



APRESENTAM:





Anais do IV Simpósio Regional Direito e Cinema em Debate

Carla Bertoncini & Elisângela Padilha (Coordenadores)

Renato Bernardi (Editor)

Renato Bernardi Coordenador Geral do Simpósio Regional Direito e Cinema em Debate

Comissão Científica do IV DIRCIN

Prof^a. Dr^a. Carla Bertoncini (UENP) Prof^a. Dr^a. Mércia Miranda Vasconcellos (FANORPI) Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso (UNIVEM) Prof. Me. Adriano Aranão (FIO)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Direito e Cinema Civil e Arte / Carla Bertoncini & Elisângela Padilha, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP & PROJURIS, 2018. (Anais do IV Simpósio Regional Direito e Cinema em Debate)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-65-00-03124-9

1. Direito e Cinema Civil e Arte

CDU-34

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Lei em geral, métodos jurídicos e ciências auxiliares.

34

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

SUMÁRIO

ABANDONO AFETIVO INVERSO E A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO CONTO "FELIZ ANIVERSÁRIO" DE CLARICE LISPECTOR
Gabriela de Freitas NÉSPOLI
A BOA-FÉ INERENTE A CONTRATOS QUE EXIGEM A OBSERVÂNCIA DE
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS2 Nathália Gandra Carreira PÓLVORA
A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO TARDIA EM ANÁLISE AO FILME ANNIE38 Carla BERTONCINI
Laísa Fernanda CAMPIDELLI
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTRATO CELEBRADO NO FILME O MERCADOR DE VENEZA5
Geovana Rinaldi VASCONCELLOS
DIREITOS PARA MULHERES DIREITAS? O VILIPÊNDIO DA MULHER ESTUPRADA À LUZ DO FILME ACUSADOS
Carla Graia CORREIA
ESTATUTO DA PESSOA COM DEFIÊNCIA - TUTELA JURÍDICA DA PCD NOVOS DESAFIOS
Jonatas Lucas RODRIGUES Renata PANFIET
"EU, TU E ELA": UMA ANÁLISE DA POLIAFETIVIDADE FRENTE ÀS NOVAS
REALIDADES SOCIAIS
"NOJOOM, 10 ANOS, DIVORCIADA": DIALOGANDO SOBRE O "CASAMENTO INFANTIL" A PARTIR DA PERSPECTIVA JURÍDICA BRASILEIRA11 Carla BERTONCINI Fabiani Daniel BERTIN
OS PRECEDENTES VINCULANTES E "SUITS": UM DEBATE SOBRE A CHAMADA "COMMONLIZAÇÃO" DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO. 13
Gabriel Teixeira SANTOS
OS REFLEXOS DA ABORDAGEM DA FAMÍLIA EM "LILO & STITCH"15

Bárbara Vitória Corrêa de LUCCA Natália Araújo RODRIGUES

SUS. ENTRE A VIDA E A MORTE, ANÁLISE QUANTO A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA FALTA DE TRATAMENTO MÉDICO ADEQUADO......169

Juan Roque ABILIO Fernando de Brito ALVES

ABANDONO AFETIVO INVERSO E A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DO CONTO "FELIZ ANIVERSÁRIO" DE CLARICE LISPECTOR

Gabriela de Freitas NÉSPOLI¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo explorar a questão do abandono afetivo do idoso por seus familiares a partir do conto "Feliz aniversário" de Clarice Lispector, de modo a ressaltar a pertinência do Projeto de Lei 4562/2016 que propõe a alteração da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) a fim de caracterizar tal conduta como ilícito civil e ensejar a possibilidade de responsabilização dos familiares pelos danos causados. Utilizando-se ainda de decisão emblemática proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pretende discorrer acerca de um novo paradigma para a proteção jurídica do afeto no direito brasileiro e fundamentar a importância da responsabilização civil no contexto do abandono afetivo inverso para a realização efetiva dos princípios da proteção integral do idoso e da solidariedade familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono afetivo, idoso, responsabilidade civil.

ABSTRACT

This article aims to explore the issue of affective abandonment of the elderly by their relatives from Clarice Lispector's short story named "Happy Birthday", in order to highlight the relevance of Bill 4562/2016, which proposes the amendment of Law 10.741/2003 (Statute of the Elderly) in order to characterize such conduct as a civil offense and provide for the possibility of family members being held responsible for the damages caused. Using an emblematic decision issued by the Superior Court of Justice, it intends to discuss a new paradigm for the legal protection of affection in Brazilian law and substantiate the importance of civil responsibility in the context of reverse affective abandonment for the effective realization of the principles of integral protection of the elderly and family solidarity.

KEY WORDS: Affective abandonment, elderly, civil responsibility.

INTRODUÇÃO

O afeto, na acepção abordada por este trabalho, se consubstancia no dever de cuidado que constitui peça chave para a manutenção dos vínculos interpessoais. Sobretudo na velhice, período no qual o indivíduo se torna mais suscetível à atenção e cuidados especiais, o afeto dispensado pelos familiares para com os idosos costuma sofrer abalos devido à falta de disposição e paciência daqueles para com as novas necessidades desses.

Assim, a negligência à pessoa idosa costuma lhe causar diversos prejuízos, inclusive de ordem moral, materializados precipuamente por sentimentos de solidão e melancolia que

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), *Campus* de Jacarezinho.

podem acarretar uma vivência que fique aquém do esperado, no sentido de acabar inibindo, