambas as partes do processo, a Corte de Manhattan decidiu que o renomado designer de sapatos Christian Louboutin possui, sim, o direito de proteger as solas vermelhas, já que estas são sua marca registrada e patenteada. Importa ressaltar, entretanto, que a proteção só valerá para calçados que não sejam da mesma cor do solado.

Dessa forma, a Maison Yves Saint Laurent não foi prejudicada, uma vez que o modelo de sapato envolvido na batalha judicial era vermelho. Logo, a mencionada

grife não terá de retirar os sapatos do mercado, sendo plenamente possível comercializá-los. Entende-se, portanto, que a Corte optou por beneficiar ambas as partes, o que não é muito comum.

Como se observa, os julgadores não fizeram uso do direito autoral no caso em análise. A sola vermelha não foi protegida pelo instituto em questão, pois não resulta de uma atividade intelectual própria, que acrescente algo de novo à realidade do mundo. Em outras palavras, não se trata de criação de espírito, requisito essencial para a tutela de determinada obra pelo direito de autor.

No entanto, Louboutin conseguiu obter proteção de seus calçados por meio da marca, que faz parte da espécie propriedade industrial. Nos Estados Unidos, a sola vermelha é considerada marca registrada, podendo, sim, ser protegida por meio do instituto de propriedade intelectual.

Importa ressaltar, entretanto, que o direito da propriedade industrial no Brasil é diferente daquele utilizado em território americano, até porque as legislações são distintas. De qualquer forma, é interessante demonstrar que existem casos que envolvem moda e Direito em diversos países, como nos Estados Unidos e na França. Atualmente, a relação entre as áreas supracitadas é cada vez mais nítida e frequente. Cada nação possui suas próprias leis e, portanto, suas maneiras de tutelar as criações de moda.

Ocorre ainda, casos não tem conhecidos internacionalmente, mais no TJ/PE, a Blogueira Camila Coutinho conseguiu retirar de circulação o cosmético “garota estúpida” do mercado. A Marca utilizada o nome parecido com o do seu Blog Garotas Estúpidas; TJ/PE concluiu que similaridade causaria confusão aos consumidores, tendo em vista que seu blog tem mais de 1,2m de seguidores.

2.3. PLÁGIO NA MODA

Raustiala e Sprigman (2012) afirmam que ‘a cultura da cópia é o que motiva o ciclo da moda, pois uma vez que um modelo é copiado o designer é "forçado" a produzir algo novo para diferenciar-se’. Esse pensamento, somado ao descaso legal, constituíam fatores que praticamente estimulavam o plágio. Para Enrico Cietta (2010), Fast-fashion é a moda que dura pouco, principalmente na vitrine.

A loja se abastece de novidades semanalmente. Trabalham com estoque pequeno e muita diversidade de modelos, criando a sensação de que você precisa comprar a roupa já, porque ela vai acabar. E acaba mesmo. (CIETTA, 2010, p.78) 5 Neste sentido, observa-se os preceitos de Aulete (2012), onde plágio é a ‘ação ou resultado de plagiar, apresentação imitação ou cópia de obra intelectual ou artística alheia como sendo de própria autoria’. Mas não é de hoje que designers de moda copiam amostragens, modelos mais antigos ou modelagens de coleções imemoriais, sem que haja ilegalidade. Muitos designers de moda entraram com uma ação forense para validar seu direito autoral sobre determinado produto, já que, como defende Otávio Afonso (2009), ‘A propriedade intelectual, e consequentemente os direitos autorais, são a espinha dorsal das indústrias criativas’.

O setor da moda está em uma crescente evolução. A busca de produtos da moda está cada vez mais preocupadas com a aparência e com o status que uma boa roupa proporciona. E é esse consumo crescente o responsável pela importância do setor de moda para a economia do país. De acordo com a Associação Brasileira da Indústria Têxtil – ABIT, as indústrias de moda representam mais de 5% do Produto Interno Bruto (PIB), contribuindo sobre maneira com o crescimento da economia brasileira. Além de proporcionar emprego para quase 2 milhões de pessoas.

A indústria da moda não se preocupa apenas com a produção em larga escala. Nesse setor, é necessária a busca pela diferenciação de mercado. Assim, a indústria da moda compete no mercado baseando-se em custos e na gestão de produtos. A demanda por produtos de moda é variável de acordo com diversos fatores, o que torna a indústria da moda bastante vulnerável no mercado econômico.

Nesse cenário, as marcas de moda devem sempre estar atentas ao comportamento de consumo das pessoas e investirem em pesquisas para traçarem estratégias de mercado eficientes para conquistar cada vez mais consumidores e garantirem o sucesso de vendas.

O mercado de moda está cada vez mais competitivo, tornando a competição cada vez mais acirrada e nessa disputa por consumidores, ganha mais quem oferece produtos de melhor qualidade e preços mais acessíveis.

A indústria da moda sobrevive do processo de compra. E de acordo com os dados da ABIT, o setor de moda tende a crescer assustadoramente nas próximas décadas, devido a fatores como:

- Aumento de crédito pessoal a juros menores e prazos maiores;
- Aumento da taxa de emprego;
- Inclusão social;
- Novidades de produtos de moda oferecidas para atrair os consumidores.

3. DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A denominação propriedade intelectual surgiu no final do século XVIII no contexto da Revolução Francesa. Nesse quadro, assumiu-se que o direito do autor não seria considerado mais como um privilégio, mas como uma propriedade (ASCENSÃO, 2008).

Assim explica José Oliveira Ascensão (2008, p. 87): A Revolução Francesa foi em grande parte gerada pelos homens da pena; e sendo a revolução proprietarista, por excelência, não admira que neste domínio favorável, o interesse dos autores ficam acautelados sob um novo rótulo.

Influenciado pelo pensamento clássico, o direito do autor nasceu, nesse cenário, para recompensar a criatividade e originalidade não só no aspecto moral, mas também patrimonial. Todavia, a situação econômica e social acabou por alterar a perspectiva artesanal da obra, associando, o direito do autor a setores da economia.

Atualmente, o direito de propriedade intelectual trata-se do conjunto de direitos oriundos de bens imateriais, que resultam da atividade criativa do gênio humano. Tais direitos são garantidos através de um conjunto de normas que possibilitam ao autor de determinada obra exercer toda a propriedade daquilo que criou.

Segundo a Convenção da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), é a:

“soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos

desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico”.

Conforme discorre Laís Helena Horta Maia (2009), a propriedade intelectual abrange direitos da personalidade e direitos intelectuais. Os direitos de personalidade são aqueles referentes ao indivíduo em si, abrangendo direito à vida, a honra, à imagem, entre outros. Já os direitos intelectuais referem-se às relações de uma pessoa com suas criações imateriais, ou seja, com a concretização de uma ideia nova pelo intelecto humano.

Nesse norte, os direitos intelectuais incidem sobre as criações do gênio humano tanto puramente funcionais como simplesmente estéticas.

São eles o direito autoral, que trata da estética e se aproxima do sentimento artístico do Homem, e a propriedade industrial, que visa proteger as criações que tem fins econômicos, utilização doméstica, e objetivos práticos e econômicos. (MAIA, 2009, p. 20).

Assim, a propriedade intelectual é um gênero que compreende tanto o direito industrial (direito do inventor – protege uma técnica) quanto o direito autoral (direito do autor – protege uma obra em si).

Conforme explica Newton Silveira (2011, p. 6):

A criatividade do homem se exerce ora no campo da técnica, ora no campo da estética. Em decorrência disso, a proteção jurídica ao fruto dessa criatividade também se dividiu em duas áreas: a criação estética é objeto do direito de autor; a invenção técnica, da propriedade industrial (...) Seja no campo da técnica, seja no campo da estética, estamos diante da imaginação criadora, que, aplicada à vida prática, produz as invenções industriais e, orientada para as artes, as invenções estéticas.

Diante desses dois sistemas jurídicos, destacam-se, basicamente a Convenção Internacional de Berna, de 1886, sobre direitos autorais e a Convenção de Paris, de 1833, sobre direitos de propriedade industrial.

No Brasil, a propriedade intelectual é regulamentada pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX, e por diplomas legais específicos, tais como a Lei 9.610 de 1998, denominada Lei de Direitos Autorais e a Lei 9.279 de 1996, conhecida como Lei de Propriedade Industrial.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso que haja um pleno entendimento entre os vários prismas que regem a nossa sociedade. Tornou-se quase impossível separar áreas antes denominadas Exatas, Humanas, Artísticas, como áreas distintas e sem nenhum vínculo. Assim como a cultura vem se tornando cada dia mais versátil, plural e una, as áreas de conhecimento também seguem esse ritmo.

Há uma relação com o prazer no curto prazo, onde Bauman (2008) interpreta que 'nós indivíduos os somos mercadorias' e que há uma referência forte ao prazer imediato, sendo que há pequenos prazeres que "não tem preço", mas que só são possíveis de alcançar por meio do consumo imediato, que é facilitado pelo uso do cartão de crédito em qualquer tempo e lugar. Tratar como superficial a moda desqualifica toda a humanidade e os valores que ela carrega consigo. Assim como tratar com descaso qualquer acontecimento dentro desse mundo ou tratá-lo com inferioridade é uma total infração dos direitos socioculturais que regem nossa formação. É possível entender a grande importância que é dada ao Fashion Law no âmbito jurídico, pois onde até então se via áreas totalmente opostas, hoje enxerga-se uma união de valores para o alcance de um bem comum: a justiça.

Porém, mesmo ficando cada dia mais evidente a importância do Direito da Moda e sua inserção atual em nossa sociedade de consumo, o mesmo ainda carece de instrumentos legais mais específicos, assim como a construção doutrinária e jurisprudencial. Evidencia-se um real avanço para moda com o surgimento do Fashion Law em nossa sociedade, uma vez que o mesmo ampara juridicamente os direitos autorais, a proteção ao consumidor e talvez iniba as cópias realizadas pelo movimento fast fashion.

E por fim, considerando a possibilidade deste estudo ser um auxílio para outros pesquisadores, reforça-se a necessidade de continuar investigando outros tantos casos de suspeita de plágio, em suas variadas esferas dentro da moda.

REFERÊNCIAS

VALVERDE, Mariana. Advogada e ex modelo fala sobre direito da moda. Publicado em 14 de agosto de 2015. Acessado em: 27 de abril de 2018.

LIMA, Hermes. Introdução à Ciência do Direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

CABRERA, Rafaela Ferreira. **Fashion law - O direito de propriedade intelectual aplicado a moda**. Disponível em:. Acesso em: 27de março 2018.

BARBOSA, Henrique. Camila Coutinho consegue retirar cosmético garotas estupidas do Mercado. Publicado em 14 de março de 2018. Acessado em: 23 de março de 2018.

SCOCUGLIA, Livia. Entrevista de André Mendes Coordenador “Na falta de lei própria, direito pode ser garantido com provas”. Publicado em 09 de março de 2014. Acessado em: 23 de março de 2018.

**O ARTIGO DA COMPADECIDA
LIBERDADE RELIGIOSA X DIREITO A VIDA:
A Negativa do Uso de Transfusão Sanguínea pelas Testemunhas de Jeová**

Odinélia Maroja de Araújo Pereira Neta¹
Marcel Silva Luz²

RESUMO: Como principal objetivo, este estudo pretende demonstrar qual o entendimento predominante no ordenamento jurídico no que concerne à faculdade de escolha das testemunhas de Jeová de se negarem a utilizar-se ou permitirem a utilização da transfusão sanguínea para os parentes, seguidores desta convicção religiosa, no concernente ao tratamento de enfermidades. O presente estudo promoverá uma análise reflexiva em torno da seguinte questão: Há de fato, culpabilidade ou exclusão de princípios constitucionais no que se refere à faculdade de escolha das testemunhas de Jeová de se negarem a utilizar-se ou não permitirem a utilização da transfusão sanguínea para o tratamento de enfermidades? Para ajudar na análise dessa e de outras possíveis questões que poderão surgir no decorrer do desenvolvimento deste estudo, o presente artigo se utilizará de técnicas de abordagem qualitativas, com intuito de explorar pesquisas no âmbito bibliográfico, a fim de aplicar o conhecimento, outrora adquirido, na busca da pacificação correlata a discrepância nas opiniões advindas da problemática proposta, valendo-se do método indutivo, o qual surge a partir de um prévio conhecimento, onde se abstrai conclusões com conteúdos mais extensos, que faz com que informações particulares tornem-se passíveis a comprovação. Justifica-se, portanto a abordagem deste artigo como sendo uma forma de apoio e de contribuição ao âmbito acadêmico, mas não somente acadêmico como também apoio a uma classe religiosa por muitos vista com maus olhos. Na verdade, a rejeição da transfusão sanguínea por parte das testemunhas de Jeová, não deveria causar tamanho rebuliço por assim dizer, no ordenamento jurídico, pois mister se faz aduzir que a transfusão sanguínea é apenas um dos muitos métodos existentes para a cura ou a melhora de determinada enfermidade.

Palavras-chave: Direito. Liberdade. Transfusão. Sangue.

ABSTRACT: *As a main objective, this study intends to demonstrate the predominant understanding in the legal order regarding the faculty of choosing Jehovah's Witnesses to refuse to use or allow the use of blood transfusion for the relatives, followers of this religious conviction, concerning the treatment of diseases. The present study will promote a reflexive analysis on the following question: There is, in fact, guilt or exclusion of constitutional principles regarding the faculty of choosing Jehovah's witnesses to refuse to use or not to allow the use of blood transfusion for the treatment of diseases? To assist in the analysis of this and other possible questions that may arise during the development of this study, this article will use qualitative approach techniques, with the purpose of exploring bibliographical research, in order to apply the knowledge, in the pursuit of pacification correlata the discrepancy in the opinions arising from the problematic proposal, using the inductive*

¹ Discente UNIESP.

² Docente UNIESP.

method, which arises from a previous knowledge, which abstracts conclusions with more extensive content, which makes private information become possible the proof. Therefore, the approach of this article is justified as a form of support and contribution to the academic field, but not only academic but also support to a religious class by many seen with evil eyes. In fact, the rejection of blood transfusion by Jehovah's Witnesses should not cause such a stir in the legal system, for it is argued that blood transfusion is only one of the many existing methods for healing or improvement of a certain disease.

Keywords: Law. Freedom. Transfusion. Blood.

1 INTRODUÇÃO

Pode soar estranho alguém, que curse Direito quer fazer um artigo que conclui sua graduação com inspiração em um clássico da literatura brasileira, com um título sendo um trocadilho, usando a palavra artigo ao invés de auto, como seria originalmente a famosa obra O Auto da Compadecida.

A verdade é que, não há quem não se identifique e se solidarize com a brasilidade dada por Ariano Suassuna a personagens como Chicó e João Grilo. Tantas agruras sentimos em meio ao preconceito existente, o que acaba por nós conduzir a parar e pensar: “Como e em que podemos ser canal para que a faculdade intelectual e cognoscitiva do ser humano possa ser usada de maneira adequada, sem que ela possua modificações, por vezes distorcidas dos fatos?”. Numa época onde a liberdade de expressão consegue ser tão ampla em decorrência de sua propagação ser mais célere, ao passo que ao mesmo tempo torna-se tão limitada, em decorrência do aumento da exposição que como consequência gera o aumento das críticas e pode acabar por inibir o próprio ser de expressar o que a sua essência grita, por medo de represália.

Não se sabe ao certo até onde a sociedade chegou quanto ao que se diz respeito à definição da palavra progresso, se este, deve ser entendido como avanço ou como apenas mais um sentido dado a uma palavra já existente, palavra esta que por muitos é conhecida como regresso. Seria, portanto uma espécie de neologismo? Serão poucos os Chicós e Joãos Grilos que subsistem no dia-a-dia, para defender a sua vida, seus pensamentos, suas convicções? Acredita-se que tantas quantas foram às vezes assistidas ou mesmo lidas, este clássico, multiplicada por elas devem ser as tais classes.

Mas, até agora, talvez, você leitor não esteja entendendo qual a relação enfim de tal obra literária com o Direito. Qual seria então o propósito central deste artigo?

Na humilde e singela tentativa de adequar as convicções religiosas de um determinado grupo social, o presente artigo propõe-se a esclarecer e defender sob a ótica jurídica, a garantia assegurada constitucionalmente, sobre um tema que segue longe de ser unânime, que é a faculdade dada às Testemunhas de Jeová com relação ao uso da transfusão sanguínea.

A proximidade segue em este alguém que se predispõe a redigir sobre tal assunto, se compadecer assim como Ariano Suassuana, notadamente que sob-hipótese conseguir-se-ia adotar a maestria utilizada pelo mesmo, em opinar e defender uma classe, um determinado grupo social, que neste caso, não se pode dizer menos favorecida, mas toda via uma classe mal interpretada e pouco estudada, onde mister se faz demonstrar que não existe uma sobreposição de princípios constitucionais, ou exclusão de algum deles em face da negativa por parte das Testemunhas de Jeová na utilização de transfusão sanguínea, decorrente a existência de outras alternativas, aparentemente até mais seguras que a inicialmente apresentada, para o tratamento de determinadas enfermidades.

Assim, o presente estudo promoverá uma análise reflexiva em torno da seguinte questão: Há de fato, culpabilidade ou exclusão de princípios constitucionais no que se refere à faculdade de escolha das testemunhas de Jeová de se negarem a utilizar-se ou não permitirem a utilização da transfusão sanguínea para o tratamento de enfermidades?

Para ajudar na análise dessa e de outras possíveis questões que poderão surgir no decorrer do desenvolvimento deste estudo, o presente artigo se utilizará de técnicas de abordagem qualitativas, com intuito de explorar pesquisas no âmbito bibliográfico, a fim de aplicar o conhecimento, outrora adquirido, na busca da pacificação correlata a discrepância nas opiniões advindas da problemática proposta, valendo-se do método indutivo, o qual surge a partir de um prévio conhecimento, onde se abstrai conclusões com conteúdos mais extensos, que faz com que informações particulares tornem-se passíveis a comprovação.

Como principal objetivo, este estudo pretende demonstrar qual o entendimento predominante no ordenamento jurídico no que concerne à faculdade de escolha das testemunhas de Jeová de se negarem a utilizar-se ou permitirem a utilização da transfusão sanguínea para os parentes, seguidores desta convicção religiosa, no concernente ao tratamento de enfermidades. Já como objetivo específico pretende-se: (a) conceituar liberdade religiosa e direito a vida, com enfoque nos dispositivos legais e doutrinários correlatos; (b) analisar sua aplicabilidade no âmbito do universo jurídico pátrio, apresentando alternativas ao uso da transfusão sanguínea para as testemunhas de Jeová; (c) pesquisar os julgamentos das Cortes Superiores do Judiciário Brasileiro, mais precisamente Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ, que envolvam a liberdade de escolha com relação ao supracitado tema, bem como o afastamento de cometimento de crime por parte do médico decorrente de não autorização.

Para que se inicie tal discussão interessante se faz aduzir sobre o grupo protagonista deste artigo, que são as, Testemunhas de Jeová, nome dado a uma organização religiosa criada aproximadamente no final do século 19, nos Estados Unidos. É uma classe minoritária de adeptos, que seguem a bíblia, mas que, dentre uma de suas práticas, está a não submissão a transfusões sanguíneas ou ainda a qualquer um dos meios que possuam os principais componentes do sangue, dentre eles pode-se citar os glóbulos brancos e vermelhos e o plasma. Isto se dá, em face de interpretação bíblica, que acaba por entender ser o sangue sinônimo de vida e a sua ingestão, seja através de transfusão ou não, como sendo um pecado que leva a impureza, corrompendo destarte a vida de quem venha submeter a tal.

Muito se discute em torno deste emblemático tema, por exemplo, quanto à obrigatoriedade do médico agir, em decorrência do não consentimento para a transfusão sanguínea de paciente ou de responsáveis por ele, ou ainda se caberia o crime de homicídio, para os responsáveis legais que negam autorização para os médicos fazerem uso de tal método, bem como ao médico que por falta de autorização dos responsáveis deixa de agir.

Diante de tais fatos, o compadecimento pragmático, surge quase como obrigação, para esclarecimento e conseqüente entendimento, de que a rejeição da

transfusão sanguínea por parte das testemunhas de Jeová, não deveria causar tamanho rebuliço por assim dizer, no ordenamento jurídico, pois mister se faz aduzir que a transfusão sanguínea é apenas um dos muitos métodos existentes para a cura ou a melhora de determinada enfermidade.

Portanto sendo assim, não há que se falar em culpa ou em suicídio, esta visão deveria ser considerada retrógrada, pois o direito a vida vai muito além, de viver, mas viver de maneira digna e respeitosa. Justifica-se, portanto a abordagem deste artigo como sendo uma forma de apoio e de contribuição ao âmbito acadêmico, mas não somente acadêmico como também apoio a uma classe religiosa por muitos vista com maus olhos.

2 ASPECTOS GERAIS

Como se sabe a recusa de execução a determinados procedimentos médico-hospitalares por razões filosóficas ou religiosas é um assunto frequente em envolventes e acalorados debates. Na verdade, a fé religiosa merece o respeito da sociedade e todas as crenças possuem seus dogmas. Para as denominadas "Testemunhas de Jeová", a recusa de tratamento com a utilização de sangue, seja para si mesmo, para parentes próximos, ou que circunstância fora, é um aspecto crucial de suas convicções religiosas.

A instituição religiosa fundada com o nome de "Testemunhas de Jeová" começou suas atividades no ano de 1870, Alleghny, Pensilvânia, nos EUA, quando Charles Taze Russel, seu fundador, publicou a revista A Sentinela, com o objetivo de expressar suas teorias sobre o que compreendia como verdade bíblica em comparação com divergências doutrinárias atribuídas a outras entidades religiosas (ALCÂNTARA; CERQUEIRA, 2018). Assim, partindo a distribuição dessas revistas, as pessoas começaram a se reunir em grupos para estudar a Bíblia, começando a serem conhecidos como "Estudantes da Bíblia" e depois por "Testemunhas de Jeová".

Com base na propaganda do "porta a porta", esses religiosos conseguiram uma grande divulgação nos EUA e, depois, obtiveram sucesso pelo mundo inteiro. Baseados numa interpretação bíblica e por meio do trabalho de intensa divulgação

conseguiram expandir suas crenças para a maioria de todas as nações do planeta. Embasados numa interpretação de textos bíblicos, os adeptos das Testemunhas de Jeová não aceitam receber transfusão de sangue, nem se houver um eminente risco de vida.

As bases teóricas bíblicas que sustentam os argumentos desses religiosos são as seguintes (ALCÂNTARA; CERQUEIRA, 2018, p. 26):

Livro de Gênesis, 9: 3-4: "Todo animal movente que está vivo pode servir-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo. Somente a carne com a sua alma – seu sangue – não deveis comer";

Livro de Levítico, 17: 10: "Quanto a qualquer homem da casa de Israel ou algum residente forasteiro que reside no vosso meio, que comer qualquer espécie de sangue, eu certamente porei minha face contra a alma que comer sangue, e deveras o deceparei dentre seu povo";

Livro Atos 15: 19-21: Por isso, a minha decisão é não afligir a esses das nações, que se voltam para Deus, mas escrever-lhes que se abstenham das coisas poluídas por ídolos, e da fornicação, e do estrangulado, e do sangue. Pois, desde os tempos antigos, Moisés tem tido em cidade após cidade os que pregam, porque ele está sendo lido em voz alta nas sinagogas, cada sábado.

Assim, diante dessa postura das Testemunhas de Jeová de não aceitarem a transfusão de sangue em qualquer situação, as entidades médicas e jurídicas vêm tentando uma solução satisfatória para ambos os indivíduos e suas implicações legais. Assim, antes de começar a discutir este assunto com maior profundidade, é importante lembrar a declaração de Cirlene e Leando (2014), quando este destaca que a preeminência da liberdade de revelação do pensamento, a liberdade de permitir, a liberdade de opinião e de crença, oriundas do princípio universal de que nenhum ser humano pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, salvo em situações que transgridam as leis do seu País, estão seriamente garantidas pela Constituição Federal (CF) brasileira.

Ainda segundo os referidos autores (*ibidem*), a liberdade de livre opção, a religiosa e a de expressão de vontade são invioláveis. Portanto, ninguém pode sentir-se constrangido a renegar sua consciência, seus princípios religiosos e sua fé, ou seja, pessoa alguma pode ter violado o direito de decidir e querer livremente.

É claro que não é dever da administração pública julgar e/ou avaliar os valores religiosos, mas respeitá-los. De acordo com a opinião do constitucionalista Prado (2011, p. 22),

[...] o paciente possui o direito de rejeitar um tratamento médico específico, no que se insere a transfusão de sangue, com base no artigo 5.º, II da Constituição Federal. Por este instrumento, fica determinado que pessoa alguma seja obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, salvo por causa da Lei, o chamado “princípio da legalidade”. [...] Assim, como não existem leis que obriguem o médico a realizar a transfusão de sangue no paciente, todos aqueles que são adeptos da instituição religiosa Testemunhas de Jeová, e que se vejam passando por essa situação, com certeza poderão se recusar a receber o citado tratamento, não podendo, por determinação médica, passar pelo constrangimento de sofrerem determinada intervenção médica. [...] Mesmo sob provável perigo de vida, não se pode mudar o contexto jurídico acerca dos direitos individuais da pessoa humana.

Assim, independente da importância ou não da respeitada opinião do referido teórico e de outras parecidas, quando direitos essenciais entram em conflito com o papel do médico de buscar o bem maior que é a vida e de empregar todos os instrumentos oferecidos pela medicina para recuperar a saúde do paciente, aparecem às questões: Qual será o limite da independência da vontade do paciente? Até que ponto chega a responsabilidade do médico quando o doente recusa o tratamento apresentado? Como resolver o dilema: infringir o livre-arbítrio do indivíduo ou desrespeitar a obrigação de fazer uso de todos os recursos disponíveis de tratamento, considerando que a vida é o bem maior da pessoa? Como o profissional da medicina pode deixar de cumprir uma determinação do Código de Ética Médica e de atuar e exercer a profissão com vasta independência? (SOUZA; MORAES, 2018).

Já no que diz respeito aos menores e incapazes de decisão, um parecer jurídico dado à Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová (RT 787, pp. 504-6, Policastro, 2018, p. 01) declara o seguinte:

Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas. Com relação aos pais ou outros responsáveis, é necessário deixar claro que não existe negligência

ou alguma espécie de culpa quando pedem aos médicos que empreguem recursos alternativos para o tratamento sanguíneo em seus filhos. A recusa a uma técnica médica específica pelos pais ou responsáveis, quando não se dispõe de alguma outra ferramenta, que apresentam melhores resultados do que as técnicas padrões (sempre presente um elevado risco de contaminação por várias doenças), não são satisfatórias para se determinar como culpa em qualquer de suas modalidades. [...] Na verdade, o desejo dos pais é que a vida de seus filhos seja salva por métodos alternativos, sem que, para isso, tenha-se que pagar um elevado preço, que seria o descumprimento de seus dogmas religiosos que lhe são bastante caros [...].

Neste sentido, é importante lembrar que o Código Civil determina que ninguém pode ser forçado a ser submetido a alguma intervenção cirúrgica ou tratamento. Porém, algumas leis esparsas, como, por exemplo, o Estatuto do Idoso e a Lei Paulista 10.241/98, assegurem ao enfermo o direito de escolher pelo tratamento que lhe parecer mais favorável, consentir ou recusar procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem realizados nele (LOPEZ, 2018). Portanto, contrariar a livre decisão do enfermo, seu parente, responsável ou representante legal, se impossibilitado de consentir, implicará em constranger ilegalmente e assumir o risco de responder civil e criminalmente.

De acordo com Leiria (2018, p. 31),

Preocupados em demonstrarem a decisão de preservar suas convicções religiosas e tranquilizarem os médicos no que diz respeito ao uso de alternativas às transfusões sanguíneas, as Testemunhas de Jeová geralmente levam consigo uma declaração ou um cartão de identificação no qual alegam não admitir procedimentos terapêuticos que se baseiem na transfusão de sangue, isentando, paralelamente, o médico da responsabilidade por quaisquer resultados que advenham da recusa. Essas pessoas sempre apresentam esse documento ou assim declaram sua condição ao serem internadas em hospitais ou clínicas.

No entanto, essa estratégia é suficiente para inocentar o médico da responsabilidade civil e criminal ao se deparar com uma situação em que a vida do paciente dependa totalmente de sua ação? Existem situações nas quais o profissional deve agir como compreende ser correto para salvar a vida do doente, mesmo que isso vá contra a vontade deste ou de seus familiares.

Segundo Policastro (2018), as Testemunhas de Jeová fundaram uma rede mundial de Comissões de Ligações com Hospitais – COLIH, as quais possuem a missão de orientar equipes de médicos sobre alternativas para que se evitem a transfusão de sangue ou auxiliar pacientes que querem ser transferidos para hospitais que empregam essas alternativas.

Entretanto, quando a necessidade for realmente séria tornando impossível retardar o procedimento para o uso de outro mecanismo que substitua parcialmente o sangue ou procedimento alternativo diante do risco iminente da morte que traga uma nova chance de vida ao paciente, o médico não será submetido ao constrangimento e deve realizar a transfusão, mesmo que não receba o consentimento, pois se não aplicar o devido tratamento e o paciente chegar a falecer, acabará propício a responder por sérias consequências legais (TOKARSKI, 2018).

Para o autor supracitado (*ibidem*, p. 38),

É considerado crime, pelo nosso Código Penal, submeter alguém a constrangimento, mediante violência ou ameaça grave, ou depois de lhe haver diminuído, por qualquer outra forma, a capacidade de resistência, a não realizar o que a Lei determina, ou a fazer o que ela não exige. Porém, existe uma ressalva: Não haverá crime se a intervenção médica ou cirúrgica, mesmo sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificar perante o iminente risco de vida. Por sua vez, o Código de Ética Médica, admite a violação do livre-arbítrio do paciente e o desrespeito ao seu direito de decisão, quando encontrar-se sob o risco de vida de modo que o perigo de morte consiga ser afastado com a realização de qualquer procedimento terapêutico.

Dessa forma, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução CFM 1.021/20, determinando ao médico como agir em casos de pacientes que, por razões diversas, incluindo de ordem religiosa, rejeitam a transfusão de sangue. As diretrizes, transcritas aqui por Salles Júnior (2000, p. 38), são as seguintes:

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta: 1.º: Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis; 2.º: Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a

transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

Assim, seguindo o respeito ao direito de crença, se existir tempo hábil, o primeiro passo a ser dado pelo profissional será o de encontrar um procedimento que substitua e sirva de alternativa para o paciente. Esse comportamento é o que mais se compatibiliza com as normas deontológicas da prática médica e com os direitos do paciente, garantidos pela ordem constitucional. É recomendável, porém, que o médico ou o hospital registrem tudo no prontuário médico e, sempre que possível, consigam do paciente, familiares ou responsáveis, uma declaração que registre a rejeição ou o não querer submeter-se ao tratamento sugerido.

2.1 ASPECTOS LEGAIS

De um modo geral, mesmo que algumas decisões e opiniões doutrinárias diverjam, a jurisprudência tem determinado que o direito à vida se sobreponha à liberdade de crenças, com base na compreensão de que as convicções religiosas não podem prevalecer diante do bem maior que é a vida. Se inevitável o perigo de vida, é direito e dever do médico utilizar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, independente de seu consentimento e mesmo contra sua própria vontade, de seus familiares ou responsáveis, ainda que a oposição seja motivada por preceitos religiosos. Isso implica em dizer que, diante do perigo de morte, o profissional da medicina possui o direito-dever de atuar em benefício do enfermo para lhe salvar a vida, como Leiria (2018, p. 28) esclarece: "[...] é que a vida antecede o direito à liberdade, inclusive a liberdade religiosa".

Em nível de cooperação, as Testemunhas de Jeová oferecem garantias legais de que um médico ou um hospital não irão incorrer em responsabilidade civil ao possibilitarem a exigência de tratamento isento de sangue. Seguindo orientações de especialistas médicos, cada Testemunha conduz um cartão intitulado "Documento para uso Médico". O qual é renovado anualmente e é assinado pelo portador e por suas testemunhas. Os que professam essa fé também se dispõem a assinar formulários médico-hospitalares de consentimento expresso (BASTOS, 2001).

De acordo com Policastro (2018, p. 01),

A possibilidade de transfusão de sangue a uma Testemunha de Jeová, quando a mesma se encontra em risco de morte, é um assunto polêmico que envolve um conflito aparente entre os direitos fundamentais à vida e a liberdade religiosa. Neste caso, a aplicação do Direito depende de técnica da hermenêutica constitucional, tendo em vista que a aplicação de uma determinação jurídica ou direito fundamental exclui o outro, já que ambos são totalmente compatíveis e aplicáveis ao caso concreto. Desse modo, para considerar o direito à vida, é preciso ocultar a liberdade religiosa e vice versa.

Assim, o aparente conflito entre o direito à vida e a liberdade religiosa da Testemunha de Jeová pode ter uma solução por causa do aspecto relativo do direito à vida e a liberdade religiosa. Um exemplo de que o direito à vida se relativiza, é nos casos de guerra declarada onde a pena de morte é liberada, de acordo com o artigo 84, inciso XIX da CF brasileira. Da mesma forma, a liberdade religiosa é limitada pela CF, em seu artigo 5.º, VIII, quando se fala do não cumprimento da obrigação legal imposta a todos. Por isso, para determinar qual prevalecerá, será preciso uma interpretação por meio da hermenêutica constitucional e a presente decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ (CIRLENE; LEANDO, 2000).

Na verdade, este assunto envolve ainda, não somente aspectos jurídicos e legais, mas também questionamentos sobre ética profissional, saúde pública, crença religiosa, psicologia, entre outros; desta forma, parece certo afirmar que a matéria em análise é extremamente delicada, como destacam Souza e Moraes (2018, p. 01): "Toda matéria que se relaciona com direito constitucional, legislação, preceitos filosóficos e crenças religiosas, acaba se tornando uma tormenta de polêmica e discussões".

Porém, em um entendimento recente, o STJ determinou que é possível sim a transfusão sanguínea em Testemunha de Jeová, em risco evidente de morte, de acordo com o *Habeas Corpus* nº 268.459/SP (2013/0106116-5) e relatado por Capriglione (2018, p. 01), transcrito a seguir:

Não cometem crime algum os pais que impedem médicos de realizar transfusão de sangue em seu filho por motivos religiosos. Assim decidiram dos ministros da sexta turma do STJ, ao avaliar o caso polêmico que envolveu a morte da menor Juliana Bonfim da Silva, de

13 anos, por causa da oposição de seus pais contra a realização do procedimento. Ao conceder o *Habeas Corpus* ao casal, que são Testemunhas de Jeová, os ministros Sebastião Reis Júnior e Maria Thereza de Assis Moura salientaram que os médicos devem realizar a transfusão independente da negativa dos progenitores, de acordo com o que determina a ética médica. O julgamento acabou sendo suspenso por motivos de pedido de vista. Os outros dois ministros ainda irão votar. Este caso aconteceu em 1993, em São Vicente-SP. A menor sofria de anemia falciforme e, no decorrer de uma crise, acabou ficando dois dias internada sem receber as transfusões de sangue porque seus pais, o militar aposentado Hélio Vitória e Ildelir Bonfim, impediram o procedimento. Em 2010, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que os réus deveriam enfrentar o júri popular por homicídio doloso. O Ministério Público alegou que os pais da menina tinham participação na morte da filha pelo fato de não terem autorizado a transfusão por causa de questões religiosas. O advogado dos pais, Alberto Zacharia, salientou em matéria do jornal Folha de São Paulo, que o julgamento é histórico, pois reafirma a liberdade religiosa e a obrigação que os médicos possuem com a vida. Os ministros compreenderam que a vida é um bem maior, independente da questão religiosa.

Mesmo sendo esta uma questão delicada e polêmica, a análise das manifestações doutrinárias e de jurisprudência vigentes nos faz chegar as seguintes conclusões: a) não sendo possível substituir a transfusão de sangue por outro tratamento alternativo por causa do iminente perigo de morte, a decisão de transfusão sanguínea fica sendo responsabilidade do médico, independentemente da concordância ou não de quem quer que seja; b) se não houve risco de morte, irá prevalecer o desejo do paciente, de seus familiares ou de representante legal (HOFFMAN, 2018).

Ainda de acordo com o autor supracitado (*ibidem*), cuidar de pessoas da religião Testemunha de Jeová pode representar um verdadeiro dilema para o médico, tendo em vista que o mesmo fez um juramento no qual afirma que seu objetivo maior é o de salvar vidas e preservar a saúde da pessoa humana, empregando, para isso, todos os recursos e técnicas disponíveis.

Neste sentido, Policastro (2018, p. 01) comenta:

As próprias Testemunhas de Jeová admitem que, clinicamente, sua firme convicção talvez acrescente certa grau de risco e pode complicar a assistência recebida. [...] Respeitar a opinião dos pacientes deste segmento religioso provavelmente é mais um desafio para o profissional da Medicina. No entanto, ao enfrentar esse

desafio, o médico colocará em destaque importantes liberdades muito valorizadas por toda a sociedade.

Desse modo, para conseguir respeitar o direito desse segmento de recusar a transfusão sanguínea, existe um percurso difícil, mas não impossível de ser obtido, é preciso apenas dedicação a pesquisas para que se desenvolvam melhores alternativas de tratamento sem o emprego de sangue, até chegar-se a uma total dispensa de sangue, mesmo quando o enfermo encontra-se em eminente risco de morte (SOUZA; MORAES, 2018).

Concluindo, pode-se destacar que, segundo a pesquisa bibliográfica que fundamentou este estudo, a mudança de um modelo de atendimento na ética médica é analisar as possíveis alternativas para a não aceitação da transfusão, como também o conteúdo dos dois principais direitos essenciais que concorrem na ideologia: direito à vida e direito a religião.

2.2 CASOS JULGADOS SOBRE O TEMA

Como se sabe, a Constituição Federal (CF), também chamada de Carta Magna, ocupa a posição hierárquica mais elevada no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, todas as outras leis, chamadas de infraconstitucionais, devem obedecer e seguir os direitos estabelecidos primeiramente na CF. Desse modo, quando uma lei entra em conflito com a Constituição, a lei mais forte deve prevalecer, ou seja, a Constituição. A outra lei, seja qual for, acaba sendo revogada por questões de inconstitucionalidade, isto é: por ser contrária à Constituição. Porém, o que ocorre quando dois direitos existentes na CF geram um conflito entre si? É o que ocorre na questão das Testemunhas de Jeová e sua recusa a tratamentos médicos que envolvam a transfusão de sangue: de um lado, temos o direito à vida; e do outro, o direito à liberdade de crença religiosa. Assim, inicialmente é importante destacar que a interpretação do art. 19, inc. I, da CF fala abertamente que o nosso País é um não confessional (estado laico), isto é, não possui religião oficial.

Com relação ao tema abordado neste estudo, a negativa do uso de transfusão sanguínea pelas Testemunhas de Jeová, podemos dizer que o aspecto

jurídico nesse contexto é muito complexo. Além disso, os médicos que se deparam com uma situação dessas se sentem numa posição complicada, pois, como foi dito anteriormente, ambos os direitos se encontram na CF/88, e, por coincidência, no mesmo artigo. No caput do art. 5.º da CF pode-se encontrar a proteção dada à vida e à liberdade; já no inciso VI, do mesmo artigo, a legislação concentra-se na defesa ao direito à liberdade de crença religiosa (BRASIL, 2018).

Na esfera penal, se um médico não realizar a transfusão de sangue ele pode ser até acusado de homicídio, caso seja constatado que o paciente veio a óbito em decorrência da falta da transfusão. Assim, esse profissional será enquadrado por conduta omissiva, pois segundo o art. 13, § 2, do Código Penal, a pessoa que tem o dever e poder de agir, e não o faz, responde pelo crime que a sua conduta omissiva originou, no caso, não fazer a transfusão. Neste caso, o médico tem a obrigação, por lei, de proteger e cuidar, de acordo com sua função, isto é, possui o dever legal de tomar a devida providência para assegurar a sobrevivência humana.

De acordo com Salles Júnior (2000, p. 56),

Caso ocorra de um médico realizar a transfusão de sangue num paciente que não esteja correndo risco de vida, ou em alguma situação onde pode haver tratamentos alternativos, o mesmo poderá ser indiciado pelo crime de constrangimento ilegal (art. 146 do CP), mas o mesmo não acontece se este médico realizar a transfusão em uma situação de perigo iminente de vida, pois o § 3, I, do mesmo artigo elimina a ilicitude do crime nesses casos.

Portanto, a responsabilidade do médico, civilmente, consiste no art. 15 do CP, que pode amparar uma ação de danos morais, mas também poder ser cancelada caso a transfusão seja essencial para que se preserve a vida do paciente, pois o médico está seguindo o que está presente no Código de Ética Médica, o qual afirma que o médico possui a permissão de realizar qualquer procedimento sem o consentimento prévio do paciente e até mesmo desrespeitar o desejo deste paciente, mas isso só pode ocorrer apenas se houver risco iminente de morte (SOUZA; MORAIS, 2018).

Segundo os autores supracitados (*ibidem*, p. 38), o Conselho Federal de Medicina adotou a posição de que:

I - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

II - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

Assim, a doutrina e a jurisprudência, tanto nacional quanto internacional, têm uma posição harmônica de que em caso iminente, onde não existir forma de tratamento, o médico não somente tem a autoridade, mas o dever de realizar a transfusão de sangue. Na verdade, o bem da vida, protegido pela CF/88, encontra-se sobre responsabilidade do médico, o qual se vê no dever de preservá-la. Por outro lado, os adeptos das doutrinas das Testemunhas de Jeová, desejam que suas vontades sejam respeitadas alegando possuírem o direito de liberdade de culto e de expressão defendidos pela mesma CF88, como também o princípio da dignidade humana.

Neste contexto, surgem as seguintes questões: Diante do confronto entre os princípios e direitos constitucionais, como o Direito pode solucionar esta questão? Onde as Testemunhas de Jeová podem localizar o embasamento adequado para resguardar seus direitos de ordem jurídica e no Código de Ética Médica? Portanto, a sociedade tem se expressado por meio de inúmeras discussões sobre esse assunto, buscando analisar sobre qual seria a melhor solução para resolver a questão da transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová. A legislação brasileira ainda não conseguiu resolver este conflito definitivamente, pois existem muitas controvérsias e pontos de vista sobre o assunto, além de essa questão envolver uma gama de princípios e direitos a serem resguardados. Assim, por serem minoria em nossa sociedade, os adeptos dessa religião sofrem discriminações e preconceitos (CIRLENE; LEANDO, 2014).

Na legislação brasileira, podemos encontrar vários casos acatados tanto pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quanto pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que aceitaram decisões contrárias e a favor de médicos que realizaram o processo de transfusão de sangue ignorando o pedido dos pacientes e/ou de seus familiares em não fazê-lo devido às convicções religiosas. Desse modo, podemos concluir que nossas leis permitem que exista fundamentação jurídica favorável para a recusa das Testemunhas de Jeová à transfusão sanguínea e também

argumentação contrária para a recusa dos adeptos dessa crença à transfusão sanguínea (LEIRIA, 2018).

O ordenamento jurídico do Brasil conjectura em vários trechos, argumentos legais que fundamentam a decisão tomada pelas Testemunhas de Jeová, desde os artigos constitucionais, passando pelas diretrizes criadoras da Ciência do Direito até artigos do Código Civil, dos quais se pode destacar: o princípio da dignidade da pessoa humana; ao artigo 15 do Código Civil brasileiro e a autonomia do paciente; a liberdade de crença religiosa; a autonomia da vontade do paciente no Estatuto do Idoso e na Lei de Transplantes, além os Direitos da Personalidade.

No que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se destacar que ao exercer seu livre direito de escolha (livre arbítrio), o membro das Testemunhas de Jeová participa integralmente, junto com o médico, no que se refere ao seu direito de escolher um melhor tratamento para sua saúde. Um exemplo dessa situação ocorreu em 2006, em Mato Grosso do Sul, quando o Tribunal de Justiça daquele Estado autorizou que um paciente adepto dessa religião, fosse transferido para outra unidade da Federação que possuía um tratamento alternativo à transfusão de sangue; assim, o paciente seria submetido a uma cirurgia cardíaca sem precisar fazer uso da transfusão sanguínea.

A seguir, serão transcritos alguns trechos da decisão tomada pelo Desembargador Leônidas Duarte Monteiro, em 31 de maio de 2006 (*apud* SANTOS; DUARTE, 2018, p. 01):

TESTEMUNHA DE JEOVÁ – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO COM POSSIBILIDADE DE TRANSFUSÃO DE SANGUE – EXISTÊNCIA DE TÉCNICA ALTERNATIVA – TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO – RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DIREITO À SAÚDE – DEVER DO ESTADO – RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA – PRINCÍPIO DA ISONOMIA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – LIMINAR CONCEDIDA – RECURSO PROVIDO. (TJMT REc-AL 22395/2006 – Cuiabá, 5ª Câmara Cível, Relator Desembargador Leônidas Duarte Monteiro, j. em 31.05.2006). Para delimitar o âmbito deste apelo, impõe-se esclarecer que não se está a debater ética médica ou confrontação entre o direito à saúde e a obrigação de o Estado proporcionar ao cidadão tratamento médico que não implique em esgarçamento à sua liberdade de crença religiosa. [...] O conflito não é entre direitos individuais do cidadão, mas entre o direito à liberdade religiosa e a obrigação e dever do Estado de garantir a saúde de todos, independente de crenças religiosas. O que importa-me bastante é a intransigência estatal em

obrigar o recorrente a submeter-se a cirurgia que, pela técnica utilizada, ofenda os princípios religiosos dele. [...] Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispense-na, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la (sic).

Ainda para fundamentar o princípio da dignidade humana, podemos citar o posicionamento do TJ de Minas Gerais em um Agravo (n.º 191.519-6/001), julgado em 207, onde foi cassada a antecipação de tutela que autorizou a transfusão de sangue em um paciente adulto e capaz, que estava acometido com câncer. O referido tribunal destacou que o direito à vida não pode se limitar à questão biológica, devendo a autonomia do paciente ser respeitada. A seguir, seguem trechos dessa decisão (SANTOS; DUARTE, 2018, p. 01):

[...] o direito à vida não se exaure somente na mera existência biológica, sendo certo que a regra constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser ajustada ao aludido preceito fundamental para encontra-se conveniência que pacifique os interesses das partes. Resguardar o direito à vida implica, também, em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos que se lhe agregam. [...] É necessário, portanto que se encontre uma solução que sopesse o direito à vida e a autodeterminação que, no caso em julgamento, abrange o direito do agravante de buscar a concretização de sua convicção religiosa, desde que se encontre em estado de lucidez que autorize concluir que sua recusa é legítima. (sic).

Com relação à argumentação contrária para a recusa das Testemunhas de Jeová à transfusão de sangue, podemos encontrar uma linha de raciocínio contrária que defende a vida como um direito fundamental assegurada constitucionalmente como bem que não pode ser violado, sendo responsabilidade do Estado protegê-la de qualquer forma. Neste sentido e se baseando no juramento de Hipócrates, determinados médicos compreendem que diante do risco de morte a transfusão de sangue deve ser sim realizada impreterivelmente.

O código Penal, em seu art. 146, § 3º inciso I, determina que não se enquadra em delito de constrangimento ilegal a intervenção médica ou cirúrgica, sem a autorização do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente risco de vida. Dessa forma, quando diante de um iminente risco de morte, o

médico deve realizar os procedimentos adequados para salvar a vida do paciente, independente de sua autorização ou não, vários tribunais já tomaram uma posição a favor do médico. Desses casos, merece destaque o de Minas Gerais (AC 70020868162 - 5ª C. Cível - rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack - j. 22.08.2007, apud SANTOS; DUARTE, 2018, p. 01).

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE EM AGIR. [...] Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. [...] Conforme noticiado pela Assessoria de Comunicação Social do TRF1, no julgamento do Agravo de Instrumento 2009.01.00.010855-6/GO (26/02/2009), o desembargador federal Fagundes de Deus registrou que no confronto entre os princípios constitucionais do direito à vida e do direito à crença religiosa importa considerar que atitudes de repúdio ao direito à própria vida vão de encontro à ordem constitucional - interpretada na sua visão teleológica. Isso posto, exemplificou o magistrado que a legislação infraconstitucional não admite a prática de eutanásia e reprime o induzimento ou auxílio ao suicídio.

Desse modo, o referido magistrado compreendeu que é preciso que prevaleça o “direito à vida”, ou seja, o direito de nascer, crescer e prolongar sua existência, o qual surge a partir do direito natural, próprio do ser humano, sendo este, sem dúvida alguma, primeiro e precedente a todos os demais direitos da sociedade constituída.

Essa linha ideológica defende a utilização de tratamento hemoterápico em reverência à própria vida biológica. A mesma afirma que não existem tratamentos alternativos suficientes que substituam a transfusão de sangue, principalmente quando se trata de muita perda de sangue envolvida e tendo em vista, nesses casos, que os tratamentos alternativos apresentados não são suficientes para manter a vida do paciente (SOUZA; MORAIS, 2018).

De acordo com a pesquisa bibliográfica que embasou a fundamentação teórica deste estudo, pode-se constatar que, até o presente momento, não existe uma lei específica que assegure às Testemunhas de Jeová seu direito de recusar receber uma transfusão sanguínea. Assim, o magistrado que se encontrar diante de um conflito dessa natureza precisa ter uma formação multidisciplinar e esta bastante

atualizado com relação ao pensamento dos teóricos que defendem/condenam essa atitude, como Hoffmann (2018, p. 02) destaca:

Para que consiga descobrir uma melhor maneira de aplicação da analogia por meio da hermenêutica Jurídica e, desse modo, solucionar o conflito observando sempre cuidadosamente a fundamentação de sua decisão na valorização do ser humano diante a sua dignidade e valores morais.

Neste sentido, os princípios sempre serão instrumentos importantes para que a analogia possa descobrir uma solução eficaz e justa para a situação apresentada. Num entendimento recente (SUPERIOR, 2018, p. 02), o STJ decidiu que é possível sim realizar transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, com risco eminente de morte, de acordo com o que foi julgado no Habeas Corpus nº 268.459/SP (2013/0106116-5):

Atente ilegalidade. Reconhecimento. (3) liberdade religiosa. Âmbito de exercício. Bioética e biodireito: princípio da autonomia. Relevância do consentimento atinente à situação de risco de vida de adolescente. Dever médico de intervenção. Atipicidade da conduta. Reconhecimento. Ordem concedida de ofício.

Desse modo, para melhor ilustramos os fatos envolvidos nessa decisão do STJ, descreveremos a seguir os comentários realizados pelo professor Eduardo Hoffman sobre um caso no qual a Justiça brasileira decidiu que, por causa de iminente risco de morte de uma adolescente de 13 anos, Testemunha de Jeová, obrigar o médico a realizar uma transfusão de sangue, mesmo contra a vontade da família (HOFFMAN, 2018, p. 02):

Não cometem crime os pais que impedem médicos de realizar transfusão de sangue em seu filho por razões religiosas. Assim decidiram dois ministros da 6ª turma do STJ ao analisar o polêmico caso envolvendo a morte da menina Juliana Bonfim da Silva, de 13 anos, devido à oposição de seus pais à realização do procedimento. Ao conceder HC aos progenitores, testemunhas de Jeová, os ministros Sebastião Reis Júnior e Maria Thereza de Assis Moura destacaram que os médicos devem realizar a transfusão independentemente da objeção dos pais, conforme determina a ética médica. O julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista. Outros dois ministros ainda votarão. O caso ocorreu em 1993, em São Vicente/SP. Juliana sofria de anemia falciforme e, durante uma

crise, ficou dois dias internada sem receber as transfusões de sangue porque seus pais – o militar aposentado Hélio Vitória dos Santos e Ildelir Bonfim de Souza – impediram o procedimento. Em 2010, o TJ/SP decidiu que os réus deveriam ir a júri popular por homicídio doloso. A alegação do MP era de que os pais da garota tinham participação na morte da filha por não autorizar a transfusão devido às questões religiosas. O advogado do casal, Alberto Zacharias Toron, destacou em entrevista ao jornal Folha de S. Paulo que o julgamento é histórico, "porque reafirma a liberdade religiosa e a obrigação que os médicos têm com a vida. Os ministros entenderam que a vida é um bem maior independentemente de questão religiosa".

A possibilidade de transfusão de sangue em uma Testemunha de Jeová, quando este paciente se encontra numa situação de risco de morte, é um assunto muito polêmico que faz com que surja um conflito entre dois direitos fundamentais de qualquer cidadão: o direito à vida e a liberdade religiosa. Neste caso, a aplicação do Direito depende de técnicas relacionadas com a hermenêutica constitucional, tendo em vista que a aplicação de uma lei jurídica ou direito fundamental cancela o outro, já que ambos são totalmente compatíveis e aplicáveis ao caso concreto. Neste caso, para considerar o direito à vida é preciso encobrir a liberdade religiosa e vice versa.

O aparente conflito entre o direito à vida e a liberdade religiosa de uma pessoa adepta dessa religião, pode ter uma solução por causa do aspecto relativo do direito à vida e a liberdade religiosa. Um exemplo de que o direito à vida fica relativado, é nos casos de guerra declarada em que a pena de morte é permitida, de acordo com o artigo 84, inciso XIX da CF do Brasil. Além disso, a liberdade de credo religioso é limitada pela CF, no seu art. 5.º, VIII, quando do descumprimento de obrigação legal imposta a todos. Dessa forma, para definir qual irá prevalecer se faz necessária uma interpretação por meio da hermenêutica constitucional e a presente decisão do STJ.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do presente estudo, é importante destacarmos que tratar de pessoas adeptas à religião Testemunhas de Jeová pode significar um dilema para os médicos, pois estes fizeram um juramento no qual declararam preservar a vida e

a saúde das pessoas, utilizando todas as técnicas disponíveis para alcançar este objetivo.

No que diz respeito ao tratamento com transfusão de sangue é válido lembrar que os padrões de segurança nesse tipo de tratamento variam muito em todo o mundo e são mais ariscados do que geralmente se imagina. Da mesma forma, existem enormes diferenças na maneira como os médicos empregam o sangue, isso acontece devido a sua formação profissional, método de trabalho, habilidade ou ponto de vista. Mesmo com essa diferença, muitos são cada vez mais cuidadosos em realizar tratamentos que necessite do uso de sangue.

As Testemunhas de Jeová admitem que clinicamente, sua convicção segura parece adicionar certo grau de risco e pode atrapalhar a assistência médica recebida.

Assim, nota-se a incongruência existente no ordenamento jurídico, com relação ao tema supracitado e apesar de haver a plausível compreensão por parte de alguns magistrados em permitir que a transfusão sanguínea se faça possível, ainda que contra a vontade do paciente ou seus familiares conforme o caso, e ainda os mesmos possam encontrar embasamento jurídico que justifique tal decisão, compreende-se que no âmbito jurídico não se pode permitir que existam dois pesos e duas medidas.

Conforme orientação da Carta Magna, ou Constituição Federal de 1988, carta esta que se encontra, por incrível que parece em meio ao cenário atual, vigente em nosso ordenamento jurídico, quando se tratar de direitos fundamentais, como é o caso das Testemunhas de Jeová, havendo a existência de um possível questionamento quanto à sobreposição de normas fundamentais, não seria sensato admitir que exista hierarquia entre normas constitucionais, algo que é sempre produto de pré-compreensões e ideologias, na possibilidade de negar a existência da diferença de valores constitucionais, é possível sentir o pano de fundo ideológico, entre o que se pode chamar de mais ou menos essenciais para logo em seguida ser feita uma distinção, de acordo com o posicionamento a ser adotado, seja por parte dos médicos, por parte dos juizes, por parte dos familiares ou até mesmo dos pacientes.

O respectivo trabalho na ânsia de contribuir com a luta das Testemunhas de Jeová, ao possuírem seu direito posto a mercê do entendimento do juiz, procura embasar o posicionamento de que não se deva existir tal questionamento, pois ainda que compreensível não é permitido pela Constituição, que fora esta justificativa é visível a existência de outras alternativas, por vezes melhores sucedidas que a transfusão. Além de tudo o direito a vida vai muito além, de viver, mas viver de maneira digna e respeitosa, consagrando assim o entendimento de que as Testemunhas de Jeová devam ter seu direito garantido em qualquer hipótese.

Respeitar a crença religiosa dos pacientes que são adeptos dessa religião talvez seja um desafio. Mas, ao enfrentar este desafio, o médico estará colocando em destaque liberdades valiosas muito valorizadas por essa categoria profissional. Desse modo, para poder se respeitar o direito dessas pessoas de recusar a transfusão de sangue, existe um caminho difícil, mas não impossível de ser trilhado, o qual consiste apenas em se ampliar os conhecimentos, através de pesquisas, para que se desenvolvam melhores alternativas de tratamento sem a transfusão de sangue, até que se consiga uma total dispensa de sangue, mesmo que o paciente se encontre em um eminente risco de vida.

Por fim, não poderíamos deixar de destacar que dentro da legalidade dedicada aos fundamentos teóricos relacionados a este assunto, a mudança no atendimento médico às Testemunhas de Jeová procura seguir dois dos principais direitos fundamentais do ser humano: o direito à vida e o direito à liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, D. C.; CERQUEIRA, L. B. A Transfusão sanguínea em Testemunha de Jeová à luz do Direito. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36384/a-transfusao-sanguinea-em-testemunha-de-jeova-a-luz-do-direito>>. Acesso: 22/mai/2018.

BASTOS, C. R. Parecer Penal: direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 787, n. 90, maio, 2001.

BRASIL. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao>.

htm>. Acesso: 18/maio/2018.

CIRLENE, C.; M.; LEANDO, H. S. G. Transfusão de sangue em Testemunha de Jeová. In: Letras Jurídicas, Centro Universitário Newton Paiva, n. 3, 2/2014.

CAPRIGLIONE, L. É possível transfusão de sangue em Testemunha de Jeová, decide o STJ. Disponível em: <<http://nelcisgomes.jusbrasil.com.br/noticias/133992086/e-possivel-transfusao-de-sangue-em-testemunha-dejeova-decide-o-stj>>. Acesso: 08/maio/2018.

HOFFMANN, E. Negar transfusão de sangue por razões religiosas pode não ser considerado crime. In: Direitos da Personalidade, 13 ago. 2014. Disponível em: <[http://professorhoffmann.wordpress.com/2014/Acesso em 31 out. 2014](http://professorhoffmann.wordpress.com/2014/Acesso%20em%2031%20out.%202014)> Acesso: 19/maio/2018.

JW.ORG. Portal do. Testemunhas de Jeová: alternativas de qualidade para a transfusão. Disponível em: <<http://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/como-pode-o-sangue/Alternativas-de-qualidade-para-a-transfus%C3%A3o/>>. Acesso: 07/maio/2018.

LEIRIA, C. S. Transfusões de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunha de Jeová: uma gravíssima violação dos direitos humanos. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/39291/1>>. Acesso: 09/maio/2018.

LOPEZ, A. C. D. Colisão de direitos fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa. In: Jus Navigandi, Teresina, v.10, n. 958, 16 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>>. Acesso: 15/maio/2018.

PRADO, L R. Curso de Direito Penal Brasileiro: 2.^a parte especial: Arts. 121 a 249. 10. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

POLICASTRO, D. Responsabilidade do médico: as Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jan-18/testemunhas-jeova-recusa-transfusao-sangue>> Acesso: 27/Nov/2018.

SALLES JÚNIOR, R. A. Código penal interpretado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, N. F.; DUARTE, H. G. Recusa às transfusões de sangue por convicções religiosas: apontamentos sobre a efetiva tutela dos Direitos Fundamentais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9841>. Acesso: 20/mai/2018.

SOUZA, Z. S.; MORAES, M. I. D. M. A Ética médica e o respeito às crenças religiosas. In: Revista Bioética, v. 6, n. 1, 1998. Disponível em: <http://www.psiquiatriageral.com.br/bioetica/crencas_relig.htm>.

Acesso: 27/abril/2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus n. 268.459/SP do STJ. Relator Ministra Maria Thereza de Assis. 10 de março de 2014. Moura. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/137162997/habeas-corporus-n-268459-sp-do-stj>>. Acesso: 26/maio/2018.

TOKARSKI, M. C. Liberdade e vida: a recusa à transfusão de sangue à luz dos direitos fundamentais. In: Jus Navigandi, Teresina. 10, n. 891, 11 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7711>>. Acesso: 17/maio/2018.

PODER JUDICANTE NA AVALIAÇÃO DOS MEIOS PROBANTES NO PROCESSO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Rafaella Feitosa Cavalcanti¹

Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito²

RESUMO: A alienação parental é definida como a prática de atos realizados pelos pais ou responsáveis do menor, com a finalidade de denegrir a imagem do outro genitor, além de afastá-lo do convívio saudável entre eles, gerando na criança sentimentos negativos voltados ao genitor alienado, atingindo direitos fundamentais, dentre eles o da convivência familiar, afetividade, integridade psíquica, dignidade da pessoa humana e respeito ao seu estado de pessoa em desenvolvimento, podendo ocasionar, aos menores, irreparáveis prejuízos. O artigo em tela tem como objetivo central, expor uma descrição acerca do instituto da Alienação, bem como de descrever os meios de prova para o Juiz nestes casos. A Lei nº 12.318, de 2010, versa sobre a Alienação Parental, demonstrando assim que o referido instituto ganha relevância no âmbito jurídico brasileiro. Entretanto, a sua mera publicação não é suficiente para impedir a prática de condutas alienadoras por parte dos genitores, o que justifica a necessidade de vasta disseminação do tema, considerando que somente o conhecimento a respeito da mesma é que viabilizará uma atuação célere da sociedade objetivando impedir, ou pelo menos coibir a sua prática. Esta conduta gera os conflitos que precisam de soluções. Em geral, é de competência do [Poder Judiciário](#) a resolução destes conflitos. Todavia, levando em consideração as particularidades intrínsecas aos conflitos de família, é preciso o uso dos meios alternativos para a sua solução, não vinculando o magistrado a apenas certos meios de prova.

Palavras-chave: Alienação Parental. Meios Probantes. Poder Judicante. Juiz.

ABSTRACT: Parental alienation is defined as the practice of acts performed by the parents or guardians of the child, with the purpose of denigrating the image of the other parent, in addition to distancing him from healthy living among them, generating negative feelings towards the alienated parent, reaching fundamental rights, such as family coexistence, affectivity, psychic integrity, dignity of the human person and respect for his or her status as a developing person, which may cause minor harm to the minor. The main purpose of the article on screen is to present a description of the Alienation Institute, as well as to describe the means of proof for the Judge in these cases. Law No. 12,318, of 2010, deals with Parental Alienation, thus demonstrating that the said institute gains relevance in the Brazilian legal scope. However, its mere publication is not enough to prevent the practice of alienating conduct by the parents, which justifies the need for a wide dissemination of the theme, considering that only the knowledge about it is that it will enable a fast action of society aiming at prevent or at least restrain their practice. This behavior generates conflicts that need solutions. In general, it is the competence of the Judiciary to resolve these conflicts. However, taking into account the particularities intrinsic to family conflicts, it is

¹ Discente UNIESP.

² Docente UNIESP.

necessary to use the alternative means of solving it, not binding the magistrate to only certain means of proof.

Key words: Parental Alienation. Probiotics. Judicial Power. Judge.

1- INTRODUÇÃO

Com a instituição da Lei do Divórcio somado a ruptura do convívio familiar, as famílias passaram a freqüentar com mais habitualidade os tribunais, seja para legitimar as conjunturas de convivência, que antes não eram legalmente estipuladas, seja para garantir direitos que eram esquecidos ou refutados. Desde então, o Judiciário se tornou um ambiente em que os casais disputam bens, direitos e, recentemente, os filhos, que por sua vez sofrem com a separação dos pais e a disputa de sua guarda. Os genitores não conseguem enxergar a difícil situação do filho, onde muitas vezes sente-se obrigado a “escolher” um lado, sendo usados, em alguns casos, como objetos de vingança, para ferir o ex parceiro.

A família é o alicerce da sociedade, sendo assim, este instituto deve ser tutelado pelo Estado, aqui estando seu reconhecimento, preservação, progresso e rompimento, na área do Poder Judiciário. O dever de o Estado legitimar a relação que existem entre pais e filhos, fundamentado no avanço do que antes se considerava como pátrio poder, fez com que o legislador civilista de 2002 abraçasse a expressão poder familiar.

O Código Civil afirma que é competência dos pais, independentemente de sua situação conjugal, o total exercício do poder familiar, que engloba velar por sua criação e educação, exigir-lhes obediência e respeito, além de garantir os serviços que são adequados a idade e situação do filho. Dessa forma, percebe-se que é dever dos pais propiciar o bem estar do filho.

A má conduta do alienador é incompatível com os direitos da criança e do adolescente, divergindo do entendimento moderno de prioridade dos interesses destes, desamparados frente às declarações falsas e ameaças daqueles que tem a responsabilidade de assegurar seu desenvolvimento saudável.

É de suma relevância que o Poder Judiciário interfira de forma eficiente e célere quando estiver ocorrendo Alienação Parental, para que não tenha graves consequências causadas pelas declarações negativas feitas pelo genitor-alienante, bem como para que a criança ou adolescente não sofram prejuízos irreparáveis.

Mesmo com a intervenção do judiciário na busca da defesa da criança ou do adolescente, a Lei de nº 12.318/10 tem uma natureza basicamente educativa, objetivando conscientizar os genitores a respeito da educação, formação e o progresso psicológico dos filhos, buscando sempre à defesa integral destes, independente do processo de separação conjugal do casal, que envolve a criança.

A escolha do tema ocorreu em razão da dificuldade em comprovar a alienação parental, especialmente no que se refere à decisão do Juiz, considerando que seu campo de formação não é qualificado nessa área de perícia. Sendo assim, é preciso que haja o auxílio de profissionais multidisciplinares habilitados para analisar o caso e constatar ou não sua ocorrência e saber distinguir o que são memórias fictícias de declarações verídicas de abuso. Assim, tem que ser feita por perícia psicológica ou biopsicossocial, conforme o art. 5.º da Lei nº 12.318/2010.

O objetivo geral do trabalho é descrever os meios de prova para o Juiz no caso da alienação parental. Quanto aos objetivos específicos, pretende-se apresentar os conceitos e características da alienação parental, a disputa pela guarda na separação, além de expor aspectos processuais e as dificuldades de produzir provas na alienação parental.

2- DA ALIENAÇÃO PARENTAL

É bastante relevante para este trabalho a conceituação de alienação parental, para que se entenda a real situação jurídica, os meios de provas e o papel do Juiz, para por fim ao sofrimento do jovem alienado. Para isso, é preciso apresentar não apenas a Lei nº 12.318/10 que dispõe acerca da alienação parental, como igualmente, o entendimento doutrinário que prevê a prevenção, o relacionamento afetivo entre pais e seus filhos.

Silva (2010, p. 43), conceitua alienação parental como: “Um distúrbio que surge principalmente no contexto das disputas pela guarda e custódia das crianças. A sua primeira manifestação é uma campanha de difamação contra um dos genitores por parte da criança, campanha essa que não tem justificação”.

Seguindo o mesmo entendimento Sousa (2010, p. 99), explica a alienação parental: “Resulta da programação da criança, por parte de um dos pais, para que rejeite e odeie o outro, somada a colaboração da própria criança”. Sendo assim, a

alienação parental é a ação de desprestigiar um genitor, para que este seja desprezado pelo filho, sem qualquer justificativa plausível, sendo iniciada por um dos pais, mas depois é continuada pela criança.

A implantação paulatina e constante na memória do filho, pelo genitor que possui a guarda, de falsas verdades acaba por causar na criança ou adolescente a sensação de que foi abandonado e não é querido pelo outro, causando um transtorno psicológico que o leva a acreditar em tudo que foi dito em desfavor do guardião descontinuo e passa a rejeitá-lo, dificultando as visitas e tornando-o cada vez mais distante até aliená-lo, tornando-se órfão de pai vivo, o que é extremamente prejudicial para ambos. CARVALHO, Dimas Messias de. Adoção e guarda. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.66.

Além de desabonar o outro genitor, oculta as informações do cotidiano da criança, bem como casos de doença e dados escolares, excluindo o genitor alienado das decisões relevantes a respeito do filho, busca a todo custo afastar e diminuir qualquer ligação entre o filho e o genitor.

Art. 2 Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2010/lei/l12318.htm>.

Logo, compreende-se que alienação parental é um modo de suprimir o cônjuge não guardião, em virtude da separação quando umas das partes não estiver satisfeita com a real conjuntura. O genitor alienador, usualmente, apresenta raiva e ciúmes, denigre a imagem do genitor alienado, defende demasiadamente o filho e enaltece sua relevância. O alienador se vê como vítima da situação, manifesta a vontade de vingança e usa seu próprio filho para ofender seu ex cônjuge.

A situação é bastante comum no cotidiano dos casais que se separam: um deles, magoado com o fim do casamento e com a conduta do ex-cônjuge, procura afastá-lo da vida do filho menor, denegrindo sua imagem perante este e prejudicando o direito de visitas. Cria-se nesse caso, em relação ao menor, a situação conhecida como “órfão de pai vivo.”¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro. v.6. 5^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.305

Legalmente, os modos de alienação estão determinados no parágrafo único do art. 2 da Lei 12.318/10 de forma exemplificativa:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo Juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

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

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

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

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

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

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20072010/2010/lei/l12318.htm>.

Nota-se que há diversos atos que configuram a alienação parental e todos ocasionam graves danos psicológicos e emocionais a criança, é um efetivo abuso moral, violando os seus direitos fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse do menor, princípios previstos tanto na Constituição Federal como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os pais são responsáveis pelo bem estar da criança, por lhe dar uma vida digna, longe da violência e qualquer forma de agressão, conferindo-lhe uma vida feliz e saudável. Quando isso não acontecer os pais devem ser penalizados, em virtude da lesividade do ato e dos negativos efeitos jurídicos, que podem ocasionar na aplicação de multa até a suspensão da autoridade parental. Sem prejuízo da responsabilização civil e criminal do alienador.

A lei tem como finalidade possibilitar mecanismos processuais capazes de impedir ou amenizar as consequências da alienação parental, como também, viabilizar a deliberação de acompanhamento psicológico e biopsicossocial para a criança alienada, na condição inerente de pessoa em desenvolvimento.

A gravidade da situação posta no Poder Judiciário frente à alienação parental faz com que o Juiz tenha a necessidade de promover o desenvolvimento do processo mediante grande cautela, na medida em que se torna por demais difícil a caracterização do desvio prejudicial promovido pelo alienador, devendo, assim, valer-se de estudo multidisciplinar, apoiado em seus auxiliares, para a realização de perícia a fim de constatar de forma mais robusta a existência da alienação parental. FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Alienação Parental*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.50

Vale destacar que é de extrema relevância a atuação do judiciário

A centralidade da tutela jurídico-familiar na pessoa das crianças importa compreensão abrangente do conceito de proteção dos filhos. Quando os pais não chegarem a mútuo acordo, após a separação, acerca do modo de convivência que cada um entretecerá com os filhos comuns, deve o Juiz assegurar a estes o direito de contato permanente com aqueles. LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4 ed. de acordo com a Emenda constitucional n. 66/2010 Divorcio. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 168

O genitor ou familiar alienado deve analisar e comunicar ao Judiciário que é objeto de alienação parental, para que ao ser constatada, possam ser utilizados mecanismos para detectar em qual fase em que a criança se encontra, para possibilitar e tornar mais eficaz o tratamento, reduzindo os efeitos negativos.

2.1- DO ALIENANTE

A alienação conta com o interesse de um genitor que busca o afastamento do filho com o outro genitor ou familiares próximos, podendo ser um dos pais, como também avós, tios e primos. Ao indivíduo que atua com esse intento chama-se alienador.

Todavia, em decorrência da grande maioria dos filhos ficar sob a guarda da mãe, a alienação tem sua ocorrência maior no âmbito materno. Mas é importante destacar que o pai mesmo não possuindo a guarda pode praticar a conduta alienante.

[...] a Síndrome de Alienação Parental pode ser instaurada também pelo genitor não guardião, que manipula afetivamente a criança nos momentos das visitas, para influencia-las a pedir para irem morar com ele – dando, portanto, o subsídio para que o alienador requeira a reversão judicial da guarda. SILVA, Denise Maria Perissini da. *Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental – o que é Isso?*. São Paulo: Armazém do ipê, 2010, p.93.

A alienação parental acontece com os mais diversos artifícios, todos com o intuito de afastar o filho do convívio com o alienado, gerando um sentimento de desprezo e rancor. Muito comum, o alienante provocar brigas com o genitor ou terceiro alienado, na frente da criança, expondo suas frustrações e responsabilizando o outro por tudo de ruim que acontece na família. Importante perceber que o alienante sempre alega que quer o melhor para o seu filho.

O alienante incute na criança a percepção de que somente há segurança em sua companhia, pois almeja exclusividade na relação com o filho. Tal exclusividade sentimental do filho impede o seu desenvolvimento total, pois o temor de se afastar da “proteção” dada pelo alienador e enfrentar a vida repleta de possíveis riscos, frustra a capacidade que a criança tem de enfrentar obstáculos e desenvolver o discernimento adequado.

Importante a perspectiva de Motta (2011, p. 115) “defender os filhos do que não existe deixa de ser defesa para ser “abuso” emocional grave, com graves consequências para o desenvolvimento normal deles”.

Em determinados casos o alienante alega que existe agressões verbais e físicas na presença da criança, são apresentadas acusações de abuso sexual, afirma que o outro responsável não cumpri com suas obrigações com o bem estar da criança. A criança por ser um indivíduo em desenvolvimento acaba absorvendo as falsas declarações, passando a acreditar e igualmente julgando o alienado.

É comum nesses casos de alienação, que o genitor alienante não deixe a criança esquecer fatos ruins ocorridos na presença do genitor alienado, impõe que aquela se coloque de um ou outro lado, orienta a criança a rejeitar carinho, presentes e aproximação com o ex cônjuge.

Quando há visitas e passeios, o alienante tenta controlar de forma demasiada os horários de chegada e saída, os lugares que vão, com quem vai, quando o genitor tem outro parceiro, o alienante não permite que saiam juntos ou que o filho tenha qualquer ligação com o novo parceiro, passa o seu ciúme para a criança, que vê o novo parceiro como um destruidor de família, causador de toda infelicidade. Ademais, planeja atividades que a criança gosta para que esta não tenha interesse em sair com o genitor e seus parentes.

O genitor alienado é excluído totalmente da vida do filho, não é avisado dos episódios relevantes, como comemorações, reuniões escolares, doenças, desempenho da escolar, não participando de decisões relevantes a respeito do filho.

Por isso é importante que o Poder Judiciário tenha provas irrefutáveis, para que possa julgar corretamente, livrando a criança de um ambiente instável e preservando o vínculo tão importante com os genitores ou responsáveis.

3- ASPECTOS LEGAIS SOBRE A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL Nº 12.318/10

O instituto da Alienação Parental foi inserido na legislação brasileira através da Lei nº 12.318/10, trazendo sua definição, características e uma lista exemplificativa das formas utilizadas para alienar uma criança. Ademais expõe medidas que podem ser tomadas pelo magistrado ao confirmar alienação.

A mencionada lei foi aprovada em conexão com a demanda social, objetivando uma maior harmonia na atuação dos genitores na educação dos filhos. Dessa forma, a família deixa de ser vista como uma unidade de reprodução e passa a ser de total realização de seus membros, diferenciando notoriamente as obrigações da relação conjugal e da relação de pais e filhos.

4- DA PRODUÇÃO PROBATÓRIA NOS PROCESSOS

A alienação parental na área da Teoria Geral do Direito Civil, enquadra-se na classe do abuso do direito. Após analisar as premissas dessa designação, é preciso analisar os enfoques práticos e processuais da alienação parental, apresentando uma ligação da Lei nº 12.318/10, com as outras disposições materiais e processuais da legislação brasileira. Contudo, é preciso considerar e articular mecanismos que busquem prevenir e reprimir a conduta alienadora, para que o Direito cumpra seu papel emancipatório no Estado Democrático de Direito.

Ao detectar condutas que configurem a alienação parental, o Poder Judiciário deve intervir imediatamente, para que a função do Estado na defesa das crianças e adolescentes seja realmente intimidadora das condutas abusivas e sua

continuidade. Por esse motivo, o Estatuto da Criança e Adolescente ao estabelecer medidas protetivas, determina que um dos preceitos que conduz atividade do Estado no emprego das medidas é o princípio da intervenção precoce, afirmando que “intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida” (art. 100, VI do ECA).

Em razão da conveniência de celeridade no julgamento e solução destas demandas, com a finalidade de inibir a continuidade dos prejuízos à integridade psicológica das crianças e adolescente, é que desponta um dos maiores inconvenientes na tratativa jurídica da alienação parental. Já que, de um lado, é preciso rapidez, de outro, é preciso ter muito cuidado tanto na identificação, como na penalização dos comportamentos prejudiciais. Essa obrigação de se conciliar cuidado e celeridade representa uma grande dificuldade para os operadores do Direito e de profissionais afins que lidam com a questão, já que mesmo que o genitor alienante abuse da prática da autoridade parental e prejudique o direito à convivência familiar, o mesmo continua representando um referencial parental relevante na vida dos filhos e, sendo assim, providências radicais, imponderadas e inadvertidamente, como por exemplo a mudança da guarda, podem intensificar os prejuízos que vêm sendo vivenciados pela criança.

A declaração de alienação parental poderá ocorrer em um processo já em andamento, fortuitamente, em qualquer etapa do processo ou em peça independente. Além disso, o magistrado pode de ofício examinar sua ocorrência. Conforme Figueiredo e Alexandridis (2014, p.97) “Contudo, para que seja viável a apuração acerca da alienação parental no curso do processo instaurado, [...] deve ser vista com cautela”.

Acresce-se a isso que mesmo após a fase postulatória pode surgir a alegação. Nesse sentido ficam patentes as seguintes regras, em prol do interesse maior a criança: - para a adição ou modificação do pedido por parte do autor não é necessário o consentimento do réu, a contrário sensu do artigo 26412 do CPC; - pode haver o pedido mesmo após o saneamento do feito, contrariando-se a regra do artigo 264, parágrafo único, CPC; - pode o réu na própria defesa invocar a alegação, ficando patente tratar-se de pedido contraposto, sendo desnecessária a vinculação de reconvenção. Entendemos que há um limite, todavia, consistente na proibição da alegação em grau recursal porque representaria a supressão de um grau de jurisdição. Eventual alegação de ofício por parte do tribunal recomendaria

retorno dos autos à instância singela para que a questão seja analisada, mesmo porque se trata de matéria fática que induz a produção probatória, o que afasta a aplicação analógica do artigo 515 § 3º, CPC¹ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. Síndrome da alienação parental: aspectos materiais e processuais. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2730, 22 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18089>>.

Importante frisar, que mesmo havendo a prioridade na tramitação deve-se assegurar o direito ao contraditório, podendo o magistrado designar a realização de medidas provisórias que ache relevante para conservar a saúde mental e física da criança e adolescente. Dessa maneira, a tutela eficiente e rápida, com medidas objetivando a interrupção de condutas que configurem a alienação parental devem acontecer, entretanto, não poderá jamais violar os direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, já que frequentemente acontecem narrações inverídicas do genitor alienante.

Duas espécies de medidas de urgência podem ser deferidas no pleito que verse sobre a alienação parental. A primeira são as medidas provisórias mencionadas no art. 4º da norma que, nitidamente, têm a natureza acautelatória. Na esteira do anteprojeto de CPC, a medida cautelar não deve ser intentada via ação cautelar autônoma, mas incidentalmente, nos próprios autos principais. A natureza jurídica cautelar é o que importa. No atual estágio processual, não há mais discussões acerca da possibilidade do deferimento de medida acautelatória no bojo de processo principal. Nada obsta o pedido de medida liminar para a adoção de uma das medidas indicadas no artigo 6º, por exemplo, a inversão da guarda sob o suporte da alienação parental. Tal medida liminar terá nitidamente a função de antecipação dos efeitos da tutela e não de medida liminar acautelatória. Por vezes, se a gravidade do caso for extrema, poderá o Juiz antecipar a tutela postecipando o contraditório. Nesta vertente, entendemos que os requisitos autorizadores da medida são previstos no artigo 273, CPC: prova inequívoca (entende-se: forte, robusta), que conduza à verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável reparação o abuso do direito de defesa. Idem.

Devido à grande dificuldade de produzir provas de casos de alienação parental, é preciso que haja a cooperação de profissionais qualificados para analisar ou não a existência da alienação, para conseguir distinguir o que de fato ocorreu, das falsas memórias.

Por ser dever ímpar do judiciário promover o bem viver, tem-se a consciência de que a Justiça, na pós-modernidade, não se limita a promover o enfoque formal da lide, definir, decidir, mas, sobretudo, deve buscar a transformação dos conflitos para aliviar situações de

ruptura, de tensão, de mágoa e, principalmente, de rancor, como o objetivo de preservar um imprescindível bem durável: a pacífica convivência das pessoas. Dessa forma, reconhece-se que a sentença proferida em sede contenciosa tem efeito positivo para resolver relações isoladas e de cunho interindividual; contudo somente alcança um fenômeno do passado que não acompanha o desenvolvimento das relações, principalmente, as de cunho familiar. FILHO, Gildo Alves de Carvalho. Alienação parental. In: VITORINO, Daniela; MINAS, Alan (Org.). **A morte inventada**: alienação parental em ensaios e vozes. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 156

Em contrapartida, o depoimento de funcionários, poderá efetivar prova convicta, desde que esteja próximo aos ocorridos e à intimidade nas hipóteses de privacidade no domicílio familiar, comumente, possuem as informações necessárias para esclarecer os fatos ocorridos no cotidiano da família. É de competência do Juiz promover a adequada filtragem dessa prova por compreender alta carga de parcialidade, existindo afetos, interesses e deveres pessoais. Torna-se imperativo o juízo de adequação entre os meios e os fins, em que o próprio legislador versa sobre os procedimentos de razoabilidade.

Em conjunturas predeterminadas, a coleta dessas provas é conveniente ao interesse público, em consequência de no âmbito do Direito de Família o propósito buscado pelo ordenamento jurídico ocasiona uma intangibilidade da própria instituição familiar, possuidora de princípios transcendentais para o alicerce da sociedade.

No juízo da adequação, o legislador determinou os métodos da razoabilidade para o emprego da prova. Há uma correlação dos direitos fundamentais, apresentando-se principalmente nos embates entre bens ou valores tutelados pela Constituição – demandas que só são resolvidas de forma justa e equilibrada, empregando o preceito da proporcionalidade em sentido estrito, intrínseca à avaliação de bens e valores. Em virtude disso, ao se deparar com um conflito de normas jus fundamentais (direito a prova versus vedação da prova ilícita), a saída é sempre decidida conforme cada caso, em razão do princípio da proporcionalidade.

Devido às relevantes consequências da alienação parental é preciso proteger as famílias em litígio que sofrem diante dessa conduta, por intermédio dos operadores do Direito defendendo o interesse do menor, como bem determina a Lei nº 12.318-10.

Não existindo outras formas de prova factível, que sirva de base ao combate da alienação parental, fomentando, até mesmo, a viabilidade de transferência da guarda do menor, é de extrema relevância relativizar o emprego da prova ilícita, que caracterizam expedientes aptas ao convencimento do magistrado em relação à ocorrência da alienação, em determinados casos figurando como a única prova concreta factível.

Para ser acolhida a prova ilícita é preciso necessidade, proporcionalidade, a possibilidade subjetiva de punir o autor do crime e o emprego pro réu. Importante ressaltar que admite-se a relativização das provas ilícitas em conjunturas excepcionais, isto é, aceita-se nos casos de alienação quando baseadas em presunção de que um dos pais está realizando a conduta alienante, sendo a elaboração de prova for difícil ou impossível. Nessa hipótese, o emprego de provas ilícitas é de extrema relevância, já que é o único meio para provar a conduta alienante, considerando sempre a proporcionalidade entre o direito desrespeitado e a elaboração de provas ilícitas.

4.1- PERÍCIA MULTIDISCIPLINAR

A perícia multidisciplinar é aquela que pode ser feita tanto separada como em conjunto na ação judicial. É integrada por perícias psicológicas, sociais, médicas e quantas mais forem preciso para a colaboração e convicção na decisão judicial. “Não é tarefa fácil identificar os atos de alienação parental e maiores dificuldades surgem quando seu estágio extremo envolve alegações de molestações sexuais ou abuso físico da criança ou do adolescente”. (MADALENO E MADALENO, 2013, p. 111).

Dessa forma, as demandas que abrangem denúncias de alienação parental são de difícil corroboração, ficando mais fácil se diagnosticadas e examinada por peritos qualificados na matéria. O perito fará uma entrevista com os envolvidos (pai, mãe, filho, parentes próximos); analisará os documentos anexados nos autos que versam sobre a alienação parental; fará um levantamento histórico do relacionamento do casal na vigência do casamento ou da união estável, como também da relação depois da separação; fará um levantamento cronológicos de

possíveis incidentes; avaliará a personalidade dos envolvidos e ainda examinará o comportamento do menor frente ao genitor alienante e o alienado. De acordo com Madaleno e Madaleno (2013, p.111) “As provas periciais advêm da necessidade de ser mostrado no processo fato que depende de conhecimento especializado, que está acima dos conhecimentos da cultura médica, não sendo suficientes as manifestações leigas de testemunhas [...]”.

Assim, mesmo que o Juiz não fique vinculado a prova, conforme o artigo 472 do CPC e o princípio do livre convencimento motivado, a pericial tem implicação importante sobre as outras. O testemunho e depoimentos dos genitores igualmente são relevantes, mas podem ser, com grande facilidade, deturpados pelo alienador, já que ele pode apresentar uma realidade distinta aos vizinhos, podendo ser bastante persuasivo em suas afirmações.

Na clínica de família trabalhamos, sobretudo, com as dificuldades dos pais. É importante que este trabalho seja feito para resgatar junto aos pais as funções que eles têm que desempenhar em relação aos seus filhos. O psicoterapeuta de família deve trabalhar a função parental junto aos pais de forma a reabilitá-los no exercício dessa função, ou seja, validá-los como pais. Quando recebemos na clínica pais em litígio no processo de separação, trazendo-nos os problemas em relação aos filhos, o que trabalhamos, no primeiro momento com eles é a necessidade de separarem com clareza as questões conjugais das questões parentais [...] Quem se separa é o casal conjugal. O casal parental continuará para sempre com as funções de cuidar, de proteger e de prover as necessidades materiais e afetivas dos filhos. FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. Alienação parental: uma leitura psicológica. In: APASE, Associação de Pais e Mães Separados; PAULINO NETO, Analdino Rodrigues (Org.). Síndrome da alienação parental: a tirania do guardião. Porto Alegre: Equilíbrio, 2012. p. 68.

Relevante o posicionamento de Féres-Carneiro (2012, p.69) ao defender que “ninguém ocupa o lugar da família, ninguém consegue substituir a função dos pais em relação aos filhos, estejam eles casados ou separados [...]”. A perícia interdisciplinar tem o objetivo de analisar a existência de condutas alienadoras, bem como propiciar uma intervenção para “tratar” os envolvidos na situação.

Apenas a sentença não possibilita uma transformação de condutas dos parentes em litígio, soluciona pontos específicos, como a situação do casal, o pagamento de pensão ou a determinação de visitas. Contudo, a situação

pedagógica, que demonstra aos pais e responsáveis as suas obrigações e que suas condutas influenciam negativamente seus filhos, é papel dos profissionais que realizam a perícia multidisciplinar.

Nos últimos tempos houve mudanças significativas nas famílias, o que requer igualmente a mudança dos profissionais, para que levem em consideração os diversos tipos de famílias. O próprio afastamento dos pais e filho é resultado dessas transformações sociais, porém pode ocorrer por vontade dos genitores, o que não gera alienação parental. Assim é importante que ocorra uma avaliação de profissionais de áreas distintas para compreender o que ocorre na família moderna, considerando o grande número de processos e suas diversidades.

A perícia multidisciplinar é um mecanismo de muita importância nos litígios onde existe uma queixa de alienação parental, pois mesmo que o Juiz refute a prova pericial, na maioria das vezes, a perícia multidisciplinar é aceita e ao ser juntada com as outras provas conclui-se a instrução processual. Mas, em razão da gravidade e consequências negativas de um laudo mal produzido, deve-se ter uma atenção maior, escolhendo sempre profissionais qualificados e especialistas.

4.2- PERÍCIA PSICOLÓGICA E IDENTIFICAÇÃO DE FALSAS MEMÓRIAS

A perícia psicológica ou biopsicossocial é importante para reconhecer, prevenir e banir a alienação parental, estabelecida no art. 5º da Lei 12.318/10, que versa sobre a necessidade de um encontro de diversas áreas do conhecimento, tendo como objetivo propiciar ao julgador uma perspectiva plena do caso.

A perícia psicológica, tem como objetivo avaliar a integridade psíquica da criança e averiguar os prejuízos ocasionados na mesma; a perícia biopsicossocial, se consubstancia na averiguação da relação da criança com os genitores e suas famílias, o ambiente em que vivem, para poder analisar o comprometimento na convivência social do menor ocasionado pela conduta alienadora (TEIXEIRA, RODRIGUES, 2013).

A perícia produz uma análise profunda do convívio familiar, capaz de identificar a alienação parental, diferente do estudo psicossocial básico, feito em processos de guarda e adoção, por exemplo. Tem como finalidade elaborar um

laudo minucioso acerca da identificação da alienação parental, as falsas memórias inseridas que deteriora a figura do genitor alienado; o prejuízo e sua abrangência na psique infantil. Ademais, deve apresentar os meios para recuperar a integridade psicológica da criança e do convívio familiar dissipado devido a alienação parental. Sendo um meio de prova, é possível a designação de assistente técnico e critérios, desde que sua realização seja admitida nas regras gerais processuais.

A perícia tem a capacidade de identificar um dos tipos mais perigosos de alienação parental que são as falsas declarações de abuso sexual, que igualmente acarretam a implantação de falsas memórias. O filho alienado passa a reproduzir o que lhe foi passado pelo genitor alienador, utilizando as mesmas palavras que o adulto e respondendo às perguntas conforme o que foi ensaiado, porém é possível reconhecer a inserção de falsas memórias pela limitação das respostas, pois o genitor alienante não consegue abranger todos os ocorridos da alienação. Assim, a perícia deve analisar a situação do menor de forma plena, objetivando analisar se a fala da criança retrata a realidade ou é fruto da manipulação do alienante.

Dessa forma a perícia serve como um “tradutor” da realidade da criança para o processo judicial, possibilitando ao Juiz, partindo dessa perícia interdisciplinar, analisar a opção que realmente defenda a criança.

Com o propósito de chegarem a conclusões confiáveis, os profissionais envolvidos na avaliação de casos de maus-tratos com crianças devem reunir o maior número de elementos disponíveis sobre a suspeita levantada, o que inclui o relato da criança sobre o episódio vivenciado, o exame de suas condições físicas e psicológicas, bem como entrevistas com pessoas responsáveis pelos seus cuidados, registros escolares, etc. Deste modo, o técnico estará realizando uma avaliação adequada e protetora da criança, visto que busca diminuir a possibilidade de erro presente nessa situação (p. ex., tomando uma situação falsa como verdadeira ou o contrário), o que pode trazer graves repercussões para a vida da criança, de sua família e da sociedade de modo geral. FEIX, Leandro da Fonte; WELTER, Carmen Lisboa Weingartner. Falsas memórias, sugestibilidade e testemunho infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Coord.). Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 158.

Justamente pela vulnerabilidade da criança e em razão de sua relação íntima com o genitor alienante que ela fica muito mais sensível e suscetível a ele, construindo dessa forma um cenário favorável para a alienação. Com base em

declarações infundadas e repetitivas, que a criança passa a ter como se tivesse vivenciado determinadas experiências. Devido a sua condição de pessoa em desenvolvimento, sem o discernimento pleno, começa a acreditar que, realmente, viveu situações com um dos pais, passadas pelo outro genitor como experiências desagradáveis e danosas.

A perícia tem a capacidade de identificar a superficialidade das declarações da criança, já que ela não consegue descrever uma situação aparentemente vivida e não sabendo detalhar o teórico abuso.

Logo, a cautela em distanciar o genitor – alienado, mesmo que sobre ele paira acusações gravíssimas – tem que ser regular nos processos judiciais, ao passo que não se pode considerar sua culpa sem prova cabal. Pois, o fato gerador da suspensão do convívio parental deve ser corroborado.

Tudo isso porque os operadores do direito não possuem a competência técnica para detectar todos esses enfoques, plenamente necessários para um julgamento que concretize o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

5- PAPEL DO JUDICIÁRIO NOS PROCESSOS DE GUARDA

Diante da importância do transtorno que é a alienação parental, a legislação se satisfaz com simples evidências, não existindo a obrigatoriedade de comprovação irrefutável de sua existência para que o Judiciário realize as medidas processuais adequadas. Corroborando com esse entendimento o artigo 4º da Lei n.º 12.318/10 afirma que:

Art. 4 Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o Juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso. Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo Juiz para

acompanhamento das visitas. BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20072010/2010/lei/l12318.htm>.

Entretanto, para que seja admitido ao menos evidências de alienação parental, é preciso que as condutas praticadas pelo teórico alienante sejam constantes, e tenham o objetivo de distanciar o genitor da convivência com o outro genitor. A legislação viabiliza ao Juiz atuar, rejeitando prova cabal da alienação, já que é propósito do legislador proteger a integridade física e psíquica da criança e do adolescente. Se a intervenção estatal apenas tivesse motivo de ser depois da confirmação cabal da conduta de alienação parental, a situação danosa em que estar o menor pode ser definitiva, com consequências devastadoras para seu desenvolvimento.

Em uma primeira análise, poder-se-ia até argumentar que tal previsão meramente indiciária afrontaria o sistema constitucional de ampla defesa, mas, em verdade, tal raciocínio não procede, pois o que se tem em mira é, em primeiro plano, a perspectiva de defesa da própria criança ou adolescente, vítima indefesa dessa grave forma de programação mental, em um contexto familiar que, em geral, dificulta sobremaneira a reconstrução fática da prova em juízo. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo: Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

Logo, a alienação parental pode ser caracterizada *ex officio* pelo Juiz, pelo membro do Ministério Público, que agirá como custos legis, já que a ação abrange pessoa incapaz (menor), mas também pode ocorrer provocação da parte interessada. Na hipótese das evidências sobre a alienação parental apareça no andamento de um processo, tratará a questão da alienação neste mesmo processo, só que desta vez com tramitação prioritária, para que a criança seja protegida. Se não houver um processo em andamento, deverá assim, a alienação parental, ser tratada em processo independente, igualmente com tramitação prioritária.

A discussão sobre a alienação parental, pela grande repercussão fática que evidencia na pessoa do menor, necessita de uma tramitação célere, tanto assim que a norma determina a sua tramitação de forma prioritária às demais demandas em curso naquele juízo, como forma de garantir a efetividade à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal. Importante consignar que a prioridade na tramitação não deve colidir com a proteção do contraditório e da ampla defesa, garantias também

constitucionalmente asseguradas, nos termos do inciso LV do art. 5º da Carta Magna de 1988. FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. Alienação parental: aspectos materiais e processuais da Lei n. 12.318, de 26-8-2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

A legislação especial estabelece que o magistrado, depois de ouvir o membro do Ministério Público, designará as medidas provisórias adequadas para impedir a conduta alienante e proteger a criança e o adolescente. Contudo, as medidas são provisórias, já que não existe convicção absoluta sobre a prática da alienação parental. Assim, não é coerente que se tome medidas extremas e de finitas, como a extinção das visitas, pelo contrário, o Judiciário tem que possuir mecanismos satisfatórios e apropriados para evitar a alienação, para que isso não ocasione limitação dos direitos fundamentais do menor.

A legislação vislumbra também uma interatividade entre os membros do Judiciário e dos campos da Psicologia e da Psiquiatria, bem como da Assistência Social, ao estabelecer que a ameaça ou não de dano ao menor, consequência das visitas, tem que ser assegurado por um profissional qualificado, indicado pelo magistrado para ir junto nas visitas. Dessa forma, se não houver risco de danos, ao menos a visita assistida é permitida, para que o menor não perca o vínculo com um dos genitores ou responsável.

Importante apresentar o art. 5º da Lei 12.318/10 já que o mesmo trata acerca do laudo pericial a ser realizado em casos de suspeita de alienação parental.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o Juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2010/lei/l12318.htm>.

Mesmo a legislação propondo que o magistrado, somente “se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial”, é apropriado que ocorra sempre que existir evidências da prática de alienação parental, objetivando analisar, de maneira concreta, se a conduta efetivamente caracteriza atos de alienação.

O Superior Tribunal de Justiça defende que de acordo com o atual quadro do Direito de Família, com a evolução jurídica não se justifica a veneração de normas arcaicas em detrimento da verdade efetiva, e ainda em prejuízo de real interesse do menor, tendo o Juiz iniciativa probatória, se existir motivos de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, nos casos de causa que tenha por objetivo direito indisponível (ações de estado), ou ainda o Juiz, em razão das provas elaboradas, estiver em estado de perplexidade ou quando existir relevante desigualdade financeira ou sociocultural entre as partes.

O exercício probatório do magistrado é absoluto em ações que tratem de direitos indisponíveis, determinando a elaboração de provas ex officio, mesmo quando não houver requerimento da parte ou interessado, ou ainda poderá atuar até mesmo contra a vontade da parte. Entretanto, mesmo admitido a consolidação dos poderes do magistrado, tal poder deve ser limitado aos fatos questionáveis, não podendo o Juiz mudar a causa de pedir, inserindo fatos ou novos fundamentos, não devendo, contudo superestimar o determinado no art. 370 do CPC para transformar o Juiz em investigador ou Juiz de instrução, substituindo as partes na encargo que lhes é conferido; entretanto não se deve subestimar o vigor do preceito, que é introduzido nas atuais tendências do processo civil, existindo a função social dele e os objetivos da justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alienação parental se configura como um tipo de violência realizada por um dos pais (normalmente, o guardião do menor) ou por parente responsável, com a única finalidade de impedir sem qualquer razão crível o convívio da

criança/adolescente com o outro progenitor ou um de seus familiares alienado. Sendo assim, tanto o genitor alienado, bem como o menor que sofre o abuso psicológico, são as vítimas deste instituto.

A matéria tem sua importância social ao passo que, a Alienação Parental afeta a saúde psicológica da criança/adolescente, da mesma maneira que, ao ser impedido de conviver com genitor alienado, acontecerá a desestruturação da ligação afetiva que existia entre eles.

Logo, como as consequências da alienação parental podem subsistir durante toda a vida no menor, o direito de convivência dos filhos com os pais deve ser tutelado, é de extrema relevância a sanção do alienador para cessar a prática da alienação parental, viabilizando a reaproximação do genitor alienado com seu filho.

Na esfera jurídica a matéria requer uma análise mais profunda e ajuda técnica conferida por profissionais de diversas áreas, como psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras, para um estudo ponderado e detalhado do caso concreto, objetivando acabar com a violência de modo eficaz e, especialmente, sem ocasionar maiores prejuízos psicológicos ao filho, levando em consideração o princípio constitucional do melhor interesse do menor

Os poderes do magistrado se estendem, isto é, de mero diretor ou condutor do processo (sistema dispositivo), passam a ter caráter investigatório, atuando de forma mais firme e direta para esclarecer a verdade dos fatos discutidos. O magistrado progressista não pode ser um simples expectador, atento apenas à elucidação do ocorrido.

A atividade probatória do magistrado é plena em ação que trata dos direitos indisponíveis, pode assim determinar a realização de provas ex officio, independentemente de requerimento da parte ou interessado e até mesmo contra a vontade daquela.

Assim, o magistrado moderno deixou de ser um simples expectador inerte do conflito judicial, para assumir posição ativa, que lhe possibilite, entre outros direitos, determinar a elaboração de provas, contanto que o faça com imparcialidade e respeito do princípio do contraditório.

REFERÊNCIAS

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. *Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia*. Curitiba: Juruá, 2012.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **Qual a posição da criança envolvida em denúncias de abuso sexual quando o litígio familiar culmina em situações de alienação parental: inocente, vítima ou sedutora?** In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à lei 12.318/2010**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FILHO, Gildo Alves de Carvalho. **Alienação parental**. In: VITORINO, Daniela; MINAS, Alan (Org.). *A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 4 ed. de acordo com a Emenda constitucional n. 66/2010 Divorcio. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2013

MONTEZUMA, Márcia Amaral. *Síndrome de alienação parental: diagnóstico médico ou jurídico?* In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e alienação parental**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOUSA, Analicia Martins. **Síndrome da alienação parental: Um novo tema nos juízos de família**. 1 ed.; São Paulo: Cortez, 2010.

TABORDA, J G.; ABDALLA-FILHO, E. **Psiquiatria forense**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.

EXISTÊNCIA DE BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS NA CONSTITUIÇÃO DE HOLDING PATRIMONIAL QUANDO DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA

Reginaldo Francisco de Souza¹
José Gomes de Lima Neto²

RESUMO: O planejamento sucessório reveste-se de fundamental importância no tocante à proteção do patrimônio familiar. Assim sendo, essencial se torna avaliar a exequibilidade de alternativas jurídicas e legais possíveis para que não haja redução do legado ou que ainda se torne fator de deterioração do vínculo familiar. Viabilizar uma Pessoa Jurídica que seja controladora do acervo patrimonial e que proporcione economia tributária é uma das vertentes fiscais hodiernas que vem ganhando relevância. Sem que haja desmerecimento de outras hipóteses que venham ao encontro desses resultados almejados, busca-se, neste estudo, a efetivação da elisão fiscal legal. O legador pode, respeitando o ordenamento jurídico pátrio, minimizar impactos econômicos na futura deixa hereditária.

Palavras-chave: Holding Familiar, Sucessão familiar, Direito Tributário.

ABSTRACT: *Succession planning is of fundamental importance with respect to protection of family assets. Therefore, it becomes essential to assess the feasibility of judicial and legal alternatives possible so there is no reduction in legacy or even become factor in the deterioration of family ties. Enable a legal entity that is controlling the net assets and provides tax savings is one of today's tax aspects that has gained relevance. Without unworthiness of other cases that reach these desired results, search, in this study, the effectiveness of legal tax avoidance. The legator can, respecting the Brazilian legal system, minimize economic impacts in the future leaves hereditary.*

Key words: *Equity Holding, Hereditary succession, Tax Law.*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Existem benefícios tributários quando o sucedendo opta por constituir uma *Holding* patrimonial no intuito de planejar a sua sucessão hereditária?

As reflexões abordadas neste trabalho são de fundamental importância para a sociedade, já que têm o objetivo auxiliar na busca pela excelência no planejamento sucessório. Considerando-se que as sucessões hereditárias são frequentes e hodiernamente a economia nacional faz com que a procura de alternativas para minimizar impactos negativos nos patrimônios seja determinante, o estudo revela-se de uma essencialidade extrema.

¹ Discente UNIESP.

² Docente UNIESP.

Tratando-se de tema de tamanha relevância para a sociedade, o interesse pelo aprofundamento nas ponderações aqui relacionadas exsurgiu naturalmente.

Sabidamente, existem fatores benéficos na seara tributária aos envolvidos, tanto aos eventuais sucessores ou sucedidos, como, também, é de conhecimento a existência de elementos, que se não bem mensurados, podem acarretar prejuízos patrimoniais de grande monta.

Destarte, o presente estudo pretende abordar as vantagens e possíveis desvantagens encontradas pelos que pretendem optar por esse tipo de planejamento, bem como, ao final, de forma singela, ponderar sobre qual prepondera.

2 HOLDING PATRIMONIAL – NOÇÕES GERAIS

Inicialmente devemos conceituar holding, em especial a Patrimonial, objeto do estudo aqui realizado.

Mister se faz, ab initio, a definição de Holding. A expressão holding tem origem no direito norte-americano. A expressão é usada no Brasil para definir a sociedade que tem como atividade o exercício do controle acionário de outras empresas e a administração dos bens das empresas que controla, além do desenvolvimento do planejamento estratégico, financeiro e jurídico dos investimentos do grupo, devendo não interferir na operacionalização das empresas controladas, mas prestar serviços que elas não podem executar eficientemente, ou que, para cada empresa, isoladamente, seja oneroso e para a holding não, tendo em vista a pulverização dos custos.

Uma holding também serve para centralizar as decisões e a administração de várias empresas de um mesmo grupo empresarial. É importante lembrar que uma empresa, cuja propriedade é dividida entre uma ou mais partes, só terá sucesso na medida em que os detentores destes direitos tenham interesses comuns, caso contrário afetará a vida da empresa, que por sua vez, entrará num processo de paralisia e autodestruição.

Etimologicamente, a expressão holding significa segurar, manter, controlar, guardar. Não reflete a existência de um tipo de sociedade especificamente considerado na legislação, apenas identifica a sociedade que tem por objeto participar de outras sociedades, isto é, aquela que participa do capital de outras sociedades em níveis suficientes para controlá-las.

Adentrando, agora, na seara que se pretende estudar, tem-se o conceito da modalidade específica de Holding que é a Patrimonial.

Entende-se por Holding Patrimonial a empresa controladora de patrimônio de uma ou mais pessoas físicas. Assim sendo, o patrimônio é repassado à pessoa jurídica que passa a ser sua titular. Holding é palavra de origem inglesa utilizada no português para denominar uma sociedade gestora de participações sociais.

Rotineiramente, a holding é constituída na forma de sociedade limitada devido aos benefícios deste tipo social, no entanto, nada impede a constituição em forma de sociedade anônima, havendo a vantagem de haver previsão legal específica de seu funcionamento na Lei de Sociedades Anônimas. Nada obsta, contudo que sejam utilizados os parâmetros definidos na Lei 6.404/1976 na confecção do contrato social de uma sociedade limitada.

A constituição de uma sociedade no modelo de holding, inicialmente, é como a constituição de qualquer empresa. Para tanto, deve possuir registro na Junta Comercial de seu estatuto/contrato social, CNPJ, bem como todos os outros requisitos para que qualquer empresa seja constituída seguindo a nossa legislação, conforme previsão do art. 967 do Código Civil brasileiro. Esse registro é disciplinado hoje pela Lei 8.934/94 e pelo Decreto 1.800/96. Devemos lembrar aqui que somente para as sociedades empresárias o registro é obrigatório. Essa exigência não se faz àquelas sociedades simples (art. 983 do Código Civil), que deverão ser registradas no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

A Constituição de 1988 veio enfatizar a necessidade de organização e controle. Os Artigos 1º, 5º e 6º surpreendem pela clareza de mostrar uma nova ordem social e um novo ambiente a atuar, novas diretrizes para as estratégias dos anos 90 e os caminhos para os anos 2000. O Artigo 170 da Constituição estabelece, inequivocamente, as bases para novos empreendimentos, e o Artigo 226 veio mostrar o novo relacionamento familiar. Quem leu e entendeu pôde ver quase dez

anos antes as novas oportunidades e nelas a holding tinha o seu lugar destacado no planejamento e no estudo de viabilidades e investimentos em novos negócios. Temas como a sucessão, impostos causa mortis, imposto fortuna, doação são também temas mais fáceis de equacionar, abrigados sob a proteção da holding.

Não se pode esquecer, no entanto, que para enfrentar a globalização e viver ou conviver criativamente com ela é fundamental a instituição da holding.

Com o Código Civil de 2002, Lei 10.406, de 10/1/02, consideramos que a holding é a única possibilidade de proteger a família dos conflitos latentes que há nessa lei. Quando ela fala em sociedade investidora ou estabelece as regras da sucessão propriamente dita, torna-se confusa e, às vezes, até injusta.

Um dos principais documentos que será levado a registro deverá ser o estatuto/contrato social da empresa. Neste termo, a sociedade decide todas as questões que nortearão sua estrutura de funcionamento, bem como o seu tipo societário. A definição do tipo societário escolhido indicará a responsabilidade dos sócios frente aos compromissos assumidos pela empresa, bem como se poderá haver participação ou não de terceiros. Definirá ainda se o seu capital social se repartirá em ações ou quotas e se deverá elaborar um contrato social ou um estatuto social.

Holding, portanto, não é, por si só, um tipo societário, mas sim modelo de sociedade voltada à participação no capital social de outra. Significa ser uma sociedade independente, constituída com essa função específica.

Por fim, devemos levar em consideração alguns importantes fatores, conforme lições de Alexandre Nolasco:

“A escolha do tipo deverá levar em conta inúmeros fatores, como a responsabilização dos sócios com as obrigações da sociedade (no caso da sociedade limitada, a sócio responderá até o limite das do valor do capital social que subscreveu. Naquelas por ações, responderá de acordo com o valor das ações que detêm), questões tributárias, questões procedimentais (os artigos 80 e 81 da Lei 6.404/76 preveem uma série de requisitos preliminares para que uma sociedade anônima constituída, como subscrição por pelo menos duas pessoas; realização de no mínimo 10% do valor das ações e depósito no Banco do Brasil ou em qualquer outro estabelecimento autorizado pela CVM) e questões que levam em conta o *affectio societatis*.” (NOLASCO, Alexandre Linares, 2010, p.84).

Poderão, portanto, ser constituídas como sociedades simples, sociedades limitadas e sociedades anônimas.

Conforme disposição do Código Civil brasileiro, mais precisamente em seu artigo 966, as sociedades simples não constituem atividade empresária.

Segundo Fábio Ulhoa, “atividade empresária será aquela que houver organização da produção voltada ao fornecimento de bens ou serviços por parte do empresário” (COELHO, Fabio Ulhoa, op.cit., p. 126).

A sociedade limitada surgiu devido aos interesses de pequenos e médios empreendedores que queriam se beneficiar, na exploração da atividade econômica, da limitação da responsabilidade, mas sem ter que se submeter às complexas formalidades que esta exige, nem se sujeitar a prévia autorização estatal. Como sociedade limitada, o Gladston Mamede ensina:

“A sociedade simples aproxima-se do conceito de sociedade de pessoas, principalmente nas empresas familiares, sendo de suma importância a questão do affectio societatis. Entretanto, o contrato social poderá delimitar que seja constituída sob forma de sociedade de capital, o que não é comum, já que, na maioria das vezes, o vínculo pessoal existente é relevante.” (MAMEDE, Gladston, op.cit. p. 113).

Por fim, sociedade anônima é aquela constituída por ações, ou seja, seu capital social se divide em inúmeros tipos de ações e seus sócios são conhecidos como acionistas. Estes respondem pelas obrigações sociais até o limite do preço de emissão das ações que possuem. Ação pode ser conceituada como uma espécie de valor mobiliário, ou seja, títulos de créditos impróprios. É o valor mobiliário representativo de uma parcela do capital social da sociedade emissora que atribui ao seu titular a condição de sócio desta.

A sociedade anônima organiza-se e constitui-se através da elaboração do estatuto social, razão pela são conhecidas como estatutárias. Devido à sua complexidade, tem legislação própria. A Lei 6.404/76 prevê as condições para que este tipo societário se forme e se regule.

A criação de uma holding pode ser interessante, principalmente, para o aspecto fiscal e/ou societário, sendo aquele um dos principais objetivos na criação de empresas desse tipo. No aspecto fiscal, os empresários podem estar interessados em uma redução da carga tributária, planejamento sucessório, retorno de capital sob a forma de lucros e dividendos sem tributação.

Já sob o aspecto societário, os objetivos podem ser descritos como, crescimento do grupo, planejamento e controle, administração de todos os

investimentos, aumento de vendas e gerenciamento de interesses societários internos.

Para que uma empresa se torne uma holding, esta deverá receber bens ou direitos para formar o seu capital, e esta integralização poderá ocorrer de duas formas, ou seja, sócio pessoa física e/ou sócio pessoa jurídica.

A holding objetiva solucionar problemas referentes à herança, substituindo em parte declarações testamentárias, podendo indicar especificamente os sucessores da sociedade, sem atrito ou litígios judiciais. Vemos no Novo Código Civil tempestades que virão. A visão da holding é fundamental nesses casos.

Tendo maior facilidade de administração, exerce a Holding maior controle pelo menor custo.

Existem vantagens no aproveitamento da legislação fiscal vigente, apesar dos controles mais rígidos sobre a holding. A maior vantagem nesse campo está principalmente na coordenação empresarial da pessoa física. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, essas vantagens se tornaram maiores e mais sutis.

Procura dar uma melhor administração de bens móveis e imóveis, visando principalmente resguardar o patrimônio da operadora, finalidade hoje muito procurada para evitar conflitos sucessórios.

Problemas pessoais ou familiares não afetam diretamente as operadoras. Em caso de divergências entre parentes ou espólios, será ela que decidirá sobre as diretrizes a serem seguidas. Ela age como unidade jurídica e não como pessoas físicas emocionadas.

Ela é substituta da pessoa física, agindo como sócia ou acionista de outra empresa, evitando dessa maneira que a pessoa física fique exposta inutilmente, evitando sequestros, roubos e uma série de outros elementos inconvenientes, desde que não haja ostentação de riqueza das pessoas físicas envolvidas. Pode também ser sócia da própria pessoa física.

A holding será também uma prestadora de serviços, e sendo uma Sociedade Simples Limitada não estará sujeita à lei de falência. Como a holding é quase a própria pessoa de seus sócios, ela deverá agir como tal.

A holding precisa ser discreta e seu perfil deve ser aparentemente baixo.

A holding atende também a qualquer problema de ordem pessoal ou social, podendo equacionar uma série de conveniências de seus criadores, tais como: casamentos, desquites, separação de bens, comunhão de bens, autorização do cônjuge em venda de imóveis, procurações, disposições de última vontade, reconhecimento a funcionários de longa data, amparo a filhos e empregados. A cada tipo de problema existe um tipo de holding, aliada a outros documentos que poderão suprir necessidades humanas, apresentando soluções legais em diversas formas societárias.

Apresenta-se como uma medida preventiva e econômica, com o objetivo de ser processada a antecipação da legítima, o controlador doará aos herdeiros as suas quotas da Holding Pessoal, gravadas com cláusula de usufruto vitalício em favor do doador, além das cláusulas de impenhorabilidade, incomunicabilidade, reversão e inalienabilidade.

Segundo dispõe o Código Civil, art. 1.171, "a doação dos pais aos filhos importa adiantamento da legítima", dessa forma poderá o doador dispor de 50% de seus bens, sendo que os outros 50% pertencem a meação do cônjuge (quando o regime de casamento, se for o caso, assim o determinar). Caso a vontade das partes seja doar todos os bens do casal, faz-se necessária a anuência expressa de ambos.

Para viabilizar a doação será necessário respeitar os seguintes requisitos:

Todos os herdeiros necessários (dois filhos do casal) devem receber igualmente seus quinhões para que se evite no futuro questionamentos ou pedido de nulidade da instituição da Holding, gerando dessa maneira insegurança no seio familiar, o que de fato se pretende minimizar ou extinguir.

Deverá ser estabelecida cláusula de usufruto vitalício para o doador, a fim de preservar sua subsistência, bem como conservar seu poder de decisão nos negócios.

O patriarca após a doação das quotas irá se instituir na sociedade como usufrutuário e administrador, permanecendo até a sua morte no total controle do patrimônio pertencente a Holding Patrimonial. Todo ato que envolva a sociedade constituída necessitará obrigatoriamente de sua anuência, sendo inválido qualquer ato praticado pelos herdeiros sem sua autorização. Antes da ocorrência de sua

morte é como se nenhuma doação estivesse ocorrido, visto que o patriarca efetuou, tão somente, a doação da nua-propriedade das quotas.

A doação não pode reduzir o doador ao estado de insolvência, o que causaria prejuízo aos seus credores, que poderiam promover a anulação do contrato de doação (fraude contra credores - art. 106 do Código Civil); essa nulidade estaria ilidida com a reserva de usufruto para o doador, como disposto acima.

O doador pode estabelecer que os bens voltem ao seu patrimônio, se sobrevier ao donatário - cláusula de reversão - (art. 1.174 do Código Civil), mantendo dessa forma o controle do patrimônio quando em vida.

O doador pode estipular cláusula de inalienabilidade - impedindo que o herdeiro necessário disponha desses bens; cláusula de impenhorabilidade - os bens não serão garantia das dívidas assumidas pelos herdeiros, no entanto continuarão como garantia das obrigações assumidas pela holding; cláusula de incomunicabilidade - os bens não serão comuns em razão de posterior casamento dos herdeiros necessários.

Importa salientar, que qualquer nulidade da doação somente poderá ser arguida por herdeiro necessário ou por terceiro, desde que prejudicado.

Essas medidas buscam evitar a eventual disputa familiar, que comumente ocorre no futuro, no momento da partilha; proporcionar a continuidade dos negócios, segregando as ingerências dos parentes; proteger o patrimônio dos herdeiros e preservar os bens perante os negócios da Sociedade.

Ademais, o planejamento sucessório quando utilizado para transmissão da herança "em vida" por parte do empreendedor, tem como um dos seus principais atrativos a eliminação da carga tributária que normalmente incide quando da abertura da sucessão através da morte.

2.1 VANTAGENS DA CONSTITUIÇÃO DE UMA HOLDING PATRIMONIAL

Desde a constituição de uma Holding Familiar, os envolvidos perceberão algumas vantagens, sendo a primeira na integralização do capital social.

O benefício mais relevante é a possibilidade de integralizar o capital por meio direitos ou de bens móveis ou ainda imóveis com os valores constantes na

Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física. Existe, inclusive, a alternativa de atualizar os valores aduzidos na citada Declaração a valores de mercado atuais.

O capital social da Holding Patrimonial será composto mediante integralização de bens imóveis pertencentes ao patriarca. A propriedade dos imóveis será transferida para a sociedade no momento da constituição da empresa. Os bens móveis, como automóveis, por exemplo, não são recomendados para a integralização, pois essa categoria de bens possui uma elevada taxa de depreciação e risco de envolvimento em acidentes ensejando a responsabilidade civil o que geraria o dever de indenização por parte da holding em consonância com o artigo 927 do nosso Código Civil.

Se a entrega dos bens for feita por meio do valor constante da Declaração de Bens, a pessoa física deverá lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se lhes aplicando as regras de distribuição disfarçada de lucros, resultando, desta forma, a vantagem primeira.

Os imóveis que foram adquiridos ainda na planta e de maneira parcelada junto as construtoras, poderão ser integralizados no capital social da Holding Patrimonial mesmo sem possuírem a matrícula definitiva, ou seja, poderão ser integralizados somente com o contrato de compromisso de compra e venda firmado com a construtora.

Para essa integralização deverá estar no corpo do contrato social a descrição do imóvel presente no compromisso de compra e venda. O valor do imóvel para a integralização será o valor das parcelas pagas até o momento da constituição da empresa, e não o valor total do contrato de compromisso de compra e venda.

Nesta toada, importante ressaltar a taxa de transferência de direitos prevista no contrato. Para a integralização do imóvel no capital social da Holding Patrimonial as construtoras poderão exigir o pagamento dessa taxa que varia de 2% a 5% do valor total do contrato.

Todavia, através de um contato amistoso com a construtora possível que a mesma não coloque nenhum óbice sobre a transferência e conseqüentemente não exigirá o pagamento da taxa, haja vista que o imóvel estará passando a ser de

propriedade da Holding Patrimonial diminuindo o risco de inadimplemento e consequentemente aumento suas garantias de recebimento do valor pactuado.

Em se tratando, ainda, de integralização por meio de bens imóveis ou direitos reais sobre esses, após o arquivamento perante a Junta Comercial o contrato social deverá ser levado, juntamente com a guia de isenção ou recolhimento do ITBI perante os Cartórios de Registro de Imóveis para ser promovida a averbação transmitindo a titularidade dos bens imóveis para a sociedade.

Nesse momento a regra aplicável a situação é a prevista na Lei 8.934/94, art. 64, sendo o próprio contrato social documento hábil para efetuar o registro.

Art. 64. A certidão dos atos de constituição e de alteração de sociedades mercantis, passada pelas juntas comerciais em que foram arquivados, será o documento hábil para a transferência, por transcrição no registro público competente, dos bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação ou aumento do capital social.

Todavia, há Cartórios que entendem de maneira diversa dessa regra, e no momento do registro exigem que seja lavrada uma escritura pública com base no artigo 108 do Código Civil, alegando que a lavratura da escritura pública é essencial à validade do negócio.

Ao analisar a regra do artigo 108 é totalmente incabível esse entendimento dos Cartórios, visto que na primeira parte do aludido artigo diz expressamente “não dispondo lei e contrário”, condição que não ocorre, pois existe a Lei 8.934/94 regramdo expressamente condição diversa.

Destarte, não paira dúvidas quanto à aplicabilidade do Artigo 64 da Lei 8.934/94 sendo tão somente o contrato social documento hábil para a transferência de bens para o capital social, não podendo os Cartórios exigirem a expedição da escritura pública nem a atualização do bem para o valor de mercado.

Dentre as vantagens, tanto na seara Tributária, Civil, ou ainda de Sucessões, é possível se elencar:

a redução da carga tributária sobre os rendimentos – comparativamente do IRPF ao IRPJ, e pela escolha por recolher pelo lucro presumido;

substancial redução tributária do ITCMD na sucessão, se realizada a transferência de quotas com reserva de usufruto em vida;

a possibilidade da preservação do patrimônio perante credores; e por fim o planejamento sucessório, dada a maior facilidade no arrolamento de quotas ou ações em inventários, comparativamente ao arrolamento de bens.

2.1.1 Vantagens Tributárias

De início, é de fundamental importância frisar que é vedada às Holdings em geral a opção pelo regime tributário do Simples Nacional.

Dentre as vantagens tributárias, a maior é a possibilidade de adoção da tributação com base no lucro presumido no IRPJ1[1].

No que tange a constituição de holdings, a exigência legal para a adoção do regime de lucro real engloba receitas anuais maiores de 78 milhões de reais e que tenham obtido ganho de capital no exterior[2]

Ao optar pelo regime de lucro presumido, as alíquotas do IRPJ incidem sobre as receitas com base em uma presunção variável de lucratividade, oscilando entre 1,6 a 32 por cento do faturamento [3], a depender da atividade empresarial.

Partindo dessa premissa, a opção contábil pela tributação sobre o lucro presumido é vantajosa para empresas com margens de lucratividade superior ao presumido, já que é possível utilizar-se, contabilmente, do lucro presumido se o lucro efetivo verificado no período for maior que este, cuja margem foi legalmente delimitada.

2.1.1.1 IRPJ - Imposto de Renda da Pessoa Jurídica

No que tange a este tributo a alíquota imposta é de 15% sobre as receitas oriundas de locações. Esse percentual será aplicado na base de cálculo de 32% sobre a receita bruta apurada. Essa regra está inserida no artigo 8º da Instrução Normativa SRF nº 93/1997. Destarte, levando em consideração que a alíquota é de 15% sobre a base de cálculo de 32% sobre a receita bruta, o custo tributário final é de 4,80%.

Diante da diretriz do ente tributante de que a Holding Patrimonial tem a incidência de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, PIS e COFINS, a tributação

das receitas pela pessoa jurídica é extremamente vantajosa em comparação com a tributação das receitas operadas pela pessoa física.

Cabe explicitar que artigo 4º da Lei nº 9.430/96, dispõe que a parcela do lucro real, presumido ou arbitrado, que exceder o valor resultante da multiplicação de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelo número de meses do respectivo período de apuração estará sujeita a incidência de adicional do imposto de renda à alíquota de 10%. Sendo assim, a Holding Patrimonial que auferir o lucro mensal superior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ao mês, ou superior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil) no trimestre terá que apurar o adicional. Todavia os 10% irão incidir tão somente sobre o montante que ultrapassar o limite estabelecido.

Os valores pagos a sócios ou acionistas ou a titular de empresa tributada pelo lucro presumido, a título de lucros ou dividendos, ficam isentos do imposto de renda, independentemente de apuração contábil, até o valor da base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica (IRPJ), deduzido do IRPJ (inclusive o adicional, quando devido), da contribuição social sobre o lucro, do PIS e da Cofins devidos, desde que a distribuição ocorra após o encerramento do trimestre de apuração.

Se a empresa mantiver escrituração contábil e apurar lucro líquido (após a dedução do IRPJ devido) de valor superior ao determinado na forma anterior, a totalidade do lucro líquido contábil poderá ser distribuída sem incidência do imposto, observada a restrição informada.

Entretanto, se o lucro líquido apurado contabilmente for inferior ao valor determinado de acordo com as regras focalizadas no item anterior, prevalecerá a isenção sobre a distribuição de lucro presumido líquido do imposto e das contribuições devidos.

2.1.1.2 CSLL -Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido

Quando a empresa, no caso a Holding Familiar, opta pelo lucro presumido a alíquota da CSLL é de 9%, que será aplicada sobre a base de cálculo de 32%, na inteligência das regras contidas nos artigos 3º e 31 da Instrução Normativa SRF nº 390/2004.

Considerando que a base de cálculo de 32% das receitas auferidas no período será tributada pela alíquota de 9% relativamente à CSLL, o custo tributário final é de 2,88%.

2.1.1.3 PIS e COFINS

Na carga tributária da Holding Patrimonial também incidirá a tributação de PIS com a sua alíquota fixada em 0,65% sobre a receita bruta, conforme regra dos artigos 2º e 3º da Lei Nº 9.718/1998, e COFINS, com a alíquota fixada em 3% também sobre a receita bruta, consonante regra dos mesmos artigos citados.

Na hipótese de a Holding Familiar locar seus imóveis a terceiros ela terá seus rendimentos tributados pela alíquota de 11,33%. Já em caso da tributação incidente sobre as receitas de aluguéis auferidas por pessoas físicas importante mencionar que se deve observar a Tabela Progressiva da Secretaria da Receita Federal. A alíquota para pessoas física poderá atingir o impressionante percentual de 27,5.

2.1.1.4 Ganho de capital na alienação de imóveis

Preliminarmente, é imperioso ressaltar que, consoante regra dos artigos 138 e 142 do Decreto nº 3000/1999, a carga tributária para pessoas físicas na ocorrência da alienação de um imóvel será de 15% sobre o ganho de capital auferido, ou seja, o valor da venda subtraído do valor informado na Declaração de Imposto de Renda, quer seja pela compra ou futuras atualizações pelo valor mercadológico.

Já, a Holding Patrimonial, tem uma carga tributária na venda de um imóvel que terá o custo tributário final de 5,93%, mais o adicional que se chegará a uma dízima periódica de aproximadamente 6,73% sobre o valor total da alienação, e não sobre o ganho de capital propriamente dito, como na tributação da pessoa física.

2.1.1.5 Redução tributária durante a sucessão

A maior vantagem tributária relativamente à tributação do ITCMD em doação de quotas com reserva de usufruto consiste na separação do recolhimento do imposto, no qual a base de cálculo inicial será tributado sem nova avaliação por parte da Fazenda, logo recolhido pelo valor das quotas objeto de doação, na forma dos imóveis integralizados no capital social, ressaltando-se, sem atualização para o valor atual de mercado.

O ITCMD é um imposto de competência Estadual, concernente a doação e Causa Mortis. O ITCMD tem como fato gerador a transmissão de quaisquer bens ou direitos mediante Causa Mortis ou doação. Logo, vale frisar que o ITCMD irá incidir sobre a doação de quotas com reserva de usufruto na Holding Patrimonial. Todavia com a constituição de uma Holding Patrimonial, a sucessão é realizada ainda em vida, reduzindo e eliminando os impostos de um futuro processo de inventário.

Na doação de quotas com reserva de usufruto, a tributação do ITCMD é segregada, sendo o recolhimento feito em dois momentos. No primeiro momento o recolhimento será feito na instituição do usufruto, ou seja, na doação das quotas da Holding Patrimonial; já no segundo momento, o recolhimento se dará na extinção do usufruto, na ocorrência da Causa Mortis. Caso seja o desejo da família o ITCMD poderá ser recolhido de forma integral, se protegendo de eventual incerteza tributária, haja vista que alíquota aplicada será a do momento da doação.

Em comparação com o processo de inventário, caso o patrimônio esteja em nome da pessoa física, na ocorrência da Causa Mortis o espólio será reavaliado pelo Estado e tributado sobre o valor de mercado, sendo o recolhimento do ITCMD pago integralmente nesse momento, gerando desta maneira uma alta carga tributária, tendo a incidência da Taxa Judiciária e dos honorários advocatícios.

Trançando um paralelo ao tradicional processo de inventário, caso o patrimônio esteja registrado na pessoa física, ocasião em que o recolhimento do ITCMD Causa Mortis, o espólio será reavaliado pela Fazenda e tributado no valor de mercado, tal que o ITCMD é integralmente pago no ato, gerando maior carga tributária, além da incidência dos honorários advocatícios e da Taxa Judiciária.

2.2 DESVANTAGENS DA CONSTITUIÇÃO DE UMA HOLDING PATRIMONIAL

Após tratar-se das vantagens da Holding, serão abordadas, agora, suas principais desvantagens. Serão aproveitados, novamente, os preciosos ensinamentos do professor Djalma de Pinho Rebouças Oliveira, que ao apontar as maiores desvantagens da holding, segrega-os por aspectos: financeiros, administrativos, legais e societários. Ressalte-se que serão demonstradas as desvantagens genéricas da Holding, ou seja, de suas várias espécies, não se limitando apenas à holding patrimonial (familiar).

No tocante aos aspectos financeiros, salienta o professor que as principais desvantagens são as de a Holding não poder usar prejuízos fiscais (no caso de holding pura); ter maior carga tributária se não existir adequado planejamento fiscal (inclusive opção pelo lucro real ou presumido, conforme veremos adiante); ter tributação de ganho de capital na venda de participações; ter maior volume de despesas com funções centralizadas, o que pode provocar problemas dos sistemas de rateio; e ter imediata compensação de lucros e perdas das investidas, pela equivalência patrimonial (no caso de holding controladora, por exemplo).

Quanto aos aspectos administrativos, deve-se considerar a ocorrência das seguintes desvantagens: ter elevada quantidade de níveis hierárquicos, o que aumenta o risco inerente à qualidade e agilidade do processo decisório (no caso de holding controladora); e não ter adequado nível de motivação nos diversos níveis hierárquicos, pela perda de responsabilidade e autoridade, provocado pela maior centralização do processo decisório.

Quanto aos aspectos legais, os principais aspectos a serem considerados são: dificuldades em operacionalizar os tratamentos diferenciados dos diversos setores da economia; e ter problemas em operacionalizar as diversas situações provocadas pelas diferenças regionais.

Quanto aos aspectos societários, assevera o professor que a principal desvantagem que pode ocorrer é consolidação do tratamento dos aspectos familiares "entre quatro paredes", criando uma situação irreversível e altamente problemática.

Pelo exposto, pode-se perceber que as vantagens trazidas pela Holding superam em muito as desvantagens, notadamente quando se trata de uma holding patrimonial (familiar), na qual não se aplica boa parte das desvantagens acima descritas.

Dentre as desvantagens é possível citar:

o recolhimento do ITBI quando da constituição da sociedade, a depender de seu objeto social,

necessidade um planejamento societário e estrutura societária que permita a continuidade da holding;

a possibilidade da aplicação da norma geral antielisão (Lei Complementar 104/2001).

inconveniências da criação da holding é no pagamento de juros sobre o capital próprio. Isso porque a sua dedutibilidade está limitada à metade do lucro do próprio período de apuração ou metade da soma de reservas de lucros e lucros acumulados. Além disso, o cálculo é feito com base no montante do patrimônio líquido.

Chama-se a atenção para o fato de que esses juros são tributados na fonte, à alíquota de 15%. Se o beneficiário for residente ou domiciliado em paraíso fiscal, o IRRF será devido à alíquota de 25%.

Se a holding não conseguir pagar ou creditar a totalidade de juros sobre o capital recebido, sobre a diferença pagará o imposto de renda e a CSLL.

2.2.1 Tributos incidentes

Inicialmente, insta frisar que o ITBI não é cabível na constituição de Holding Patrimonial pois há imunidade constitucional quando não envolver locação [5]. Assim, deverá ser analisado no caso concreto a necessidade do exercício de atividade de locação para que haja lucro sobre os bens integralizados na Holding.

Por certo, de se considerar que, por vezes, mesmo com a incidência do ITBI ao se transferir o patrimônio para a Holding, a operação é vantajosa, pois, com a tributação total cobrada da pessoa física, o valor pago de ITBI será compensado

em poucos meses, com a redução do pagamento de IRPJ- Imposto de Renda Pessoa Jurídica.

3 PLANEJAMENTO SOCIETÁRIO

Por óbvio, resta claro que a constituição de uma pessoa jurídica como Holding Patrimonial implica no gerenciamento societário da entidade. Assim sendo, a eleição por uma pessoa jurídica por cotas de responsabilidade limitada, Sociedade Anônima ou até EIRELI, traz consigo toda a burocracia inerente à essas espécies de sociedade, quer seja na redação, registro, recolhimento de emolumentos incidentes do registro e depósito de atos societários nos órgãos competentes. A opção por um sistema de sociedade anônima, também implica em prazos costumeiramente mais dilatados, bem como na publicidade das finanças em jornais ou editais, o que pode não ser conveniente no caso, por ser nitidamente mais onerosa.

De forma geral, as empresas holding são classificadas como:

a) Holding Pura: quando de seu objetivo social conste somente a participação no capital de outras sociedades, isto é, uma empresa que, tendo como atividade única manter ações de outras companhias, as controla sem distinção de local, podendo transferir sua sede social com grande facilidade.

b) Holding Mista: quando, além da participação, ela exerce a exploração de alguma atividade empresarial. Na visão brasileira, por questões fiscais e administrativas, esse tipo do holding é a mais usada, prestando serviços civis ou eventualmente comerciais, mas nunca industriais. Diante dessa afirmação é necessário, como veremos adiante, estabelecer se a holding deverá ser uma Sociedade Simples Limitada ou simplesmente uma Limitada, porém só excepcionalmente uma Sociedade por ações.

A doutrina aponta, ainda, outras classificações para as empresas holding (tais como: holding administrativa, holding de controle, holding de participação, holding familiar etc.)

Entre esses tipos é muito conhecido a holding familiar, que apresenta grande utilidade na concentração patrimonial e facilita a sucessão hereditária e a administração dos bens, garantindo a continuidade sucessória.

4 NORMA GERAL ANTIELISÃO

Com o advento da vigência da Lei Complementar 104 de 2001, que inseriu o artigo 116 ao Código Tributário Nacional, instituiu-se a norma geral antielisão [6].

Ela prevê a possibilidade de a autoridade administrativa desconsiderar atos ou negócios jurídicos, como é o caso da constituição da Holding Patrimonial, caso haja finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador do tributo.

Cumpra aqui lembrar que tal norma, ainda que presente no ordenamento tributário, não entrou em vigência, eis que necessária a regulamentação do dispositivo em tela por meio de Lei Ordinária.

Ocorre ainda, que a norma aqui relatada tem interpretação diversa por doutrinadores, como vê-se no seguimento.

Dessa forma, analisando a natureza deste dispositivo legal, verifica-se que não se trata de uma norma geral antielisiva, mas sim abre a possibilidade de um confronto às práticas de atos simulados, em fraude a lei ou abuso do direito, formas que configuram, de acordo com a classificação de Heleno Tôrres, como elusão tributária, devendo, o referido dispositivo normativo, ser entendido como norma que visa combater condutas elusivas praticadas pelo Contribuinte.

Nessa seara, há que diferenciar elisão tributária aqui proposta de elusão tributária, assim sendo, temos:

A Elisão consiste na prática de atos lícitos para a economia de tributos, onde é anterior a incidência tributária.

Segundo SABBAG (2013, p. 2020) esta tem o objetivo de impedir a ocorrência de um determinado fato gerador sendo por exclusão do contribuinte ou somente pela redução do montante tributário a ser pago, referindo-se as condutas lícitas do planejamento do imposto ou economia deste.

MACHADO (2004, p. 132) explica que é o ato de supressão do imposto, ou seja, é o ato de elidir ou eliminar o imposto. Elisão segundo MACHADO, ao contrário da definição de outros autores, é um ato ilícito, justamente por tentar eliminar um tributo.

ALEXANDRE (2010, p. 287), fala de hipóteses em que poderá ocorrer elisão, após a ocorrência do fato gerador, tais como: O momento da declaração do imposto de renda de pessoa física, onde este na hora de declarar o seu imposto, poderá escolher entre o modelo mais simples e o mais completo, onde no primeiro terá a sua redução de 20%, até um determinado limite.

No mesmo sentido TORRES (2012, p. 8), fala que a elisão pode ser tanto lícita quanto ilícita, onde a primeira consiste em planejamento fiscal existente, enquanto que a ilícita consiste em planejamento fiscal abusivo.

Onde, no caso de elisão lícita, se trata da economia de imposto através da interpretação da lei tributária, enquanto que na ilícita, é a economia do imposto através de um ato revestido de forma jurídica em que não se baseia na lei tributária, ou em seus princípios.

Ou seja, a elisão, de acordo com a doutrina, ocorre antes da ocorrência do fato gerador, e pode ser tanto lícita, onde obedece o que está descrito na lei tributária e a ilícita que se trata de abuso de forma, onde outros doutrinadores a definem mais para frente como elusão.

De outra banda a referida elusão é assim conceituada:

Elusão fiscal, segundo ALEXANDRE (2010, p. 287) é uma forma que aparentemente não se trata de uma forma ilícita de isenção de tributo, mas adota-se meios artificiosos e atípicos, para não pagá-lo, também conhecido como elisão ineficaz, pois possibilitaria que o fisco descobrisse a ação e lançasse o tributo que era para ser isento.

A elusão fiscal é quando o contribuinte simula determinado negócio jurídico, com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador, assim sendo, é considerado pela doutrina como o abuso das formas, pois conforme dito acima, o sujeito adota uma conduta atípica, mas artificiosa.

Este tipo de conduta ocorre muito como ITBI, onde o artigo 156 §2º inciso 1º CF diz o seguinte:

§ 2º - O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa

jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

Este parágrafo confere a incorporação de bens e direitos da pessoa jurídica.

Ou seja, trata-se de uma conduta ilícita mas com abuso de forma.

A dissolução da holding, voluntariamente (por deliberação dos sócios), pelo término do prazo de sua duração (quando determinado no estatuto ou contrato social) ou por determinação judicial, submete-se às normas comuns de dissolução de sociedades.

Importa observar que, tão logo dissolvida, a sociedade entra em processo de liquidação, que é o conjunto de atos destinados a realizar o Ativo, pagar o passivo e destinar o saldo que restar, mediante partilha, aos sócios ou acionistas.

É possível, também, nas condições legalmente estabelecidas, que, depois de pago ou garantido aos credores, o ativo remanescente seja partilhado entre os sócios ou acionistas, com a atribuição de bens, pelo valor contábil ou de mercado ou outro fixado (pela Assembleia Geral, no caso de Sociedade Anônima ou de comum acordo pelos sócios, nas sociedades limitadas).

Na extinção de holding, se o valor do capital social for igual ao dos bens do ativo, não há nenhuma tributação porque o art. 419 do RIR/99 dispõe o seguinte:

Artigo. 419. Os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem transferidos ao titular ou a sócio ou acionista, a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

A redução do capital antes de decorridos cinco anos contados da data de capitalização de lucros apurados em 1994 e 1995 tem tributação na fonte de 15%, mas é difícil uma holding estar nessa situação. A distribuição de lucros apurados no período de 1989 a 1993 e a partir de 01-01-96 não tem nenhuma tributação na fonte ou na declaração dos beneficiários.

Se a holding tiver deságio na conta de Investimentos, na extinção ocorrerá a baixa do investimento com realização do deságio que será computado na

determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, ainda que tenha sido amortizado na contabilidade.

5 ANÁLISE DA VIABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO DE HOLDING FAMILIAR PATRIMONIAL

Em suma podemos concluir que:

É a solução da pessoa física, ou seja, a pessoa física é efêmera, a pessoa jurídica transcende gerações. A pessoa física morre. A pessoa jurídica pode ser mal administrada. Enquanto para a morte que atinge a pessoa física não há solução, para a má administração mudam-se os administradores. A holding é a solução para as transferências necessárias e a maior longevidade do grupo societário.

Diante dessa análise, salientamos que o sucesso da holding está ligado aos recursos estratégicos compatíveis, encarar profissionalmente os fatos, preocupar-se com os resultados internos e liderar apropriadamente o seu grupo familiar, possibilitando assim a boa gestão empresarial, tudo isso é mais que um conceito de holding, é a própria holding.

Diante disso, consideramos, então, a holding como uma solução mais voltada para a pessoa física e uma complementação técnica e administrativa para a pessoa jurídica.

Considerando o acima asseverado, nota-se a vantagem da constituição de uma Holding Patrimonial devido aos benefícios de uma Holding Patrimonial será constituída mediante a integralização de imóveis no capital social ocorrendo posteriormente a divisão do patrimônio mediante doação de quotas para os herdeiros. Os patriarcas figurarão como usufrutuários e administradores da sociedade e possuirão o total controle sobre o patrimônio. Antes das suas mortes é como se não existissem nenhuma doação, pois os herdeiros serão possuidores somente da sua propriedade das quotas sociais recebidas em doação.

No tocante a redução da carga tributária a Holding Patrimonial irá propiciar amplos benefícios no pagamento do Imposto de Renda sobre as receitas auferidas pela locação e venda de imóveis, pois suas alíquotas serão infinitamente

mais vantajosas que a tributação das pessoas físicas. Na Holding Patrimonial a alíquota é de 11,33%. Já para pessoas físicas a alíquota é de 27,5%.

Na alienação de imóveis a constituição da Holding Patrimonial propiciará outro benefício, haja vista que a alíquota aplicável sobre o ganho de capital será de 6,73% sobre o valor total da venda. Já para imóveis alienados por pessoas físicas a alíquota de ganho de capital é de 15% sobre o valor real ganho, ou seja, o valor anteriormente declarado na DIRPF subtraído o valor atual da alienação.

Já o planejamento sucessório elaborado mediante constituição de uma Holding Patrimonial trará enormes benefícios na seara familiar, evitando a dilapidação do patrimônio, reduzindo os custos, os litígios e a demora de um processo de inventário, que dependendo do patrimônio inventariado poderá se arrastar por anos perante o Poder Judiciário. Com a constituição da Holding Patrimonial, o recolhimento do ITCMD será feito de maneira segregada.

Por derradeiro, diante de tudo o que foi exposto a constituição de uma Holding Patrimonial é uma ferramenta extremamente viável e necessária no mundo atual, pois trará mecanismos e cláusulas que visam evitar a dilapidação do patrimônio, bem como irá proporcionar uma redução na carga tributária, possibilitando ainda a sucessão hereditária inter vivos, evitando os gastos exorbitantes advindos do processo de inventário.

Notas

[1] Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998. Art. 13. A pessoa jurídica cuja receita bruta total no ano calendário anterior tenha sido igual ou inferior a R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) ou a R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais) multiplicado pelo número de meses de atividade, quando inferior a 12 meses, tem opção de optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido.

§ 1º A opção pela tributação com base no lucro presumido será definitiva em relação ao todo o ano-calendário.

§ 2º Relativamente aos limites estabelecidos neste artigo, a receita bruta auferida no ano anterior será considerada segundo o regime de competência ou caixa, observado o critério adotado pela pessoa jurídica, caso tenha, naquele ano, optado pela tributação com base no lucro presumido.

[2] Art. 14. Estão obrigadas à apuração do lucro real as pessoas jurídicas:

I - cuja receita total no ano-calendário anterior seja superior ao limite de R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) ou proporcional ao número de meses do período, quando inferior a 12 (doze) meses; (Vide parágrafo único do art. 9º, da Lei nº 12.814/2013)

II - cujas atividades sejam de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização e entidades de previdência privada aberta;

III - que tiverem lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior;

IV - que, autorizadas pela legislação tributária, usufruam de benefícios fiscais relativos à isenção ou redução do imposto;

V - que, no decorrer do ano-calendário, tenham efetuado pagamento mensal pelo regime de estimativa, na forma do art. 2º da Lei nº 9.430, de 1996 ;

VI - que explorem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring).

VII - que explorem as atividades de securitização de créditos imobiliários, financeiros e do agronegócio. (Vide Lei nº 12.249/2010, art. 139, inc I, d)

[3]

http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/dipj/2000/orientacoes/determinacao_lucropresumido.htm

[4] Código Civil. Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

[5] Constituição Federal. Art. 156 (...) § 2º - O imposto previsto no inciso II: I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou

direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

[6] Código Tributário Nacional. Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos

(...)Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

(IN)EXEQUIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PRESCRITO E A RESTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Samara Patricio Figuerêdo¹
José Gomes de Lima Neto²

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar as implicações da extinção do crédito tributário prescrito, com ênfase, quanto aos efeitos liberatórios do vínculo obrigacional tributário e, no caso de indébito tributário, a sua possível restituição. A prescrição no direito tributário é alvo de muitas divergências tanto doutrinárias como jurisprudenciais. Para tanto, foi iniciada a abordagem delineando os conceitos de obrigação tributária, lançamento tributário, crédito tributário e um enfoque neste quanto a sua exequibilidade quando prescrito, temas fundamentais para o nivelamento das informações. Como metodologia de pesquisa utilizou-se a bibliográfica-descritiva e jurisprudencial com emprego do método indutivo de abordagem. Os resultados da pesquisa sugerem que, os efeitos extintivos do crédito fiscal prescrito, à teor do artigo 156, inciso V do CTN, constitui-se como uma forma de efetivar a segurança jurídica, que comina no mister de consolidar a certeza da possibilidade de desvinculação obrigacional tributária como pressuposto de estabilização das relações jurídicas.

Palavras-chaves: Prescrição. Crédito Tributário. Extinção. Indébito. Restituição.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the implications of the extinction of the prescribed tax credit, with emphasis on the liberating effects of the tax obligatory bond and, in the case of tax liability, its possible restitution. The prescription in the tax law is the object of many divergences, both doctrinal and jurisprudential. To do so, the approach was started outlining the concepts of tax obligation, tax launch, tax credit and a focus on this as its feasibility when prescribed, key issues for the leveling of information. As a research methodology, the bibliographic-descriptive and jurisprudential were used using the inductive method of approach. The results of the research suggest that the extinction effects of the prescribed tax credit, according to the content of article 156, item V of the CTN, is a way of achieving legal certainty, which consolidates the certainty of the possibility of untying as a prerequisite for the stabilization of legal relations.

Key words: Prescription. Tax Credit. Extinction. Not debt. Restitution.

1. INTRODUÇÃO.

O presente artigo visa à análise dos efeitos da prescrição tributária nos vários aspectos do sistema de gerenciamento de créditos da Administração Pública, em especial, no que tange a possibilidade ou não de restituição do montante pago

¹ Discente UNIESP.

² Docente UNIESP.

indevidamente pelo contribuinte ou responsável legais a título de créditos fiscais prescritos.

O crédito tributário representa o direito exercido pelo sujeito ativo de cobrar valor correspondente ao vínculo obrigacional fiscal concretizado, isto é, traduz-se em obrigação tributária líquida, certa e exigível após ato de lançamento. O Código Tributário Nacional (CTN) em seu corpo não trouxe definição para o crédito tributário, apenas afirma que “o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta” (art. 139, CTN).

O instituto da prescrição, no âmbito jurídico tributário, configura prazo ofertado por lei pelo qual a Fazenda Pública deverá ter observância no momento do exercício da pretensão executiva de seus créditos, sob pena de perder o direito de cobrá-los, em outras palavras, é um limitador temporal que serve como controle de eficiência para o serviço público, além de impedir a perpetuação das lides no mundo, solidificando a segurança jurídica no sistema de normas brasileiro.

Ao analisarmos situações distintas que por configurarem a constituição definitiva do crédito fiscal ou a criação de óbice para a sua exigibilidade, deflagraram questões afetas ao pagamento de créditos públicos, principalmente os abarcados pelo fenômeno da prescrição, conjecturando assim, a possibilidade de restituição do indébito, vez que depreende-se do artigo 156, V do CTN, que a prescrição fomenta em extinção do crédito fiscal.

Diante disso, surge desalinhos na doutrina e na jurisprudência quanto aos efeitos que seriam gerados pela extinção do crédito fiscal: a prescrição extinguirá a pretensão e o próprio crédito tributário ou extinguirá a pretensão, mas sem atingir o direito em si.

O artigo terá como função precípua analisar quais os efeitos que o instituto da prescrição fomentará na seara tributária, a fim de tutelar os interesses socioeconômicos do sujeito passivo da relação jurídica obrigacional fiscal, como também, impedir a afetação na Ordem pública por um período incerto, em outras palavras, pretende-se demonstrar que a prescrição visa evitar que o direito de exação do Fisco perca eternamente em desfavor do contribuinte.

O direito tributário é o ramo do direito público que requer observância a tipicidade de suas normas, deste modo, torna-se evidente a possibilidade de

restituição da verba paga equivocadamente para solver débito tributário prescrito, justificando-se em razão do sistema de normas jurídicas brasileira que veda qualquer forma de violação ao princípio do enriquecimento ilícito, da legalidade e da tipicidade.

Dessa forma, é de suma importância a análise do tema proposto, tendo em vista as inúmeras divergências tanto doutrinárias como jurisprudenciais sobre as implicações da extinção do crédito tributário prescrito e os efeitos liberatórios do vínculo obrigacional tributário, vez que é uma forma efetivar a segurança jurídica em nosso ordenamento jurídico, fomentando na consolidação da certeza de desvinculação obrigacional tributária como pressuposto de estabilização das relações jurídicas fiscais e, nos casos de indébito tributário, a sua possível restituição.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, FATO GERADOR E CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Ao analisarmos no mundo fático uma circunstância definida em lei como fato gerador do tributo, surge a obrigação tributária, esta consiste em uma formalização da relação jurídica obrigacional tributária, entre o sujeito ativo (Estado) e o sujeito passivo (particular, contribuinte ou responsável) tendo por objeto uma prestação principal e/ou acessória, fomentada em razão da transformação da hipótese de incidência, previsão *in abstracto*, com a ocorrência do fato gerador, em algo concreto.

Diante disso, tornou-se necessário, através de um procedimento administrativo, ato vinculado, denominado lançamento, à teor do artigo 142 do Código Tributário Nacional - CTN, para verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação e definir a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo, e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Constituindo, assim, o crédito tributário e conferindo-lhe os critérios de certeza, liquidez e exigibilidade, trinômio que abre espaço para a exequibilidade do crédito tributário.

Nesse passo, diz-se, de acordo com Eduardo Sabbag (2014, p. 789):

Com efeito, o lançamento é um instrumento que confere exigibilidade à obrigação tributária, quantificando-a (aferição do *quantum debeat*) e qualificando-a (identificação do *na debeat*). Em outras palavras, esta, sendo ilíquida e inexigível, carece de atributos de *certeza* e *liquidez*, que se

dão pela atuação do Fisco, por meio do lançamento. Com a formalização deste, não há que se falar em “obrigação tributária”, mas em crédito tributário.

Urge destacar que o Código Tributário Nacional (CTN) adotou os institutos do crédito tributário e da obrigação tributária como sendo distintos. Verifica-se no artigo 113, §3º e no artigo 139, ambos do CTN, a tentativa do legislador em conceituar estes dois institutos determinando, portanto, que o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta e, a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Frisa-se que a obrigação tributária nasce com a corporificação, com a ocorrência do fato gerador tipificado na norma, entretanto, ainda não há a identificação formal do sujeito passivo e nem possui o cálculo do valor do tributo devido. Ou seja, a ocorrência por si só do fato gerador não torna, necessariamente, exigível o pagamento do tributo pelo contribuinte. Então, só a partir da realização do ato administrativo do lançamento é que constitui-se o crédito.

Portanto, não restam dúvidas que em face da obrigação tributária o Estado ainda não poderá exigir o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária, isso porque, o legislador brasileiro, depreendendo-se do art. 142 do CTN, adotou “o entendimento segundo o qual o lançamento possui **natureza jurídica mista**, sendo **constitutivo do crédito tributário e declaratório da obrigação tributária.**” (ALEXANDRE, 2008, p. 361)

Assim, para que o Estado possa exigir a obrigação tributária se faz necessário que haja a individualização e quantificação do valor a ser pago, através do lançamento. O ordenamento jurídico brasileiro trouxe três modalidades de lançamento: o lançamento direto ou de ofício, o lançamento misto ou por declaração e o lançamento por homologação. A escolha da forma de lançamento fiscal é realizada de acordo com a natureza do tributo.

Destaca-se que a notificação do sujeito passivo é obrigatória, pois é só a partir desse momento que o crédito público passa a ser exigível, completando o processo de constituição definitiva do crédito. Sendo assim, a notificação do lançamento do crédito fiscal configura condição de eficácia do ato administrativo

tributário, vez que constitui definitivamente o crédito figurando como pressuposto de procedibilidade da sua exequibilidade.

Em outras palavras, torna-o exigível do sujeito passivo, que será instado a efetuar o pagamento e, caso não o faça e nem apresente impugnação, o contribuinte seria inscrito no Cadastro de Dívidas Ativas e sujeitar-se-ia compulsoriamente a uma futura execução. Nesse sentido, consoante a lição do renomado Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 485):

A exigibilidade é outro predicado que inere ao ato de lançamento tributário. Intimado o administrado do seu teor, o crédito nele formalizado passa a ser exigível em termos administrativos, nesse sentido diligenciado as autoridades fazendárias. Se o contribuinte não satisfizer a prestação, nos limites e nas condições estipuladas no próprio ato, investe-se a entidade tributante da competência para lavrar outro ato jurídico administrativo, de caráter sancionatório, exarando norma, também individual e concreta, que terá como antecedente a descrição da conduta delituosa (infração) e, como consequente, a estatuição de vínculo obrigacional, em que o sujeito ativo reivindica certo valor pecuniário, a título de multa.

Diante disso, a notificação dará ciência ao sujeito passivo da formalização do crédito tributário e dos termos de sua exigibilidade, constituindo-o definitivamente, restando a cobrança, para a satisfação do crédito público pelo contribuinte, a cargo das Fazendas Públicas.

2.1. DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.

A primeiro passo, em direito, estudamos o instituto da obrigação no âmbito do direito civil, a qual é conceituada como um vínculo jurídico de caráter transitório estabelecido entre o sujeito ativo (credor) e o sujeito passivo (devedor), tendo como objeto uma prestação econômica, garantindo o seu adimplemento por meio do patrimônio do devedor. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.19):

Na verdade, as obrigações se caracterizam não tanto como um *dever* do obrigado, mas como um *direito do credor*. A principal finalidade do direito das obrigações consiste exatamente em fornecer meios ao credor para exigir do devedor o cumprimento da prestação.

A relação jurídica tributária é obrigacional, possuindo no polo ativo o ente tributante ou pessoa jurídica de direito público a qual foi delegada capacidade ativa tributária e no polo passivo encontra-se um particular, contribuinte ou responsável obrigado ao adimplemento da obrigação. Claudio Borba (2007, p. 281) conceitua a obrigação tributária como sendo uma:

(...) relação jurídica que tem por objeto uma prestação, positiva ou negativa, prevista na legislação tributária, a cargo de um particular e a favor do Estado, traduzida em pagar tributo ou penalidade ou fazer alguma coisa no interesse do fisco ou, ainda, em abster-se de praticar determinado ato, nos termos da lei.

Reforçando o conceito de Obrigação Tributária, Hugo de Brito Machado (2003, p.120) complementa:

Com estes esclarecimentos, podemos tentar definir a obrigação tributária. Diríamos que ela é a relação jurídica em virtude da qual o particular (sujeito passivo) tem o dever de prestar dinheiro ao Estado (sujeito ativo), ou de fazer, não fazer ou tolerar algo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, e o Estado tem o direito de constituir contra o particular um crédito.

Assim, quando ocorrer o fato gerador é a mesma coisa que dizer que nasceu a obrigação fiscal, em outras palavras, a obrigação tributária surge com a transformação da hipótese de incidência, previsão na lei em abstrato, em algo concreto. Ou melhor, o tributo é devido quando ocorre a subsunção da norma jurídica tributária, nos termos do art. 3, do CTN.³

O artigo 113 do Código tributário Nacional (CTN) traz em seu corpo dois tipos de obrigação tributária, pode ser principal ou acessória. A primeira surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou de uma penalidade pecuniária e extingue-se junto com o crédito; e a segunda, decorre da legislação tributária e tem por objeto prestações, positivas ou negativas, no interesse da fiscalização ou arrecadação dos tributos

Assim, a obrigação principal tem natureza patrimonial, enquanto a acessória tem caráter instrumental. A Obrigação acessória não depende da principal, pode ter casos em que não existe a principal, mas existe a acessória, a exemplo, do indivíduo isento imposto de renda que terá que declarar como isento. Parte da doutrina preleciona que a inobservância da acessória a converte em obrigação principal, especificamente em penalidade pecuniária, mas que mesmo assim deverá prestar-lhe a obrigação acessória.

Insta registrar que a obrigação tributária não é tributo, vez que esta não se enquadrou no conceito legal de tributo disposto no artigo 3º do CTN de que tributo é

³CTN, Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Entretanto, oportuno rememorar que a obrigação surge com a concretização do fato gerador do tributo, formalizando-se apenas com o ato administrativo do lançamento, pelo qual o Fisco poderá exercer seu direito de cobrar, assim, a diferença fundamental havida entre esses dois institutos, é que o crédito fiscal é dotado de exequibilidade (certeza, liquidez e exigibilidade), podendo ser imputado ao contribuinte, o que não ocorre com a obrigação, que é mera constatação do liame jurídico obrigacional.

Diante disso, percebe-se que o crédito fiscal é a própria obrigação já lançada, individualizada e quantificada, isto é, nos termos do artigo 139 do CTN, o crédito tributário decorre da obrigação principal e terá a mesma natureza desta.

2.2. NASCIMENTO DO CRÉDITO FISCAL E O LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO.

A concretização do fato enunciado no corpo da regra de incidência, estabelece uma relação jurídica tributária obrigacional, de caráter patrimonial. Do qual o sujeito ativo (Fisco) possui o direito subjetivo de exigir uma prestação pecuniária e o sujeito passivo (contribuinte ou responsável) possui o dever jurídico de adimpli-la. Com esse mesmo fluxo de ideias, se manifesta Paulo Barros de Carvalho (2011, p. 436):

Pois bem. Ao direito subjetivo de que está investido o sujeito ativo de exigir o objeto, denominamos *crédito*. E ao dever jurídico (ou também dever subjetivo) que a ele se contrapõe, de prestar o objeto, designamos *débito*. Revela, por isso, inominável absurdo imaginar-se obrigação sem crédito.

Como já desgastado nesse artigo, o Código Tributário Nacional em seu corpo não trouxe uma definição para o crédito tributário, apenas afirma que “o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta” (art. 139, CTN).

O ilustríssimo doutrinador Hugo de Brito Machado (2003, p. 164) conceitua o crédito tributário como, um “vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo), pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional).”.

A doutrina traz duas teorias quanto ao nascimento do crédito tributário. A primeira a Teoria Monista preconiza que o crédito fiscal por ser componente da obrigação tributária e possuir a mesma natureza desta, nasce no momento do surgimento da obrigação. Já a teoria Dualista preleciona que a obrigação surge com a ocorrência do fato gerador e o crédito tributário originará apenas com o lançamento, ou seja, até que se realize o lançamento, a obrigação fiscal será uma obrigação sem crédito. A segunda tese é a majoritariamente aceita pela doutrina tributarista e adotada pelo CTN.

Assim, o lançamento é o instrumento utilizado pelo Fisco para atribuir a obrigação fiscal a sua exigibilidade, qualificando-a e quantificando-a, constituindo assim o Crédito Tributário. De acordo com o doutrinador Aliomar Baleeiro (2001, p. 782):

Na doutrina, o lançamento tem sido definido como o ato, ou a série de atos, de competência vinculada, praticado por agente do Fisco, para verificar a realização do fato gerador em relação a determinado contribuinte, apurando qualitativa e quantitativamente o valor da matéria tributável; segundo a base de cálculo, e, em consequência, liquidando o quantum do tributo a ser cobrado.

Nessa mesma perspectiva segue o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), que “o crédito tributário não surge com o fato gerador. Ele é constituído com o lançamento”. (REsp 250.306/DF, 1ª T., rel. Min. Garcia Vieira, j. 06.06.2000, DJU 01.08.2000, p.208)

Incontestemente que o lançamento é o elemento constitutivo do crédito tributário e declaratório da obrigação tributária correspondente, ou seja, o procedimento administrativo do lançamento apura o direito ao crédito da Fazenda Pública, dotando-o de certeza, liquidez e exigibilidade, formando uma relação jurídica que obriga o contribuinte ou responsável (sujeito passivo) a pagar o tributo ao sujeito ativo (Estado). Ou como afirma Sabbag (2014, p. 790):

O lançamento, por sua vez, trazendo certeza e liquidez à relação jurídica-tributária, é o instrumento capaz de conferir ao Fisco a percepção do importe tributário a que tem direito, em face da ocorrência do fato gerador que o antecede. Com ele, o sujeito ativo fica habilitado a exercitar o ato de cobrança, quer administrativa, em um primeiro momento, quer judicial, caso aquela se mostre malsucedida.

Verifica-se que o lançamento é um ato administrativo vinculado, sendo assim, a Autoridade Fiscal não possui discricionariedade para lançar ou não os

critérios para formalização do crédito público, seja quanto o valor, seja quanto a pessoa do contribuinte ou seja quanto enunciar a oportunidade para realiza-lo, por disposição expressa do art. 142, parágrafo único, do CTN, que diz que a “atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”.

Nesse diapasão, Aliomar Baleeiro (2001, p. 784) conceitua o lançamento como:

(...) ato jurídico administrativo vinculado e obrigatório, de individualização e concreção da norma tributária ao caso concreto (ato aplicativo), desencadeando efeitos confirmatórios-extintivos (no caso de homologação do pagamento) ou conferindo exigibilidade ao direito de crédito que lhe é preexistente para fixar-lhe os termos e possibilitar a formação do título executivo.

Desta forma, somente haverá o surgimento do Crédito Tributário após a realização do ato administrativo do Lançamento do tributo, em outras palavras, se não houver a realização do Lançamento, não haverá crédito fiscal, fadando-se a obrigação ao fenômeno da decadência, caducando o direito subjetivo do fisco de lança-lo.

3. DA PRESCRIÇÃO.

3.1. DO CONCEITO DE PRESCRIÇÃO E DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PRIVADO.

A todo tempo, ao observarmos o passado verificamos a influência do fenômeno tempo nos vínculos jurídicos do qual os seres humanos participam. Evidente que o instituto da prescrição é essencial para manter o equilíbrio da ordem jurídica e social, estabilizando e consolidando todos os direitos, de modo a cessar o assombro eterno na sociedade de uma eventual demanda.

Diz que, operou-se o fenômeno da prescrição quando há perda da pretensão executória do titular de um direito que não o exerceu em determinado lapso temporal. Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.514) estabelece três requisitos da prescrição, a saber, a violação de um direito e o nascimento da pretensão; a inércia do titular; e, o decurso do tempo fixado em lei.

No direito Civil o instituto da prescrição está previsto nos artigos 189 e ss. do Código Civil, constitui a perda da pretensão de reparação do direito violado, em virtude da inércia de seu titular no prazo previsto pela lei para exercer seu direito de ação, estabelecendo no seu art. 205 o prazo prescricional de 10 (dez) anos, quando a lei não houver fixado prazo menor.

Nas hipóteses das dívidas civis prescritas, não será possível requerer o ressarcimento do montante pecuniário pago, haja vista que o débito permanecerá existindo e, por esta razão o devedor poderá realizar o pagamento da dívida se quiser, mesmo após transcorrido o prazo prescricional, em virtude da boa-fé.

Isso porque, no âmbito do direito civil, o fenômeno da prescrição não extinguiu o direito ao crédito. Nesse seguimento, inclusive, estabelece o art. 882 do Código Civil que “não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível”, logo, na hipótese que alguém efetue o pagamento de um débito prescrito não poderá pleitear a restituição da quantia paga, uma vez que o crédito conservar-se incólume, apesar de que esteja extinta a pretensão.

Compete reiterar que, nada obstante, o devedor que cumpriu voluntariamente uma obrigação civil inexigível que possa vir a alegar desconhecimento da sua prescritibilidade, mantém-se a irrepetibilidade. Eis a jurisprudência dos Tribunais pátrios:

Ementa: RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PAGAMENTO DE DÍVIDA JÁ PRESCRITA COMO CONDIÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE UMA SEGUNDA REDE ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. **ART. 882 DO CÓDIGO CIVIL.** DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71005188685, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Silvia Muradas Fiori, Julgado em 27/11/2014) – TJ-RS- Data da Publicação: 28/11/2014).

Isso perfeitamente se explica em razão de que, para o direito civil existe o instituto da obrigação natural, no entender de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 179-180):

Quando falta esse poder de garantia ou a responsabilidade do devedor, diz-se que a obrigação é *natural* ou, na técnica dos escritores alemães, *imperfecta*. Trata-se de obrigação sem garantia, sem sanção, sem ação para se fazer exigível. Nessa modalidade o credor não tem o direito de exigir a prestação, e o devedor não está obrigado a pagar. Em compensação, se este, voluntariamente, efetua o pagamento, não tem o direito de repeti-lo.

Na obrigação natural não cabe o pedido de restituição da importância paga em razão da *soluti retentio* (expressão usada no direito romano e que significa *retenção do pagamento*) existente em favor do credor. A referida retenção é, segundo alguns autores, o único efeito que o direito positivo atribui à obrigação natural.

As obrigações civis e as obrigações naturais distinguem-se, pois, quanto à *exigibilidade* de cumprimento. (...)

O que não ocorre na seara tributária, já que uma vez extinto o crédito por qualquer dos institutos do art. 156, do CTN, o crédito passa a inexistir no mundo fático-jurídico e, por conseguinte, cessa a sua exequibilidade. E por esta razão, no caso do pagamento voluntário do crédito, o Fisco deverá restituir o sujeito passivo em virtude do crédito ter sido extinto, ocasionando uma desvinculação obrigacional da relação jurídica-tributária.

Para Bernardo Ribeiro de Moraes (*apud* BORBA, 2007, p. 348), a extinção é liberação, é perecimento, é cessação, é a liberação definitiva do devedor em relação ao vínculo jurídico que o prende ao credor. Ou seja, há o desfazimento da relação obrigacional.

O artigo 174 do Código Tributário Nacional preleciona que o prazo de prescrição é de 05 (cinco) anos, contados da data da constituição definitiva do crédito tributário. Ou seja, em relação aos créditos públicos pagos após a sua constituição definitiva e da fluência dos cinco anos subsequentes, será extinto pela prescrição.

Nesse sentido, entende-se que, segundo preleciona Ricardo Alexandre (2008, p. 457):

Quando o sujeito passivo é notificado do lançamento, o crédito tributário está constituindo não havendo mais que se falar em decadência (salvo se o lançamento vier a ser anulado). Como o Fisco exerceu seu direito, não mais pode ser atingido por um instituto que faz perecer os direitos dos inertes.

No dizer do doutrinador Hugo de Brito Machado (2003, p. 207):

O CTN, todavia, diz expressamente que a prescrição extingue o crédito tributário (art.156, V). Assim, nos termos do Código, a prescrição não atinge apenas a ação para cobrança do crédito tributário, mas o próprio crédito, vale dizer, a relação material tributária.

Essa observação, que pode parecer meramente acadêmica, tem, pelo contrário, grande alcance prático. Se a prescrição atingisse apenas a ação para cobrança, mas não o próprio crédito tributário, a Fazenda Pública, embora sem ação para cobrar seus créditos depois de cinco anos de definitivamente constituídos, poderia recusar o fornecimento de certidões

negativas aos respectivos sujeitos. Mas como a prescrição extingue o crédito tributário, tal recusa obviamente não se justifica.

Evidente que, a prescrição tributária diverge da prescrição aplicável ao direito civil, vez que a prescrição tributária provoca a extinção do próprio crédito fiscal, e não somente do direito de exigir o crédito, consoante observa-se do o informativo nº 0397 do STJ, transcrito, *ipsis litteris*, a seguir

REPETIÇÃO. INDÉBITO. IPTU. DÉBITO PRESCRITO.

O recorrente sustenta que o IPTU exigido na execução fiscal foi pago, contudo estava prescrito, não mais existindo o direito do município contra o embargante. Aduz que o pagamento efetuado por este, compulsoriamente, foi, sem qualquer sombra de dúvidas, indevido, transparecendo cristalino o direito do embargante à repetição desse valor pago indevidamente. Inicialmente, esclareceu o Min. Relator que a prescrição em matéria tributária não é regulada pelo CC, mas sim pelo CTN. Segundo o art. 156, V, do CTN, a prescrição enseja a extinção da ação e do próprio crédito tributário. Assim, verifica-se que, a partir de uma interpretação conjunta dos arts. 156, V (que considera a prescrição como uma das formas de extinção do crédito tributário), e 165, I (que trata da restituição de tributo), ambos do CTN, há o direito do contribuinte à repetição do indébito, uma vez que o montante pago foi em razão de um crédito tributário prescrito, ou seja, inexistente. Diante disso, a Turma deu provimento ao recurso. **REsp 646.328-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 4/6/2009.**

Sendo, portanto, inconteste que o instituto da prescrição resta totalmente divorciado quanto a aplicabilidade dos seus efeitos em cada uma das esferas do direito civil e do direito tributário, em razão das peculiaridades que esses ramos jurídicos possuem.

Desse modo, se faz mister mencionar que é de extrema relevância que as relações jurídicas se consolidem no tempo, isto decorre do princípio da segurança jurídica, onde a prerrogativa do titular de uma pretensão não persista indefinitivamente no âmbito social limitando-o no tempo para exigí-la, em razão da estabilidade das relações jurídicas entre os indivíduos e para que a sociedade não permaneça na ameaça eterna do desequilíbrio que representa aquela demanda.

4. DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO E O PRAZO PRESCRICIONAL PARA A SUA COBRANÇA.

Cerne que as normas jurídicas designam prazos para que um sujeito ativo exerça seu direito. Então, caso o interessado na pretensão permaneça inerte e não realize seu direito de executividade dentro prazo legal, ocasionará na perda do direito de ação, ou seja, de se exigir em juízo a prestação.

As decisões recentes do Supremo Tribunal de Justiça caminham para o entendimento que a prescrição tributária se difere do instituto da prescrição aplicado no direito civil, vez que, em primeira análise, a prescrição fiscal alude na extinção do próprio crédito público, e não somente no direito de cobra-lo, a teor do artigo 156, inciso V do CTN que enuncia que o fenômeno da prescrição extingue o crédito.

Assim, no âmbito das relações jurídicas tributárias, o artigo 174 do CTN determina que a cobrança pela Fazenda Pública referente ao crédito tributário prescreve em 05 (cinco) anos contados da sua constituição definitiva, sob pena não poder mais fazê-lo.

Não há dúvidas que tal entendimento traz uma importante implicação na prática, haja vista que tornou-se corriqueiro para muitos contribuintes desavisados realizarem o pagamento ou o parcelamento de créditos tributários depois da ocorrência do fenômeno prescritivo. Então, uma vez que a prescrição atinge o crédito fiscal implicará na extinção do mesmo e não somente a perda do direito de ação. Diante disso, caso o contribuinte pague o crédito eivado de prescritibilidade terá direito de movimentar a máquina judiciária pleiteando a sua restituição, seja administrativamente, seja por via judicial.

Nesse seguimento observe-se alguns precedentes relevantes do STJ sobre o tema:

CIVIL E TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO PRESCRITO. IMPOSSIBILIDADE. CRÉDITO EXTINTO NA FORMA DO ART. 156, V, DO CTN. PRECEDENTES.

1. Consoante decidido por esta Turma, ao julgar o REsp 1.210.340/RS (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 10.11.2010), a prescrição civil pode ser renunciada, após sua consumação, visto que ela apenas extingue a pretensão para o exercício do direito de ação, nos termos dos arts. 189 e 191 do Código Civil de 2002, diferentemente do que ocorre na prescrição tributária, a qual, em razão do comando normativo do art. 156, V, do CTN, extingue o próprio crédito tributário, e não apenas a pretensão para a busca de tutela jurisdicional. Em que pese o fato de que a confissão espontânea de dívida seguida do pedido de parcelamento representar um ato inequívoco de reconhecimento do débito, interrompendo, assim, o curso da prescrição tributária, nos termos do art. 174, IV, do CTN, tal interrupção somente ocorrerá se o lapso prescricional estiver em curso por ocasião do reconhecimento da dívida, não havendo que se falar em renascimento da obrigação já extinta ex lege pelo comando do art. 156, V, do CTN. Precedentes citados.

2. Recurso especial não provido". (REsp 1335609/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 22/08/2012)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PARCELAMENTO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO PRESCRITO. IMPOSSIBILIDADE. CRÉDITO EXTINTO NA FORMA DO ART. 156, V, DO CTN. PRECEDENTES.

(...)

2. A prescrição civil pode ser renunciada, após sua consumação, visto que ela apenas extingue a pretensão para o exercício do direito de ação, nos termos dos arts. 189 e 191 do Código Civil de 2002, diferentemente do que ocorre na prescrição tributária, a qual, em razão do comando normativo do art. 156, V, do CTN, extingue o próprio crédito tributário, e não apenas a pretensão para a busca de tutela jurisdicional.

3. Em que pese o fato de que a confissão espontânea de dívida seguida do pedido de parcelamento representar um ato inequívoco de reconhecimento do débito, interrompendo, assim, o curso da prescrição tributária, nos termos do art. 174, IV, do CTN, tal interrupção somente ocorrerá se o lapso prescricional estiver em curso por ocasião do reconhecimento da dívida, não havendo que se falar em renascimento da obrigação já extinta ex lege pelo comando do art. 156, V, do CTN. 4. Recurso especial não provido. (REsp 1210340/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 10/11/2010)

Á vista disso, resta límpido a necessidade de conhecer a data da constituição definitiva do crédito fiscal, no que tange ao seu marco inicial para o decurso temporal do fenômeno da prescrição. Encontra-se quase em unanimidade entre a maioria dos doutrinadores e jurisprudências que apenas através do lançamento que se constitui o crédito, o imbróglio encontra-se quando a sua constituição definitiva, da qual podemos observar algumas teorias distintas, a saber, ocorre na notificação válida, quando não couber mais recurso na esfera administrativa ou com a inscrição na dívida ativa.

A primeiro momento, importante mencionar uma decisão recente publicado pelo STJ que consolidou o entendimento trazendo a notificação do contribuinte como termo de constituição definitiva do crédito tributário, em recurso repetitivo - REsp 1.320.825, no seguinte sentido: “A notificação do contribuinte para o recolhimento do IPVA perfectibiliza a constituição definitiva do crédito tributário, iniciando-se o prazo prescricional para a execução fiscal no dia seguinte à data estipulada para o vencimento da exação.”.

É cediço que, no art. 174 do CTN, o termo inicial de contagem do prazo é a data em que o crédito for definitivamente constituído. Seguindo o raciocínio do recurso apresentado, uma vez notificado o sujeito passivo, começaria a transcorrer o prazo prescricional mencionado. Entretanto, o Min. Gurgel de Faria, relator do REsp 1.320.825, “a pretensão executória da Fazenda Pública (actio

nata) somente surge no dia seguinte à data estipulada para o vencimento do tributo”, de maneira que anteriormente a isso não se pode falar em transcurso do prazo prescricional.

Desta feita, não seria razoável considerar a fluência do prazo para a cobrança do crédito tributário quando ainda não surgiu o direito de exigí-lo; ou quando tal direito não puder ser exercido, em razão da suspensão ou extinção, por exemplo.

Daí surgiria outros desalinhos quanto quais seriam os mecanismos legítimos para a notificação do contribuinte e, por conseguinte, para a constituição definitiva dos tributos, que nesse caso, teria que olhar caso a caso e qual o tributo que se pretende imputar. Trata-se, evidentemente, de posição sujeita a inúmeros questionamentos e, por isso, será examinada em outra oportunidade.

A parte da doutrina é uníssona ao afirmar que a constituição definitiva advém do ato administrativo do lançamento, que se perfaz de três formas e, por esta razão deve-se observar a legislação para saber qual deles será aplicável ao tributo posto apreciação no caso concreto.

Nessa linha, preleciona Hugo de Brito Machado (2003, p. 164-165), sobre a constituição definitiva do crédito:

A constituição definitiva do crédito tributário é da competência privativa da autoridade administrativa. Só esta pode fazer o *lançamento*. Ainda que ela apenas homologue o que o sujeito passivo efetivamente fez, como acontece nos casos do art. 150 do CTN, que cuida do lançamento dito por homologação. Sem essa homologação não exigirá, juridicamente, o lançamento, e não estará por isto mesmo *constituído* o crédito tributário. Ainda quando *de fato* seja o lançamento feito pelo sujeito passivo, o Código Tributário Nacional, por ficção legal, considera que a sua feitura é privativa da autoridade administrativa, e por isto, no plano jurídico, sua existência fica sempre dependente, quando feito pelo sujeito passivo, de homologação da autoridade competente.

E mais, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (2009, p. 326-327):

(...). Realmente, é só após o lançamento que surge a possibilidade de agressão ao patrimônio do sujeito passivo pelo sujeito ativo. É só após o lançamento que o credor (sujeito ativo, o Estado) poderá tomar do patrimônio do devedor (sujeito passivo) os bens suficientes para o pagamento. Enquanto a ocorrência do fato imponível, previsto na hipótese de incidência da lei, faz nascer um vínculo pessoal entre os sujeitos ativo e passivo da relação obrigacional, o lançamento, constituindo o crédito tributário (*obligatio*, *Haftung*, relação de responsabilidade), faz nascer um vínculo patrimonial.

Assim, a exemplo, no lançamento direto ou de ofício pelo Fisco, onde este dispondo de dados suficientes, dispensa auxílio do contribuinte para sua cobrança: observará o decurso do prazo para prescrição quando houver impugnação ou não nos 30 (trinta) dias após a realização da notificação válida, entenderá como marco inicial a data em que houver o decurso *in albis* do prazo recursal ou a data da notificação da decisão irrecorrível. Observe-se alguns precedentes dos tribunais brasileiros:

Ementa: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. INÍCIO DA PRESCRIÇÃO DA DEMANDA COM A NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE ACERCA DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CTN, ART. 174. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. TERMO INICIAL DA FLUÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. É entendimento assente nesta Corte que, uma vez constituído o crédito tributário pela notificação do auto de infração, não há falar em decadência, mas em prescrição, cujo termo inicial é a data da constituição definitiva do crédito. Não havendo impugnação pela via administrativa, caso dos autos, o curso do prazo prescricional inicia-se com a notificação do lançamento tributário. Agravo regimental improvido. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AREsp 439781 RO 2013/0393640-4 (STJ) - Data de publicação: 10/02/2014)

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TERMO INICIAL. CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO. IPTU. DÍVIDA ATIVA. PRESCRIÇÃO. RECURSO REPETITIVO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. 1. O STJ possui orientação, no Resp 1.111.124/PR, julgado mediante a sistemática prevista no art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), no sentido de que o crédito tributário, em relação ao IPTU, se dá a partir da notificação do lançamento, com o envio do respectivo carnê. 2. A divergência jurisprudencial levantada no Agravo Regimental já foi dirimida pelo Resp. 1.111.124/PR, julgado pelo rito dos Recursos Repetitivos, art. 543-C, portanto não há mais controvérsia sobre a matéria. 3. Como a constituição definitiva do crédito tributário se dá com a notificação ao contribuinte por meio da entrega do carnê no seu endereço, torna-se impossível para o STJ averiguar essa data, sob pena de incidência da sua Súmula 7. 4. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal a quo julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 5. Agravo Regimental não provido. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1425491 SP 2013/0410137-8 (STJ) - Data de publicação: 18/06/2014)

Ementa: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. SÚMULA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. "O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço" (Súmula 397/STJ). 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1395217 PE 2013/0239201-0 (STJ) - Data de publicação: 27/05/2014)

Em relação ao lançamento por homologação ou autolancamento, em que a autoridade fazendária diante do auxílio do contribuinte somente homologa o procedimento de cobrança: observará a constituição no dia do vencimento da exação, referente ao montante declarado, se esse vencimento ocorrer em data posterior a da entrega da declaração; ou, na data da declaração, na hipótese de tratar-se de crédito tributário vencido em data anterior a da entrega da declaração.

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECLARAÇÃO ENTREGUE PELO CONTRIBUINTE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. 1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional inicia-se a partir do dia seguinte ao da entrega da declaração ou ao do vencimento, o que ocorrer por último. Precedentes do STJ. 2. Agravo Regimental não provido. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AREsp 381242 SP 2013/0259235-2 (STJ) - Data de publicação: 22/05/2014)

Ementa: TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. SIMPLES. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. “A entrega da declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco” (Súmula 436/STJ). 2. O termo inicial da prescrição para exigir o crédito sujeito a lançamento por homologação é a data da entrega da declaração ou o vencimento, o que ocorrer por último. (Precedente: AgRg no AREsp 302.363-se, r. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma/STJ). 3. Agravo de instrumento da executada desprovido. (TRF-1 – AGRAVO DE INSTRUMENTO AG 00255741120104010000 (TRF-1) – Data de publicação: 06/03/2015)

Por fim, no que se refere ao lançamento por declaração ou misto, quando o Estado atua conjuntamente com o contribuinte, o qual este fornece todas as informações para que haja o lançamento, suprindo a deficiência do Fisco, de acordo com SABBAG (2014, p. 805-806), “*no lançamento por declaração, a constituição do crédito tributário ocorre a partir das informações prestadas pelo devedor quanto ao fato gerador*”, a exemplo, o imposto de exportação, imposto de importação e o ITBI.

Para fins de estudo desse artigo, vamos levar em consideração que a prescrição começa a contar a partir da data da constituição do crédito, o lançamento, ressalvada uma eventual interrupção ou suspensão do prazo prescricional, o Fisco terá o prazo de 05 (cinco) anos para exercer sua da pretensão executiva e, caso não o faça, ocasionará na extinção do próprio crédito tributário.

De outro norte, indubitavelmente que na hipótese do sujeito passivo efetuar o pagamento do crédito prescrito se fará necessário proceder a restituição do valor efetivamente pago, em virtude de ter realizado o pagamento quando não existia obrigação e nem crédito, vez que, repisa-se que, houve a extinção do crédito.

4.1. DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

Outrossim, além da prescrição tributária anterior ao ajuizamento da ação, há na execução fiscal a prescrição consolidada no andamento do tramite processual, chamada de intercorrente. O fenômeno da prescrição intercorrente ocorre quando já interrompida a prescrição pela citação ou pelo despacho, após um ano, o prazo reinicia a sua contagem integralmente e o processo permanece sem manifestação nos 05 anos seguintes, por inércia da exequente. Sobre o assunto, o artigo 40 da Lei 6.830/80, Lei de execução Fiscal, assim estabelece:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei nº 11.960, de 2009)

O STJ editou a súmula 314 para consolidar a interpretação do dispositivo supracitado afirmando que no âmbito da Execução Fiscal, caso não seja localizado bens penhoráveis sob a titularidade do executado, suspende-se o processo por 01 (um) ano, findado esse período se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.

Hodiernamente, em julgamento no STF um recurso extraordinário que já reconheceu a repercussão geral sobre a matéria:

Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO – ADMINISTRATIVO - FINANCEIRO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. MARCO INICIAL. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR DE NORMAS GERAIS PARA DISPOR SOBRE PRESCRIÇÃO. SUPREMACIA DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL POR FORÇA DA CONSTITUIÇÃO. ART. 173 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. ART. 40, § 4º DA LEI 6.830/1980 (REDAÇÃO DA LEI 11.051/2004). ART. 146, III, B DA CONSTITUIÇÃO. Possui repercussão geral a discussão sobre o marco inicial da contagem do prazo de que dispõe a Fazenda Pública para localizar bens do executado, nos termos do art. 40, § 4º da Lei 6.830/1980. (RE 636562 RG, Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 21/04/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 30-11-2011 PUBLIC 01-12-2011).

A súmula 409 do STJ preleciona que na execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício. Na prática, a necessidade de oitiva previamente a fazenda pública apenas se aplica nas hipóteses de prescrição intercorrente onde ocorrer a suspensão processual, conforme disposto do 40, §§ 2º e 4º da Lei 6.830/80.

Em suma, o magistrado pode decretar a prescrição de ofício, ou seja, não depende de requerimento do executado, entretanto, há a necessidade de manifestação prévia do exequente, desta forma, este possui a oportunidade de demonstrar a ocorrência de eventual causa suspensiva ou interruptiva da prescrição.

Diante nisso, é notável que a redação da súmula dispensa a prévia manifestação do exequente quando o lapso prescricional já estiver consolidado antes mesmo de protocolada a inicial da execução.

Assim, o Ministro HERMAN BENJAMIN: "o STJ, no julgamento do RESP 1.222.444/RS, julgado no rito do art. 543-C do CPC, pacificou a orientação de que a configuração da prescrição intercorrente não se faz apenas com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação. Antes, também deve ficar caracterizada a inércia da Fazenda exequente"(REsp 1355982/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, segunda turma, julgado em 06/12/2012, DJe 18/12/2012).

Por fim, salutar ressaltar que a prescrição intercorrente não se configura por simplesmente ter transcorrido o período de 05 (cinco) anos após a interrupção pela citação válida ou despacho inicial (conforme o caso), sendo imprescindível a inércia do exequente.

5. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE FENÔMENOS OBSTATIVOS DA FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL.

Não restam dúvidas quanto os efeitos extintivos do crédito tributário tocado pelos efeitos do instituto da prescrição, resguardado por reserva legal, como é possível observar no inciso V, art. 156 do CTN. Onde o não ajuizamento da ação para a cobrança judicial do crédito nos cinco anos da sua constituição definitiva, ressalvadas as hipóteses legais de interrupção e de suspensão do prazo prescricional, importará na prescrição da pretensão executiva e, por conseguinte, extinção do crédito fiscal.

Contudo, é possível que haja casos de suspensão das medidas executórias intentadas pelo Estado, de acordo com o entendimento doutrinário, quando ocorre qualquer das hipóteses previstas no art. 151 do CTN, a contagem da fluência do prazo reinicia pelo remanescente depois de cessada a situação suspensiva, isto é, não há devolução do prazo.

Por fim, cabe ainda consignar há na doutrina hipóteses de interrupção do prazo prescricional, onde a contagem do prazo é renovada integralmente, ou seja, a prescrição é zerada e o lapso temporal é devolvido por inteiro ao credor.

Desse modo, nota-se que o percurso para a concretização do lapso temporal da prescrição pode sofrer algumas variações, suspendendo-se ou interrompendo-se, devendo as partes interessadas ficarem atentas quanto tais fenômenos.

6. DA RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO.

O termo restituição de indébito tributário representa a possibilidade de ressarcimento de tributos que foram indevidamente recolhidos pela Autoridade Fazendária, traduzindo-se, pois, num direito ao débito do Fisco pelo sujeito passivo (contribuinte ou responsável).

Insta registrar que as obrigações em Direito Tributário são *ex lege*, o que nos remete a compreensão da compulsoriedade de uma prestação fiscal, perfazendo a desnecessidade de se provar que efetuou o pagamento com erro. O art.165, inciso I do CTN determina a restituição total ou parcial do pagamento do tributo indevido:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;
(...)

Nos ensinamentos de MACHADO (2003, p. 189):

O erro a que se reporta a lei civil é um vício ou defeito na formação da vontade. No Direito privado, nas obrigações nascidas da vontade, é de grande relevância o seu exame. Já no Direito Tributário a vontade é irrelevante na formação da relação jurídica. Assim, um contribuinte, mesmo sabendo que o tributo é indevido, se o paga, tem direito à restituição. O que importa é a demonstração de que o tributo é realmente indevido.

Ante ao exposto, nota-se que no caso de pagamento de um tributo indevido é possível a formalização de um procedimento judicial, nos 5 (cinco) anos subsequentes a extinção do crédito, via ação de repetição de indébito tributária, ação de conhecimento, que se for deferida gerará ao Fisco um débito para devolução do que foi pago por tributo indevido.

6.1. DA POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO PRESCRITO.

É cediço que a prescrição, linhas gerais, é a perda da pretensão de ação que protege o direito, ou melhor, decorrente da inatividade da Fazenda Pública no que tange a não proposição, no prazo legalmente estipulado, a ação de execução fiscal para obter a satisfação coativa do crédito tributário (ALEXANDRE, 2008).

A Legislação vigente estabelece que a "prescrição do crédito tributário" ocasiona à sua extinção, o que, para Fazenda Pública ou Fisco, restará extinto o direito de receber/arrecadar este crédito, já indevido, simplesmente por se encontrar extinto, na forma da legal.

Desta feita, resta claro que o crédito fiscal prescrito não poderá ser arrecadado ou recebido pela Fazenda Pública e, muito menos, promover o protesto, ou sua cobrança por via de ações administrativas ou judiciais, sob o risco de suportar as penalidades impostas por lei.

Nesta senda, segundo Marcus Lívio (2005, p. 493) advoga que “o contribuinte tem o direito de só pagar o tributo nas condições e nos limites

estabelecidos em lei, respaldada na constituição, pois a obrigação tributária corresponde a uma atividade administrativa plenamente vinculada, conforme o art. 3º, CTN.”.

No mais, o renomado doutrinador Hugo de Brito Machado (2003, p.183) aduz que “Extinto o crédito, dele não mais se cogita, a não ser para fim de efetuar a restituição do que tenha sido pago indevidamente. Assim, se a extinção decorreu do pagamento, esse constata que o tributo não era devido, evidentemente cabe restituição.”.

E mais, Marcus Lívio Gomes (2005, p.500) acompanha neste mesmo entendimento ao afirmar que “cabe a restituição, ainda que o contribuinte tenha pago espontaneamente o tributo (art. 165, I), não necessitando provar que pagou por erro ou que pagou sob protesto, pois o erro só é relevante no Direito Privado na medida em que neste subsistema jurídico é vício ou defeito na formação da vontade, o que não ocorre no Direito Tributário.”.

No que se refere aos desalinhos na doutrina, temos Paulo Antônio de Barros (2011, p. 552) que alega que “tratando-se de débitos prescritos, não caberia a restituição, por quanto, embora houvesse perecido a ação, o sujeito pretensor continuava titular do direito.”.

Seguindo esta mesma linha temos Claudio Borba (2007, p.373) expõe que o “pagamento de tributo cuja ação está prescrita não dá direito à restituição do valor, uma vez que o direito da Fazenda Pública ainda persistia, embora a mesma não tivesse meios de acionar o sujeito passivo.”.

Contudo, acerca da do tema proposto, segue alguns precedentes dos tribunais pátrios entendendo pela possibilidade de devolução dos valores pagos indevidamente a título de crédito prescrito:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IPTU. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO E DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 970 DO CÓDIGO CIVIL – LEI 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. INAPLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. De acordo com o disposto no art. 156, V, do Código Tributário Nacional, a prescrição extingue o próprio crédito tributário, e não apenas o direito de ação. 2. "Quem paga dívida fiscal em relação à qual já estava a ação prescrita tem direito à restituição, sem mais nem menos." (COELHO, Sacha Calmon Navarro. "Curso de Direito Tributário Brasileiro", 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 837) 3. A questão relativa à violação dos arts. 108, 109 e 110, do Código Tributário Nacional, não foi

abordada pelo acórdão recorrido, tampouco foram opostos embargos de declaração para suprir tal omissão. Ausente, assim, o requisito indispensável do prequestionamento, a teor das Súmulas 282/STF e 356/STF. 4. Recurso especial desprovido. (REsp 636.495/RS, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 02/08/2007)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IPTU. PRESCRIÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS ANTERIORMENTE AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO FISCAL. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO. LEGALIDADE. INEXIGIBILIDADE DA CDA. POSSIBILIDADE DE INDEFERIMENTO DA INICIAL. [...] 2. Há que se atentar para o fato de que a prescrição, na seara tributária, estampa certa singularidade, qual seja, a de que dá azo não apenas à extinção da ação, mas do próprio crédito tributário, nos moldes do preconizado pelo art. 156, V, do CTN. Tanto é assim que, partindo-se de uma interpretação conjunta dos arts. 156, V, do CTN, que situa a prescrição como causa de extinção do crédito tributário, e 165, I, do mesmo diploma legal, ressoa inequívoco o direito do contribuinte à repetição do indébito, o qual consubstancia-se no montante pago a título de crédito fiscal inexistente, posto fulminado pela prescrição. [...] (REsp 1004747/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/06/2008)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IPTU. ARTIGOS 156, INCISO V, E 165, INCISO I, DO CTN. INTERPRETAÇÃO CONJUNTA. PAGAMENTO DE DÉBITO PRESCRITO. RESTITUIÇÃO DEVIDA. 1. A partir de uma interpretação conjunta dos artigos 156, inciso V, (que considera a prescrição como uma das formas de extinção do crédito tributário) e 165, inciso I, (que trata a respeito da restituição de tributo) do CTN, há o direito do contribuinte à repetição do indébito, uma vez que o montante pago foi em razão de um crédito tributário prescrito, ou seja, inexistente. Precedentes: (REsp 1004747/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/06/2008; REsp 636.495/RS, Rel. Min. Denise Arruda, DJ02/08/2007) 2. Recurso especial provido. (REsp 646.328-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 04.06.2009)

Assim, quando o pagamento é efetuado no curso do processo e verifica-se, posteriormente, a ocorrência de prescrição quinquenal ou intercorrente, se faz necessário proceder-se à devolução do valor pago. Nos ensinamentos do ínclito doutrinador Luciano Amaro (2006, p. 333):

Nesses casos, não obstante se tenha tido o nascimento da obrigação tributária, com a realização do fato gerador (por exemplo, alguém deter a propriedade de certo imóvel urbano construído), o indivíduo só será compelível ao pagamento do tributo pertinente (IPTU) se (e a partir de quando) o sujeito ativo (Município) efetivar o ato formal previsto em lei, para a determinação do valor do tributo, dele cientificando o sujeito passivo. Antes da consecução desse ato, embora nascida a obrigação tributária, ela está desprovida de exigibilidade.

Amaro (2006, p. 419) continua:

O pagamento indevido é chamado de “extinção do crédito tributário” (art. 168, I), quando é óbvio que, no pagamento indevido, não há obrigação nem crédito. O que pode ter havido é a prática de um ato administrativo irregular de lançamento, seguido de pagamento pelo suposto devedor, ou o pagamento, sem prévio lançamento, por iniciativa exclusiva do suposto sujeito passivo.

Nesse sentido, preleciona Alexandre (2008, p. 416-417):

É cediço em direito que quem pagou o que não era devido possui direito à restituição. O fundamento da regra é princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, pois não é justo que alguém obtenha um aumento patrimonial sem que tenha concorrido para tanto, sendo apenas beneficiário de erro de outrem.

(...)

Nas hipóteses em que o dispositivo transcrito fala de direito à restituição, sempre há a presença de um pagamento indevido ou maior que o devido, mesmo que o reconhecimento do fato se dê a posteriori, por meio de uma decisão judicial ou administrativa relacionada à situação que resultou no pagamento em discussão.

O prazo para pleitear a restituição do indébito tributário na seara administrativa exaure-se no decurso de 5 (cinco) anos, a teor do artigo 168, do CTN, contados da data da extinção do crédito tributário (no caso do art. 165, I e II, CTN); ou, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou judicial que reformar, anular, revogar ou rescindir a decisão condenatória (no caso do art. 165, III, CTN).

6.1.1. POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO DO VALOR PAGO PELO CONTRIBUINTE PARA SOLVER DÍVIDA PRESCRITA.

O fenômeno da prescrição, repise-se que não se resume a atingir apenas o direito de cobrá-lo, mas também a própria obrigação tributária, daí surge o questionamento, efetuando-se o pagamento de um crédito tributário prescrito, pode-se pleitear a sua repetição?

Reprisa-se, que a prescrição tributária tornar inoperante a ação de exigir o adimplemento da obrigação, extingue o crédito tributário, e, qualquer pagamento que se faça referente ao crédito fiscal extinto será indevido, *sem causa jurídica*, por expressa disposição legal contida no CTN.

Conclui-se, portanto, que a quitação de débito prescrito fomenta no ressarcimento do indébito pago, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro

veda o enriquecimento sem causa, permitindo assim o ressarcimento do valor do tributo pago indevidamente e seus acréscimos (juros de mora e correção monetária), conforme estabelecido no art. 165 do CTN:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;
(...)

Nesse seguimento, Marcus Lívio (2005, p. 500) afirma que:

Finalizando, caberá a restituição, ainda que o contribuinte tenha pago espontaneamente o tributo (art. 165, I), não necessitando provar que pagou por erro ou que pagou sob protesto, pois o erro só é relevante no Direito Privado na medida em que neste subsistema jurídico é vício ou defeito na formação da vontade, o que não ocorre no Direito Tributário. Com efeito, o pagamento sem causa jurídica (lei e/ou constituição) ensejará o direito à repetição do indébito, ainda que tenha ocorrido a decadência do direito de a Fazenda Pública fazer o lançamento (decadência) ou ajuizar a ação de execução fiscal (prescrição), pois tanto a prescrição, como a decadência, são formas de extinção do crédito tributário, à luz do art. 156, V, CTN. Neste têm entendido a doutrina.

Noutro norte, leciona Sacha Calmon Coelho (2005, p. 858):

É cediço afirmar que a prescrição do direito de ação somente a extingue, deixando intacto o direito material que lhe conferia substrato. (...) A decadência mata o direito material. Nesse caso, pode-se repetir o indébito, diferentemente da prescrição, que só mata a ação, sem afetar o direito material. São lugares comuns e em Direito Privado até admissíveis. Ocorre que no Direito Tributário pátrio, a teor do CTN, tanto a decadência quanto a prescrição extinguem o crédito tributário. Quem paga dívida fiscal em relação à qual já estava a ação prescrita tem direito à restituição, sem mais nem menos.

Percebemos que o entendimento ainda não é pacífico quanto a repetição do indébito do crédito tributário prescrito. Contudo, por expressa determinação do Código Tributário Nacional, a prescrição extingue o crédito eivado por seus efeitos, tornando assim inoperante a sua exequibilidade.

Não havendo dúvidas que há divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à possibilidade da repetição do indébito, ou se seria apenas uma atualização monetária em razão da indisponibilidade da riqueza do contribuinte, uma vez que o

fenômeno prescritivo libera o contribuinte da relação jurídica obrigacional tributária, ou seja, desobrigando-o do dever de pagar o crédito em razão da sua extinção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obrigação fiscal principal decorre da ocorrência do fato gerador, constituindo-se em crédito tributário a partir de um procedimento administrativo denominado lançamento, pelo qual concede a obrigação certeza, liquidez e exigibilidade, trinômio que abre espaço para exequibilidade do crédito.

Conforme visto, a prescrição compõe uma limitação temporal ao poder de tributar do Estado, a teor do artigo 156 do CTN, esse instituto é uma forma de extinção do crédito tributário, assim, deve-se entender que o crédito tributário perdeu sua exigibilidade, deixando assim de ser exequível e, por isso, deverá ser extinto, inexistindo no mundo jurídico.

Outrossim, da constituição do crédito, não sendo a prestação tributária recolhida ao fisco, começará a fluir o prazo prescricional de 05 (cinco) anos, consoante reza o art. 174 do CTN, sendo ilógica a cobrança dessa obrigação após esse período. Com efeito, indubitavelmente, violaria flagrantemente a segurança jurídica do ordenamento brasileiro a permanência eterna da perspectiva da instauração de uma lide pelo suposto titular do direito que por ventura venha tardiamente reclamá-lo.

Deste modo, a prescritibilidade refere-se à perda da ação de cobrança por parte do Ente tributante ou pela pessoa jurídica de direito público a quem foi delegada a capacidade ativa, extinguindo não somente a ação que assevera um direito, como também o próprio direito ou não apenas o crédito tributário, bem como a obrigação tributária.

É cediço que tanto o instituto da prescrição como o da decadência são vertentes que garantem a segurança jurídica, uma vez que nas relações jurídicas existentes devem observância a parâmetros temporais estabelecidos pelo órgão legiferante, já que nas hipóteses de suas ausências ocasionariam um caos no ordenamento jurídico, visto que o direito não socorre aqueles que dormem.

Assim, o sujeito passivo após ser agraciado pelo toque do fenômeno da prescrição tributária terá seu crédito e obrigações extintas, cessando a possibilidade de cobrança do Estado em relação àquele crédito tributário que está prescrito, estando o Ente Tributante compelido a retirar o nome do contribuinte do cadastro de inscritos na Dívida Ativa (CDA) e emitir Certidões Negativas de Débitos - CND. O crédito fiscal é essencial para o Direito Tributário, já que é através dele que o sujeito ativo poderá buscar o adimplemento da obrigação tributária.

Fato que, a previsão legislativa da prescrição tributária acrescidas das jurisprudenciais dos nossos Tribunais Superiores cooperam à aplicação efetiva do princípio da segurança jurídica. Sendo inadmissível o constrangimento do Ente exequente sobre os contribuintes executados, fundada em Certidões de Dívida Ativa (CDA) sem qualquer presunção exequibilidade, seja por decadência e/ou prescrição.

Outrossim, não há o que questionar sobre a produção de efeitos liberatórios incidentes sobre o vínculo tributário e a possibilidade restituição dos valores pagos indevidamente sobre créditos tributários prescritos, seja a prescrição configurada no momento do pagamento efetuado ou durante a tramitação de uma ação judicial ou administrativa.

Por fim, podemos concluir que a prescrição tributária extingue a execução fiscal, estando, inclusive, fomentando em efeito liberatórios da relação jurídica tributária, sendo devido a restituição do indébito fiscal, se for o caso, pois não seria razoável que a Administração Pública imponha qualquer empecilho, vez que configuraria locupletamento ilícito do erário.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

BALEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 de março de 2018.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 07 de março de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de março de 2018.

BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6830.htm>. Acessado em: 07 de março de 2018.

BORBA, Claudio. Direito tributário: Teoria e 1000 questões. 22 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 2: obrigações. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Marcus Lívio & ANTONELLI, Leonardo Pietro (coord.) – Curso de Direito Tributário Brasileiro. Volume 2. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

IBET. RECURSO ESPECIAL Nº 1.320.825 - RJ (2012/0083876-8). Ministro GURGEL DE FARIA, 16/06/2016. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/download/REsp-1.320.825-RJ.pdf>>. Acessado em: 17 de março de 2018.

JUS BRASIL. Publicado por Superior Tribunal de Justiça. REsp 250.306/DF, 1ª T., rel. Min. Garcia Vieira, j. 06.06.2000, DJU 01.08.2000. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/344081/recurso-especial-resp-250306-df-2000-0021404-3>>. Acessado em: 07 de março de 2018.

JUS BRASIL. Publicado por Superior Tribunal Federal. STJ - agravo regimental no agravo em recurso especial AgRg no AREsp 439781 RO 2013/0393640-4 (STJ) - Data de publicação: 10/02/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24886894/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-439781-ro-2013-0393640-4-stj>>. Acessado em: 07 de março de 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MENDONÇA, Christine. Decadência e Prescrição em Matéria Tributária. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEZZAROBA, Orides; e, MONTEIRO, Cláudio Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Curso de direito tributário: para os cursos de direito, economia, administração e ciência contábeis. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário: completo. 6ª ed., Porto Alegre: livraria do Advogado, 2014.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA. Disponível em: <
http://www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sob-medida/Advogado/Jurisprud%C3%A4ncia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%A4ncia>. Acesso em: 07 de março de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. RE 636562 RG, Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 21/04/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 30-11-2011 PUBLIC 01-12-2011. Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+636562%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y6ugqds>>. Acessado em: 08 de março de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Súmula nº 314. Disponível em: <
http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf >. Acessado em: 08 de março de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Informativo 0397. Período: 1º a 5 de junho de 2009. Segunda Turma. Disponível em: <
<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=prescricao%20do+cr%C3%A9dito+tribut%C3%A1rio+restitui%C3%A7%C3%A3o&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO> >. Acessado em: 09 de março de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1210340/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, segunda turma, julgado em 26/10/2010, DJe 10/11/2010. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22MAURO+CAMPBELL+MARQUES%22%29.min.&processo=1210340&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> >. Acessado em: 09 de março de 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1335609/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, segunda turma, julgado em 16/08/2012, DJe 22/08/2012. Disponível em: <

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22MAURO+CAMPBEL L+MARQUES%22%29.min.&processo=1335609&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO &p=true>>. Acessado em: 09 de março de 2018.

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1355982/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, segunda turma, julgado em 06/12/2012, DJe 18/12/2012.

Disponível em: <

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22HERMAN+BENJAMIN%22%29.min.&processo=1355982&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acessado em: 09 de março de 2018.

FEMINICÍDIO: a violência contra a mulher

Viviane Marinho da Silva¹
Mariana Tavares de Melo²

RESUMO: A violência contra a mulher pode ser observado que existem muitos tipos dela, por exemplo a agressão física, a sexual, a emocional e entre tantas outras, muitas mulheres sofrem esse tipo de violência calada comedor que seu agressor pode fazer, mais temos leis para ameniza esse sentimento dessas mulher. O crime de feminicídio já e quando a mulher e assassinada por seu agressor em virtude de gênero que e o fato dela ser mulher simplesmente por esse fato. O feminismo vem através de anos lutado por igualdade de gênero esse movimento e mais conhecido como movimento feminista elas luta por seus direitos como mulher.

Palavras- chave: Violência contra a mulher, Feminicídio, Feminismo.

ABSTRACT: Violence against women can be observed that there are many types ofher, for example physical aggreression, sexual, emotional and amongmany others, many women suffer this type of silent e a Ting violence that their aggressor can do, but we have laws to mitigate this feeling of these women. The crime of feminicide is already and when the woman is murdered by her sex offender, whichis the fact that she is a woman simply because ofit. Feminism has come for yars fighting for gender equality this movement and better known as the feminist movement they fight for their rights as a woman.

Key words: *Violence against wonen, Feminicide, Feminism.*

INTRODUÇÃO

A mulher durante momentos da história da humanidade teve sua imagem poucas vezes abonada e diversas vezes restringida. Vista como incapaz de participar de debates políticos e ter censo crítico em Atenas, também foi tida como bruxa pela inquisição na Idade Média, assim ela foi marginalizada durante séculos. Durante a antiguidade sua posição era de mãe, doméstica e serviços simples:

Tal regime, durante séculos relegou à mulher a função do lar, por ser considerada atividade menor, não contribuindo diretamente para o crescimento sócioeconômico e, exatamente por isso, limitava uma maior participação das decisões. (FILHO, NEVES, FILHO, p. 4, 2011)

¹ Discente UNIESP.

² Docente UNIESP.

Tendo em vista essas limitações e discriminações, tem-se a necessidade da elaboração de políticas públicas para garantir direitos civis, políticos e sociais para todas as mulheres. Movimentos a favor destas garantias existem há muito tempo e buscam a melhoria e ações que fortaleçam ideologias

No Brasil uma das ações mais conhecidas a favor da mulher é a Lei Maria da Penha. Criada em 2006 a lei 11.340/2006 surgiu devido a agressões sofridas por uma mulher chamada Maria da Penha. Seu marido por vezes tentou contra sua vida, onde em determinado momento a deixou paraplégica e a sua condenação veio a acontecer pouco mais de 19 anos depois. Tratado como violência contra a mulher esta ação visa proteger a mulher todos os relacionamentos a sua volta. A violência contra a mulher:

[...] se caracteriza por fatos típicos, portanto crimes, praticados no seio social, envolvendo pessoas (vítima e agressor) ligados por algum tipo de relação, seja ela afetiva, seja de vizinhança. É inegável, portanto, que a vítima tem, neste tipo de relações, papel ativo no conflito que gerou a violência. (ARAÚJO, p. 143, 2003)

Exemplos como o dela salientam o feminicídio no Brasil e como os órgãos públicos e as leis deixam a desejar a segurança das mulheres em nosso país. Fomentar as ações com redes de apoio, levando informação para o bem estar da mulher e explicar a importância da denuncia e o seu real valor é necessário.

A violência contra a mulher hoje denominada de feminicídio é um dos maiores problemas enfrentados na sociedade não só hoje, mas há muito tempo, pois essa cultura de agressões com diversas categorias ainda tem sido tabu em diversas localidades, tendo em vista crenças, costumes e a forte presença do machismo. A implementação de leis para a segurança de mulheres é importante e necessária visto o índice do aumento de agressões e mortes no país.

Em 76% dos casos das mulheres vítimas de feminicídio no Brasil, os agressores são o atual ou o ex-companheiro, que não se conformam com o fim do relacionamento. Em 2018, foram registrados 1.173 feminicídios; um aumento de 12% em relação a 2017. A cada dois segundos, uma mulher é agredida no país. (G1, 2019)

Na Paraíba, o caso é preocupante onde o aumento foi de 50% em relação ao primeiro trimestre do ano de 2019. O número de feminicídios aumentou 50% em abril, com relação à soma dos casos do primeiro trimestre de 2019, na Paraíba. Os dados são da Secretaria de Segurança e Defesa Social (Seds) e mostram que, das nove mortes de mulheres no mês de abril, seis estão sendo investigadas como feminicídio. O número é maior do que o que foi registrado nos três primeiros meses do ano somados (feminicídios). (G1 PARAÍBA, 2019)

Este trabalho volta se tendo em vista, a cultura do machismo presente na sociedade e a necessidade de informação sobre recursos e lei para as mulheres. O objetivo geral deste trabalho é analisar o grau de violência contra a mulher. O movimento feminista foi criando para as mulheres lutarem por seus direitos e sua igualdade, cada dia o movimento ganha força para continuar com a sua luta contra a desigualdade na sociedade machista.

O feminicídio é um crime brutal cometido contra mulheres, de todas as etnias e classes sociais diferentes, por esse crime não que saber sua classe social mais se ser você é mulher, pois é cometido por homens que julga se donos dessas mulheres que são tratadas como objetos. Conforme Ihering pergunta: o que cabe a um indivíduo fazer quando tem seus direitos violados? Ihering diz que é o indivíduo que deve responder tal indagação, pois, encarando ou desistindo, a paz é sacrificada em nome da lei, e no outro, a lei é sacrificada em nome da paz.

1. AÇÕES PARA SUPERAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

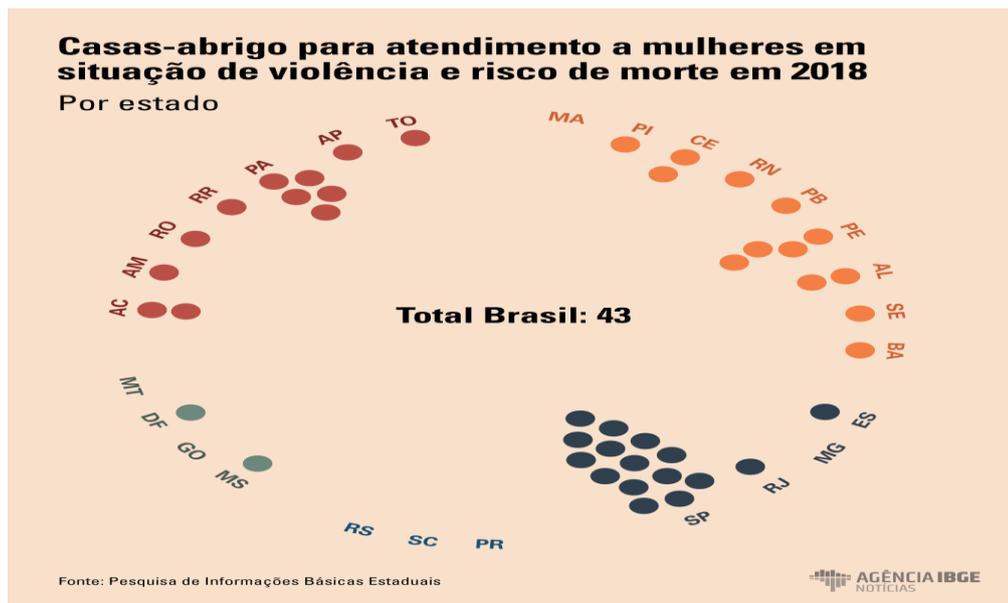
Assim como as leis aprovadas a fim de garantir o bem estar da mulher, existem ações e locais de apoio a vítimas de violência. Delegacia da mulher, CREAS e ONG's têm sido a certeza da segurança, apoio e formas de superar as agressões sofridas por tantas mulheres espalhadas pelo país.

A mais importante é a delegacia da mulher que assegura o combate a violência, tem atendimento policial especializado para mulheres e tenta promover tranquilidade ao público feminino através das investigações e dos atendimentos. A partir do momento da denuncia ela recebe acompanhamento hospitalar (em caso de estupro), psicológico e jurídico.

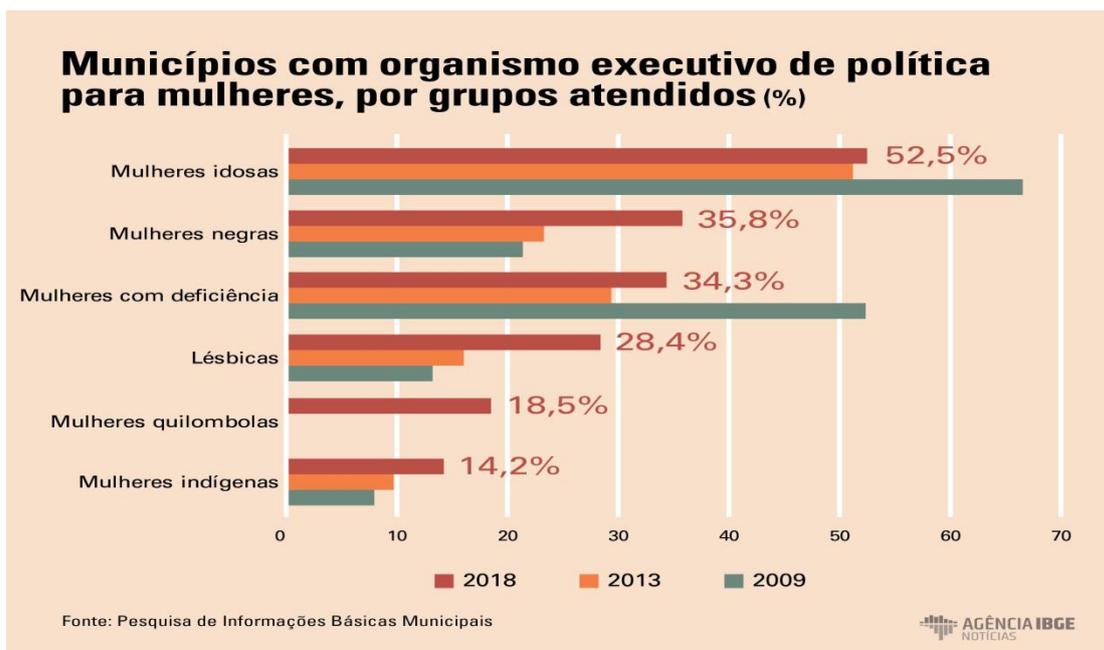
O CREAS (Centro de Referência Especializado de Assistência Social) serve de apoio a mulheres que sofreram algum tipo de violência como também a outras pessoas que tiveram seus direitos violados. Neste ambiente elas podem encontrar conforto através de acompanhamento psicológico, jurídico e encontrar benefícios.

As ONG's de apoio a mulheres que passam por este tipo de situação tem sido de grande benefício. Muitas vezes, é apenas devido ao apoio recebido em centros de acolhimento e instrução que se torna possível para a mulher identificar uma saída, principalmente se sua situação inclui uma dependência econômica ao agressor. Algumas organizações atuam na conscientização, enquanto outras voltam seus esforços para a orientação ou apoio psicossocial. (ROSA PENIDO, 2018). Existem sites com informações sobre as ONG's e formas que você pode contatar para ajudar e ser ajudada.

Em 2018 – 12 anos após a criação da Lei Maria da Penha – somente 2,4% dos municípios brasileiros contavam com casas-abrigo de gestão municipal para mulheres em situação de violência doméstica. Dos 3.808 municípios com até 20 mil habitantes, quase 70% do total de municípios no Brasil, apenas nove possuíam casas-abrigo. Na esfera estadual, existiam, ao todo, 43 casas-abrigo, todas com localização sigilosa. Esse modelo de acolhimento é exclusivo para que as mulheres vítimas de violência doméstica possam residir em local seguro até encontrarem condições para retomar o curso de suas vidas. O número de casas-abrigo de gestão do governo estadual aumentou de 12, em 2013, para 20, em 2018. O estado com o maior número de casas-abrigo é São Paulo, com 14 unidades de abrigamento. Esses dados são do Perfil dos Municípios Brasileiros (Munic), divulgado hoje pelo IBGE, juntamente com o Perfil dos Estados Brasileiros (Estadic).



Para proteção de mulheres em situação de violência em geral (quando não se aplica a Lei Maria da Penha), existe o serviço de acolhimento institucional, como a Casa da Mulher, em apenas 5,2% dos municípios, sendo que, entre aqueles com até 50 mil habitantes, esse percentual não passa de 3,5%. Além disso, somente 9,7% dos municípios brasileiros oferecem serviços especializados de atendimento a violência sexual e 8,3% possuem delegacias especializadas de atendimento à mulher. Esses serviços, assim como cooperações e convênios para políticas para mulheres, também estão concentrados nos municípios mais populosos. “Embora muito lentos, é possível falar de avanços”, explica a gerente da pesquisa, Vânia Pacheco, que considera ganhos não só na incorporação da perspectiva de gênero nas políticas públicas, mas também na forma como ocorre esta incorporação: “As instituições têm desenvolvido estruturas voltadas ao fortalecimento e à participação das mulheres numa perspectiva emancipatória, sem aquela ótica assistencialista tradicional”, explica a pesquisadora.



As pesquisas captaram também os grupos que mais receberam atenção dos poderes públicos municipal e estadual. Mais da metade dos municípios tinha políticas voltadas para mulheres idosas (52,5%), apesar da redução em relação a 2009 (66,5%). Por outro lado, todos os demais grupos específicos tiveram aumentos na participação de 2009 para 2018, exceto o grupo de mulheres com deficiência.

1.1 A LEI MARIA DA PENHA E SEUS IMPACTOS

Maria da Penha Fernandes Maia foi uma das tantas mulheres brasileiras e que sofreu a violência dentro de sua casa. O seu marido Marco Antônio Heredia Viveiros por várias vezes a agrediu e tentou contra a sua vida. Em 1983, ela recebeu um tiro efetuado pelo então marido deixando à paraplégica. Em seguida houve outra tentativa contra a sua vida desta vez por eletrocussão. O caso ganhou grande repercussão e o Brasil foi cobrado por órgãos exteriores.

Em 2004 foi elaborado um projeto e levado ao congresso nacional, em face às pressões de varias entidades que perceberam a necessidade de assegurar o bem estar das mulheres e diante a falta de projetos para a sua proteção. Em 2006 o então presidente da república, Lula, assinou a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Esta lei se volta a todo o tipo de violência domestica e familiar sofrida pela mulher.

Assim fica claro que a lei 11.340/2006 proferida no art. 5 que:

[...] configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

A partir do momento que a vítima sofre um tipo de agressão, não é apenas dever do estado proteger, é de toda a família e sociedade, como também o poder público tomar medidas assegurando seus direitos.

Ainda há quem sustente o fato de que a Lei Maria da Penha seja uma causadora de irritabilidade no seio familiar:

A alegação é que a lei criou a desigualdade no âmbito da família. Até o fato de ela direcionar-se exclusivamente à proteção da mulher é invocado, uma vez que o homem não pode figurar como sujeito passivo e nem ser beneficiário de suas benesses, o que afrontaria o princípio da desigualdade. (DIAS, p. 55, 2007)

Por mais que a lei apresente uma melhor qualidade de vida as mulheres durante o processo e após todo o trâmite, ela ainda tem suas falhas em diversas localidades do país e ainda existe uma falta de informação para que se reconheça a importância da denúncia e lhe assegurar o bem estar para que ela possa se restabelecer na sociedade.

1.2 LEI 13.104/2015: O FEMINICÍDIO COMO HOMICÍDIO QUALIFICADO

Desde a implementação da lei 13.104/2015, o número de sentenças em casos de feminicídio registrou crescimento contínuo, o que reflete a adesão dos juízes à lei. O último levantamento do ministério da justiça é de 2017, quando foram registrados 4.829 novos casos nos tribunais, quase o dobro do que no ano anterior. Reconhecendo o assassinato de mulher em função do gênero.

O crime de homicídio prevê pena de seis a 20 anos de reclusão. No entanto, quando for caracterizado feminicídio ele é considerado hediondo e a punição é mais severa, parte de 12 anos de reclusão.

De acordo com os seguintes dados, o Brasil tem a quinta maior taxa de feminicídio do mundo. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o número

de assassinatos chega a 4,8 para cada 100 mil mulheres. O Mapa da Violência de 2015 aponta que, entre 1980 e 2013, 106.093 pessoas morreram por sua condição de ser mulher. As mulheres negras são ainda mais violentadas. Apenas entre 2003 e 2013, houve aumento de 54% no registro de mortes, passando de 1.864 para 2.875 nesse período. Muitas vezes, são os próprios familiares (50,3%) ou parceiros/ex-parceiros (33,2%) os que cometem os assassinatos. (EXAME, 2018).

Taxas alarmantes para um país onde mais de 50% da população é do sexo feminino, o Brasil veio a aprovar a lei do feminicídio em 2015 classificando como homicídio qualificado. Ela veio como reforço à lei Maria da penha na qual engloba todas as agressões sofridas pelas mulheres. A lei visa à violência pela questão do gênero e desde a sua implementação, ficou mais fácil à identificação da agressão.

2. A HISTÓRIA DOS DIREITOS DA MULHER NO BRASIL

Os direitos das mulheres não é apenas a garantia do trabalho, o direito ao voto, mas também o direito a segurança e uma vida digna. Até a década de 60, nenhuma mulher poderia trabalhar, caso não estivesse casada e se fosse, a permissão para o trabalho era concedida pelo marido, tornando as dependentes de suas decisões.

Logo após a ditadura, começaram a questionar seus direitos levando a público seus anseios e dúvidas, exigindo um posicionamento dos governantes

Ao mesmo tempo em que denunciavam pautas gerais, as mulheres nos movimentos passaram também a levantar temas específicos à sua condição como direito a creche e direitos trabalhistas, saúde, sexualidade, contracepção e violência contra a mulher. Pressões se dirigiram a diferentes níveis de governo, dependendo da distribuição de competências em cada campo de política pública – municipal, estadual e federal. (POLITIZE, 2016)

Após levantarem questionamentos sobre essas pautas, foram criadas as primeiras políticas públicas em benefício das mulheres, no qual foram o primeiro Conselho Estadual da Condição Feminina, no ano de 1983 e a primeira Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher, no ano de 1985 no Estado de São Paulo. Isso fora um grande avanço para aquela época onde havia tão pouca preocupação com as mulheres, vistas de formas inferiores.

A partir desses primeiros avanços para a sociedade feminina, foi se abrindo espaço para outras melhorias, como a Lei Maria da Penha, contribuindo para a diminuição de casos de violência doméstica. É preciso ressaltar:

[...] a Secretaria de Políticas para as Mulheres, órgão federal criado em 2003 e de importância central para a defesa dos direitos das mulheres. Um de seus serviços é a Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência – Ligue 180, que recebe denúncias de violência e reclamações sobre os serviços da rede de atendimento à mulher e orienta sobre seus direitos e sobre a legislação vigente. (POLITIZE, 2016)

No ano de 2015 tivemos um grande avanço na implementação de uma lei que reafirmaria o compromisso do governo com a segurança de todas as mulheres no território brasileiro, a Lei 13.104/15, tornando qualificado o homicídio contra mulheres por questões de gênero, popularmente conhecida como feminicídio.

Diante dos progressos vistos durante os anos, é preciso tornar a voz da mulher mais efetiva para assegurar esses tão poucos direitos conquistados. A presença em cargos governamentais e uma participação ativa de movimentos garantem possibilidades de mais conquistas. Essa busca por direito é um benefício a todos não só as mulheres.

2.1 DIREITOS DA TRABALHADORA

É notório, mesmo com o avanço das políticas públicas e o mercado de trabalho tendo progressos em favor da mulher, a diferença ainda é perceptível nos direitos trabalhistas entre homens e mulheres. É evidente que caminha se a passos curtos os direitos femininos como diz a matéria seguinte que a

A lacuna de gênero no trabalho quase não diminuiu nos últimos 27 anos e, em 2018, a probabilidade de uma mulher trabalhar foi 26% inferior que a de um homem, uma melhoria de apenas 1,9% com relação a 1991, apontou nesta quarta-feira (6) a Organização Mundial do Trabalho (OIT). (G1, 2019)

Um dos pontos mais fortes no direito trabalhista feminino é o direito da maternidade como a licença para afastamento temporário enquanto cuidar da criança no pós-parto, garantido seus direitos como se estivesse trabalhando nesse período.

2.2 O PAPEL DA MULHER NA SOCIEDADE DA MISOGINIA

O feminismo tem sido pauta há bastante tempo no território brasileiro, ganhando força nas redes sociais. Para que entendamos um pouco do machismo é preciso compreender a luta do feminismo e como sua ligação se dá durante o tempo. O feminismo nasce da insatisfação dos direitos das mulheres, onde:

Na França revolucionária de 1791, a dramaturga Olympe de Gouges organizou, junto de outras mulheres, uma resposta à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, feita dois anos antes. A Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã pedia direito ao voto e à propriedade e acesso às instituições políticas. De Gouges foi guilhotinada em 1793, sob o argumento de ter traído a natureza de seu sexo. (SUPER INTERESSANTE, 2018)

A partir de então as mulheres precisariam se unir para buscar seus direitos, garantir sua segurança numa época onde sua função não passava de mãe e responsável do lar. Com a chegada da revolução industrial no século XIX, a mulher ganha espaço no mercado de trabalho, devido a grande demanda de empregados para a produção das mais variadas coisas nas fábricas.

Atualmente é possível presenciar mulher em cargos renomados, mas ainda á uma hierarquização por conta de um machismo enraizado na sociedade que limita a voz da mulher.

Algumas empresas ainda hesitam em contratar profissionais mulheres para cargos elevados ou de tradição masculina, demonstrando que ainda existem preconceitos e diferenças de gêneros no contexto profissional. Trabalhar para si e ter seu próprio negócio são formas da mulher buscar sua independência pessoal, profissional e financeira. (IBC, 2015).

A sociedade machista favorece as agressões violentas a mulheres. Além disso, fatores como a classe social, a etnia da vítima, a violência no entorno e outros contextos sócios contribuem para a situação de risco e vulnerabilidade social de uma mulher.

3. O QUE É FEMINICÍDIO

O feminicídio é o homicídio praticado contra a mulher em decorrência do fato de ela ser mulher. O Feminicídio é a perseguição e morte intencional de pessoas do sexo feminino, que é classificado como crime hediondo no Brasil. Se configura feminicídio quando é comprovado as causas do assassinato, devendo este ser exclusivamente por questões de gênero, ou seja, quando uma mulher é morta simplesmente por ser mulher.

Agressões físicas e psicológicas, como abuso ou assédio sexual, estupro, escravidão sexual, tortura, mutilação genital, negação de alimentos e maternidade, espancamentos, entre outras formas de violência que gerem a morte da mulher, podem configurar o feminicídio.

A palavra foi difundida na década de 1970, pela socióloga sul-africana Diana E. H. Russell (“femicide”, em inglês). Com esse novo conceito, ela contestou a neutralidade presente na expressão “homicídio”, que contribuiria para manter invisível a vulnerabilidade experimentada pelo sexo feminino em todo o mundo.

O conceito foi inicialmente formulado para conter as diferentes modalidades de violência que representam risco de morte imediata ou potencial para elas. Russell entende que essas mortes não são casos isolados ou episódicos, mas inseridos dentro de uma cultura, na qual a sociedade naturaliza a violência de gênero e limita o desenvolvimento livre e saudável de meninas e mulheres.

3.1 FEMINICÍDIO OS CRIMES ENCOBERTOS

Encobertos por costumes e tradições e que são justificados como práticas pedagógicas, como o apedrejamento de mulheres por adultério, relacionadas com o pagamento de dote, a mutilação genital e os crimes “ em defesa da honra” . Russell também pontua o assassinato de mulheres por seus maridos e companheiros, os estupros de guerra , a morte por preconceito racial e a morte pelo tráfico e a exploração sexual, que tratam as mulheres como objetos sexuais e descartáveis.

As mortes violentas por razões de gênero são um fenômeno global que vitimização de mulheres todos os dias, como consequência da posição de discriminação estrutural e da desigualdade de poder , que inferioriza e subordina as mulheres aos homens.

O Brasil ocupa o 5º lugar no ranking mundial de Femicídio, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH). O país só perde para El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia em número de casos de assassinato de mulheres. Em comparação com países desenvolvidos, aqui se mata 48 vezes mais mulheres do que o Reino Unido, 24 vezes mais do que a Dinamarca e 16 vezes mais do que o Japão ou Escócia. O mapa da violência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostra que o número de mulheres assassinadas aumentou no Brasil. Entre 2003 e 2013, passou de 3.937 casos para 4.762 mortes. Em 2016, uma mulher foi assassinada a cada duas horas no país.

3.2 LEI DE FEMINICÍDIO

A lei 13.104/15, mais conhecida como lei do feminicídio, introduz um qualificador na categoria de crimes contra a vida e altera a categoria dos chamados crimes hediondos, acrescentando nessa categoria o feminicídio.

Houve uma alteração da seção dos crimes hediondos (lei nº 8.072/90) por meio da lei 13.104/15, que colocou o feminicídio na mesma categoria desses crimes, o que resultou na necessidade de se formar um tribunal do júri, ou o conhecido júri popular, para julgar os réus de feminicídio. Muita discussão foram geradas a partir da lei 13.104/15, por conta desconhecimento do teor da lei. Para entender a lei e as suas motivações, é preciso primeiro entender em quais casos ela é aplicável.

Quando há violência doméstica ou familiar quando o homicídio for resultante de , ou concomitante com, violência doméstica e familiar, praticada por cônjuge ou qualquer outro familiar da vítima, o agravante feminicídio pode ser atribuído ao caso. Vale lembrar que a lei Maria da penha prevê uma rígida atuação dos poderes públicos não tem sido suficiente para conter os casos ocorridos no Brasil, o que tem acarretado a necessidade de aplicação da lei do feminicídio ou, no caso de não concretização do feminicídio, da tentativa de sua prática.

Quando o homicídio é cometido pelo menosprezo ou discriminação contra a condição da mulher nesse caso , o feminicídio é tratado como um crime de ódio contra a mulher. Se o homicídio é cometido por um homem contra uma mulher pela sua simples condição feminina, que, na mente do agressor e em nossa sociedade

patriarcal, pode ser considerada como um ser inferior, o crime pode ser considerado um feminicídio.

Os dois casos que apresentam a caracterização da lei deixam claro que não é qualquer assassinato de mulher que pode ser enquadrado como feminicídio. Se houver um homicídio culposo (quando não há a intenção de matar) ou quando há latrocínio (roubo seguido de morte), o crime não é caracterizado como feminicídio.

3.3 FEMINICÍDIO E MULHERES TRANSEXUAIS

Apesar de não serem citadas explicitamente no texto da lei, muitos juízes argumenta que a lei também deve ser aplicada no caso das mulheres transexuais. As mulheres transexuais também sofrer com a violência praticadas por seus agressores que são homens, que sente o prazer de agredir e pratica a violência contra essas mulheres transexuais de que chegar a ocasionando sua morte, que ocaso do feminicídio que foi praticado.

Em agosto de 2019, 3ª turma criminal do tribunal de justiça do distrito federal (TDJFT), manteve a acusação de tentativa de feminicídio contra um grupo que tentou assassinar uma estudante em Taguatinga (DF). As políticas ter que garantir a essas mulheres o direito de proteção contra seus agressores de maneira que elas se sinta seguras para fazer a denuncia nas delegacias especializadas em violência contra a mulher. Tanto mulheres transexuais como a mulher em se precisar de lei que seja mais rigorosa no seu cumprimento, pois ainda da parar perceber a fragilidade que essas leis tem em proteger essas mulheres que sofrem com qualquer tipo de violência com elas só por serem mulheres por simples questão de gênero.

3.4 TIPO DE FEMINICÍDIO

O termo feminicídio tem levantado grandes debates, para que se torne mais especifico o termo utilizado para falar de crimes praticados por homens contra mulheres. Só por elas serem mulheres que esse tipo de crime é cometido por uma questão de gênero. Os tipos mais comuns de feminicídio reconhecidos são:

Íntimo e familiar denomina-se feminicídio íntimo aquele cometido pelo companheiro ou ex-companheiro da vítima, seja qual for a situação legal entre eles. Por sua parte, quando o assassinato da mulher ocorre dentro do círculo familiar, cometida por parentes ou amigos próximos da vítima. Uma das variantes desse tipo de feminicídio é o crime de honra, onde o assassinato da mulher é justificado mediante o argumento que ela teria comprometido a reputação do agressor.

O Lesbicídio é o assassinato de mulheres lésbicas ou bissexuais. A morte dessas mulheres seria uma forma de punição por elas assumirem sua sexualidade. É preciso lembrar que em 75 países as relações homossexuais estão proibidas e em alguns deles como Irã, Arábia Saudita, Lêmen e Sudão, estão prevista pena de morte.

O feminicídio racial é registrado, principalmente, em casos de guerra, quando ocorre o homicídio de mulheres de apenas uma etnia ou grupo específico. As mulheres costumam ser vítimas da brutalidade da guerra, de maneira diferente que os homens, pois estão expostas à violência sexual por partes dos soldados.

Feminicídio em série quando um homem mata várias mulheres a fim de obter prazer sexual. Geralmente são cometidos por psicopatas que tem sérios problemas de empatia com seu entorno. Feminicídio sexual quando a morte da vítima decorre de abuso e violência sexual ou o homicídio é praticado acompanhado de estupro e violência sexual.

Feminicídio reprodutivo quando a morte da mulher decorre da prática irregular do aborto. Esse último ponto é um fator importante e ainda não reconhecido pela lei, pois a criminalização do aborto e a falta de assistência médica à mulher resultam, indiretamente, em milhares de mortes todos os anos no Brasil. Como a criminalização do aborto não é uma medida eficaz contra a sua prática, muitas mulheres acabam procurando métodos caseiros e, nos piores casos, clínicas de aborto clandestinas, que, por suas condições insalubres e falta de acompanhamento médico regular, tornam as pacientes vítimas de homicídio.

4. FEMINICÍDIO NO BRASIL E SUAS PENAS

Por se tratar de uma forma qualificada de homicídio, a pena para o feminicídio é superior à pena prevista para os homicídios simples. Enquanto um

condenado por homicídio simples pode pagar de 6 a 20 anos de reclusão, um condenado por feminicídio pode pagar de 12 a 30. Isso iguala a previsão das penas para condenados por homicídio qualificado e feminicídio. A pena para crimes de feminicídio pode chegar à 30 anos de prisão.

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), entre 2007 e 2011, ocorreu, em média, um feminicídio a cada hora e meia no Brasil, o que resultou em um total de 28.800 feminicídios registrados no período. O Mapa da Violência de 2015 aponta a ocorrência de 13 feminicídios por dia no Brasil contra os 16 apontados na amostragem do IPEA de 2007 a 2011.

A maior parte desses crimes é praticada por homens que vivem ou viveram com a vítima, sendo namorados, parceiros sexuais ou maridos. Além dos altos índices de feminicídio, existem ainda muitos casos de estupro e lesão corporal gerada por violência doméstica.

Diante de tantos dados de crimes cometidos contra as mulheres e do fato de o Brasil ocupar o quinto lugar no ranking de violência contra a mulher (ficando à frente de países árabes em que a lei Islâmica é incorporada no sistema legal oficial), é necessário pensar a origem de tanta violência.

Como afirmam algumas teorias femininas, a origem dessa violência está na cultura patriarcal e misógina que ainda permeia a nossa sociedade. Esse tipo de cultura somente pode ser revertido com políticas que promovam a educação, a igualdade de gênero e a fiscalização da lei, além de leis, como a Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio, que criminalizam e propõem punições específicas e mais severas para quem pratica crimes de violência contra as mulheres. A lei do feminicídio visa a coibir o homicídio de mulheres em determinadas circunstâncias muito comuns no Brasil. O Brasil, por sua vez, apresenta maiores índices de feminicídio decorrentes de violência doméstica.

Os estados que apresentaram menores índices de feminicídio a cada 100 mil habitantes, segundo o mapa da violência de 2015, foram o Piauí, São Paulo e Santa Catarina. Já nos estados com maiores índices de feminicídio a cada 100 mil habitantes foram Roraima, Rondônia, Pará, Mato Grosso, Tocantins, Goiás, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Bahia e Espírito Santo.

A violência contra a mulher, a violência sexual e o feminicídio ainda estão fortemente ligados a uma cultura patriarcal e repressora da mulher, que a identifica como objeto de posse. Essa mesma cultura também culpabiliza a vítima de violência doméstica e sexual, o que dificulta a denúncia das vítimas, que muitas vezes têm medo de serem mal vistas, mal interpretadas, culpabilizadas ou ignoradas.

4.1 OBJETIVO E A IMPORTÂNCIA DA LEI DO FEMINICÍDIO

Em razão dos altíssimos índices de crimes cometidos contra as mulheres que fazem o Brasil assumir o quinto lugar no ranking mundial da violência contra a mulher, há a necessidade urgente de leis que tratem com rigidez tal tipo de crime. Dados do mapa da violência revelam que, somente em 2017, ocorreram mais de 60 mil estupro no Brasil. Além disso, a nossa cultura ainda se conforma com discriminação da mulher por meio da prática, expressa ou velada, da misoginia e do patriarcalismo. Isso causa a objetificação da mulher, o que resulta, em casos mais graves, no feminicídio.

A imensa quantidade de crimes cometidos contra as mulheres e os altos índices de feminicídio apresentam justificativas suficientes para a implantação da lei 13.104/15. Além disso, são necessárias políticas públicas que promovam a igualdade de gênero por meio da educação, da valorização da mulher e da fiscalização das leis vigentes. O patriarcalismo e a misoginia são fatores por trás dos altos índices de violência contra a mulher no Brasil.

O principal motivo para o uso da palavra feminicídio é de que o crime é diferente por si só, por ser um crime de discriminação, cometido contra mulher pelo o fato de ela ser mulher. Essa discriminação provém do machismo e do patriarcalismo, que são maneiras culturais da sociedade colocar a mulher num lugar de inferioridade, submissão e subserviência; de acordo com essa lente, a autoridade máxima é exercida pelo homem e automaticamente a mulher se torna um ser desimportante, que deve dedicar sua vida á servir (principalmente os homens).

A existência dessas formas de violência chama a nossa atenção para o fato de que o feminicídio pode ser evitado, por muitas vezes ser o ápice de um processo de violência contínua e que muitas vezes esta dentro de casa.

4.2 FEMINICÍDIO DE MULHERES NEGRAS

A realidade feita quando tratamos de mulheres negras com relação a mulheres brancas: em dez anos, de 2003 a 2013, o número de homicídio de mulheres brancas caiu 9,8% de 1.747 para 1.576 e o de mulheres negras cresceu 54,2%, passando de 1.864 para 2.875 (Mapa da violência, 2015). Dentre as mulheres que declararam ter sofrido algum tipo de violência, enquanto o percentual de brasileiras brancas que sofreram violência física foi de 57%, o percentual de negras (pretas e pardas) foi de 74%. (DataSenado, 2017).

Além disso a taxa de mortalidade de mulheres negras ter aumentado, cresceu a proporção de mulheres negras entre mulheres vítimas de mortes por agressões: em 2005 era de 54,8% e em 2015 era 65,3% (Atlas da violência, 2017). Resumindo, 65,3% das mulheres assassinadas no Brasil no último ano eram negras, evidenciando que a combinação entre desigualdade de gênero e racismo é um ponto fundamental para compreendermos a violência letal contra a mulher no país.

Essa disparidade pode ser observada nas respostas á pergunta sobre ter visto algum tipo de violência mulheres no seu bairro no último ano praticado por companheiros, maridos ou namorados (atuais ou não): 26% das mulheres negras respondeu que sim, em oposição a 22% das mulheres brancas. Quando questionadas sobre ter visto essa violência na casa de suas vizinhas, 42% das mulheres negras afirmou ter visto, assim como 30% das mulheres brancas. (FBSP, 2017).

Os números nos levam a concluir que quando menos privilégios um grupo de mulheres tem, mais sofrerá com a violência e mais altos serão os números de feminicídio. São poucas as pesquisas que segmentam as entrevistadas por uma perspectiva de renda, por exemplo, o que pode ser um impeditivo de uma leitura mais ampla do problema. Não há outros recortes feitos por essas pesquisas que tragam dados sobre feminicídio de mulheres lésbicas, bissexuais, transexuais,

travestis, nem cruzem as suas demais características, como as de ser uma mulher negra e lésbica, por exemplo.

4.3 RACISMO

É uma crença em que uma raça, etnia ou certas características físicas sejam superiores a outras. O racismo pode se manifestar tanto em nível individual, como também no nível institucional, através de políticas como a da escravidão, o apartheid, o holocausto, o colonialismo, o imperialismo, dentro outros. Embora o racismo associe-se ao preconceito contra os negros, ele pode se manifestar contra qualquer raça ou etnia, sejam asiáticos, indígenas, etc.

Convém lembrar que a prática do racismo, no Brasil, é considerado um crime inafiançável, pena de até 3 anos de prisão. Vejamos agora os principais tipos de racismo:

O racismo individual é expresso em atitudes discriminatórias individuais, através de estereótipos, insultos e rejeição a uma pessoa que não possua as mesmas características étnicas que a sua. Desta maneira, temos expressões como “é preto, mas é limpinho” ou “índio bom é índio morto” que revelam o profundo desprezo a todo um grupo.

O racismo institucional é aquele exercido pelas instituições, como o estado, a igreja, as empresas privadas e públicas, no qual certos grupos étnicos, como negros ou índios, são marginalizados e rejeitados, seja direta ou indiretamente. Um dos maiores exemplos foi a apartheid, na África do Sul, quando os negros estavam proibidos de freqüentar os mesmos lugares que os brancos. Igualmente, os Estados Unidos, havia leis desse tipo, que impediam os negros a estudarem nos mesmos escolas que os brancos, por exemplo.

Resulta na crença que existe superioridade entre as culturas existentes, no amplo sentido que “culturas” engloba, religião, costumes, línguas, dentre outras. O racismo cultural foi usado como justificativa para colonizar e dominar territórios desde a antiguidade. Na época moderna, esse tipo de racismo pode incluir elementos do racismo institucional e individual.

Racismo comunitarista (Diferencialista) o conceito de comunitarismo ganhou força nos anos 80, em contraposição ao individualismo. Esta filosofia defende que a comunidade é mais importantes que o indivíduo em si. Dessa maneira, o racismo comunitarista está ligado ao pensamento contemporâneo e ao nacionalismo. Ele torna-se racista na medida que sempre privilegia a sua comunidade em detrimento de outra. Como consequência, o racismo comunitarista se dirige a um grupo como uma comunidade quilombola, e não só aos indivíduos específicos.

O racismo ecológico é detectado quando as populações periféricas não recebem o mesmo tratamento que uma área central. Um exemplo disso são as desapropriações realizadas de maneira arbitrária para dar lugar às represas ou instalações de eventos esportivos. Ou quando uma empresa de país em desenvolvimento que não cumpre as mesmas regras do seu país de origem. Também a destruição de meio ambiente, afetando grupos e comunidades baseadas na aplicação desigual da legislação são considerada como racismo ambiental.

4.4 MOVIMENTOS RACISTAS PELO MUNDO

As pessoas denominadas racistas baseiam-se na ideologia da superioridade racial. Estas idéias ganharam força no século XIX através do positivismo e, mais tarde, no século XX, foram aproveitadas pelo fascismo. Mesmo com todos os estudos indicando que a raça de um indivíduo não tem relação com a inteligência ou caráter, certas pessoas continuam a acreditar nisso. Pior é quando estas pessoas se reúnem e começam a tomar atitudes violentas contra os grupos que elas classificam de “inferiores”.

Alguns movimentos racistas pelo mundo atual são os Neonazistas e Skinheads. Esses grupos perseguem, espancam e matam pessoas consideradas diferentes, seja pela raça, cor, cultura ou mesmo por preferências sexuais, religiosas, etc.

5. RAÍZES DO FEMINISMO

O feminismo é o movimento social que luta contra a violência de gênero e pela igualdade de direitos e de condições das mulheres na sociedade. Segundo os

historiadores, surgiu após a revolução francesa e que se fortaleceu na Inglaterra, durante o século XIX, e depois nos estados unidos, no começo do século XX. Esse movimento luta pela igualdade de condições entre homens e mulheres, no sentido de que ambos tenham os mesmo direitos e as mesmas oportunidades.

É importante pontuar que feminismo não é o oposto de machismo, pois o machismo é uma construção social que promove e justifica atos de agressão e opressão contra as mulheres. Já o feminismo, conforme mencionado, é o movimento social que luta contra as manifestações do machismo na sociedade. Assim o objetivo final do feminismo é construir uma sociedade que ofereça igualdade de condições entre os dois gênero.

As origens do movimento feminista remontam ao período das revoluções liberais, das quais o grande destaque foi a revolução francesa, influenciada pelos ideais do iluminismo. Desse período, pode-se destacar a ação de Olímpia de Gouges, que, durante os anos iniciais da revolução, lutou pela emancipação dos direitos das mulheres, defendendo, principalmente, o direito das mulheres de participar ativamente da política.

Criticou de maneira contundente a atuação dos revolucionários, que, apesar de defenderem causas de “liberdade” e “igualdade”, ainda mantinham a mulher subjugada ao ambiente doméstico, não as permitindo adentrar a política. Em 1791, lançou a Declaração dos Direitos da mulher e da cidadã em contraposição à declaração dos direitos do homem e do cidadão, na qual criticava as desigualdades existentes entre os gêneros.

Olímpia de Gouges era girondina e, por suas críticas ao governo imposto pelos jacobinos na época do terror, foi presa, julgada e sentenciada à morte. Olímpia foi guilhotinada no dia 3 de novembro de 1793, e os relatos afirmam que, ao subir na cadafalso para execução, Olímpia soltou a seguinte frase: “A mulher tem o direito de subir ao cadafalso, ela deve ter igualmente o direito de subir à tribuna”.

O movimento feminista ganhou força de fato na Inglaterra ao longo do século XIX, passando depois para os estados unidos a partir do século XX. No caso da Inglaterra, o movimento feminista concentrou-se principalmente na luta pela igualdade de condições de trabalho nas indústrias inglesas. As mulheres exigiam uma carga de trabalho e um salário iguais aos dos homens.

No começo do século XX, o movimento espalhou-se para os estados unidos e teve como principal bandeira de luta a questão sufragista, ou seja, o direito ao voto. Do movimento sufragista no reino unido, destacam-se os nomes de Emmeline Pankhurst e de Emily Davison. A segunda ficou particularmente conhecida por ter se jogado em frente ao cavalo do rei, o que causou a sua morte em 1913.

No caso do Brasil, o movimento sufragista foi encabeçado por Bertha Lutz, que liderava a federação brasileira para o progresso feminino (FBPF). Esse movimento feminista encabeçado por Bertha Lutz é atualmente questionado pela sua conduta vista como conservadora. No entanto, a atuação do sufragismo no Brasil fez com que as mulheres tivessem o direito ao voto decretado em 1932.

A partir da década de 1960, o feminismo iniciou uma nova fase, muito influenciada pelo contexto de agitação social com as jornadas de 1968 e o surgimento do movimento hippie. Nesse período, o movimento feminista ganhou força e passou a defender a idéia de que as opressões e violências cometidas no âmbito privado estão relacionadas a uma conjuntura de opressão política. Assim, para reforçar a defesa contra as violências privadas, é necessário atacar a opressão como um todo no âmbito político.

Da década de 1990 em diante, uma nova fase do feminismo iniciou-se e foi nomeada de “terceira onda do feminismo”. A partir desse período, tratou-se de discutir algumas visões imprecisas do feminismo da segunda onda (década de 1960) e o debate foi ampliado com o feminismo, a partir de Organizações Não Governamentais (ONGs), podendo ter acesso a comunidade de mulheres carentes e podendo exercer maior pressão sobre o estado para o desenvolvimento de políticas em defesa das mulheres.

5.1 DESAFIOS DO FEMINISMO ATUALMENTE

Atualmente no Brasil, o feminismo segue discutindo questões que afetam as mulheres de uma forma geral. Primeiramente, há a desvalorização da trabalhadora em comparação aos homens, sobretudo pelo fato de que, segundo pesquisas feitas

pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), as mulheres ganham em média 30% menos que os homens para realizar a mesma função.

Além disso, há a questão do assédio e violência contra a mulher, uma vez que, segundo estudos conduzidos pela Secretaria de Políticas para Mulheres do Governo Federal, uma mulher é assassinada no Brasil. As mulheres estão suscetíveis a esse tipo de violência de gênero em diferentes locais, seja na rua, seja também em suas famílias.

O grande esforço do movimento feminista no caso brasileiro é para lutar contra essas violências e para que o governo crie políticas públicas que combatam isso e que promovam o bem-estar das mulheres na sociedade. Um dos grandes marcos nesse sentido foi o decreto da lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, também conhecida como lei Maria da penha.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir desse trabalho podemos observar que a violência contra a mulher que existe alguns tipo e ate mesmo, que acaba ocasionando a sua próprio morte que é chamado de feminicídio. Observamos que as leis mesmo que seja um pouco mais rigorosa mesmo assim as mulheres que sofrem as agressões não se sentem seguras, pois a lei tem falhas que ocasiona esse sentimento de incapacidade que as vitimas sente.

Para combater essa violência gratuita contra mulheres tem que se estudado políticas publicas referente a esse tema buscado de maneira melhor que possa garantir a essas mulheres maneiras para se sentir seguras para ir ate uma delegacia fazer o boletim de ocorrência contra suas agressões. Atualmente muitas mulheres se sentir humilhadas desprotegidas pela segurança publica e pelas leis que na sua pratica não são tão eficaz como pensamos .

As mulheres sofrem também com a cultura do machismo, para combater as mulheres tem o movimento chamado feminista que luta por seus direitos e por sua igualdade de trabalho e de igualdade salário. Esse movimento já ganhou bastante força, mas ainda não alcançaram os seus objetivo que tanto elas luta e cada

conquista e uma vitória para esse movimento que sua origem foi marcado por muitas lutas.

O feminicídio já é o crime consumando, assim podemos falar que é a morte da mulher por homens que se acharam que eram os seus donos posso assim afirmar, muitas delas não tiveram nem achasse de se defende dos seus agressões. Por essa afirmação falamos que essa mulheres hoje tem um pouco mais até mesmo de conhecimento das leis que podem ser a sua achasse de escapa da morte.

Esse trabalho foi feito para demonstra que mesmo com tantas leis e criações de leis mais rigorosas, que tanto são debatidas pelo os senadores e deputados mesmo assim não são abrangentes como pensamos mesmo que termos alguns resultados positivos. Mais mesmo assim ainda termos um caminho muito grande a se percorrido para garante que nossa mulheres esteja seguras de homens agressores.

Tem que se criadas políticas públicas mais rigorosa e eficaz para o combate de crimes contra mulheres. Com uma senta rapidez por milhares de mulheres que pede sua vida por motivos tão fútil são muitas morte por ano.

Esses trabalhos podem vê o quando é triste a realidade da vida de muitas mulheres não só do Brasil aonde o tema foi abordado, mais também em outros país que tratar suas mulheres como objetos sexual. No Brasil existem muitos crimes cometidos contra mulheres, que quando começamos a debate sobre esse tema podemos em contra muitos tipos de violência que muitas mulheres passam. Muitas mulheres enfrentam esse tipo de violência sem medo mesmo o numero sendo pequeno mas existem mulheres que enfrenta esse desafio de luta por sua vida mesmo acabe as levando a pede suas vidas.

A luta de hoje é contra a violência contra a mulher, contra o feminicídio e contra essa cultura do machismo e do patriarcalismo que ainda vivemos. Mesmo com a ajuda do movimento feminista, ainda termos um logo caminho para ser trilhado por essas mulheres em buscar de melhores condições de vida.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Letícia Franco de. Violência com a mulher: a ineficácia da justiça penal consensual. Campinas, SP: CS: São Paulo: Lex, 2003.

BRASIL. Maria da Penha. Disponível em:
<<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/04/maria-da-penha-1>>. Acesso em 31 de maio de 2019.

_____. Delegacia da mulher. Disponível em:
<<http://www.policiacivil.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=9>>. Acesso em 01 de junho de 2019.

DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Entenda a lei do feminicídio e por que ela é importante | Atualidades no vestibular... Disponível em: < <https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-a-lei-do-femicidio-e-por-que-e-importante/>>. Acesso em 28 de novembro de 2019.

EXAME. Taxa de feminicídios no Brasil é a quinta maior do mundo. ABRIL. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/taxa-de-femicidios-no-brasil-e-a-quinta-maior-do-mundo/>>. Acesso em 31 de maio de 2019.

FILHO, Mário S. O.; **NEVES,** Nadja G. S. das; **FILHO** Renilto C. de O. Mulher na antiguidade clássica: sua importância nas esferas jurídico-social das cidades-estado de Atenas e Esparta. In: ENCONTRO NACIONAL DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA DO GRUPO INSTITUCIONAL DE PESQUISA EM DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS. Bahia: UESC, 2011. p 1-10.

Femicídio - Brasil é o 5º país em morte violentas de mulheres no mundo. Disponível em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/femicidio-brasil-e-o-5-pais-em-morte-violentas-de-mulheres-no-mundo.htm>>. Acesso em: 20 de novembro de 2019.

Femicídio: O que é, lei, casos no Brasil tipos- Brasil Escola. Disponível em: < <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/femicidio.htm>>. Acesso em: 20 de novembro de 2019.

Femicídio: Definições, lei, tipos e estatísticas. Disponível em: < <https://www.todamateria.com.br/femicidio/>>. Acesso em: 23 de novembro de 2019.

Femicídio: o que é, lei, importância e objetivo-História do Mundo... Disponível em: <<https://www.historiadomundo.com.br/curiosidades/femicidio.htm>>. Acesso em: 25 de novembro de 2019.

G1. Desigualdade entre homens e mulheres no trabalho quase não caiu em 27 anos, diz OIT. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2019/03/06/desigualdade-entre-homens-e-mulheres-no-trabalho-quase-nao-caiu-em-27-anos-diz-oit.ghtml>>. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

G1 PB. Número de feminicídios em abril sobe 50% em relação ao primeiro trimestre de 2019, na Paraíba. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2019/05/19/numero-de-feminicidios-em-abril-sobe-50percent-em-relacao-ao-primeiro-trimestre-de-2019-na-paraiba.ghtml>>. Acesso em: 27 de maio de 2019.

GLOBO REPÓRTER. Pelo menos três mulheres são assassinadas, vítimas de feminicídio, todos os dias no Brasil. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2019/05/16/pelo-menos-tres-mulheres-sao-assassinadasvitas-de-feminicidio-todos-os-dias-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 27 de maio de 2019.

IBC. DESAFIOS DAS MULHERES NOS DIAS ATUAIS. Disponível em: <<https://www.ibccoaching.com.br/portal/mercado-trabalho/desafios-mulheres-dias-atuais/>>. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

IHERING e sua luta pelo direito: a dor é etapa necessária á conquista do d... Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/66668/resenha-a-luta-pelo-direito>>. Acesso em: 29 de novembro de 2019.

_____. LEI MARIA DA PENHA. Lei N.º11.340, de 7 de Agosto de 2006.

Mesmo com a lei Maria da penha, somente 2,4% dos municípios oferecem casas-abrigo. Disponível em: < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25518-mesmo-com-lei-maria-da-penha-somente-2-4-dos-municipios-oferecem-casa-abrigo>>. Acesso em: 29 de novembro de 2019.

O QUE É FEMINISMO?. Disponível em: < <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-e-feminismo.htm>>. Acesso em: 21 de novembro de 2019.

O racismo é a crença em que uma raça, etnia ou cert... Disponível em: < <https://www.todamateria.com.br/racismo/>>. Acesso em: 29 de novembro de 2019.

POLITIZE. Direitos da mulher: avanços e retrocessos na legislação e políticas públicas. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/direitos-da-mulher-avancos-e-retrocessos/>>. Acesso em: 24 de setembro de 2019.

ROSA PENIDO. Conheça 5 ONGs que auxiliam mulheres em situação de violência doméstica. Disponível em: <<http://www.rosapenido.com.br/conheca-ongs-que-auxiliam-mulheres-em-situacao-de-violencia-domestica/>>. Acesso em 31 de maio de 2019.

SENADO. Três anos depois de aprovada, Lei do Feminicídio tem avanços e desafios. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/tres-anos-depois-de-aprovada-lei-do-feminicidio-tem-avancos-e-desafios>>. Acesso em 01 de Junho de 2019.

SUPER INTERESSANTE. O que é feminismo. Abril. Disponível em:
<<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-e-feminismo/>>. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

SIGNIFICADO DE FEMINICÍDIO. O que é feminicídio. Disponível em:
<https://www.significados.com.br/feminicidio>. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

TODA MATÉRIA. Feminismo. Disponível em:
<<https://www.todamateria.com.br/feminismo/>>. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

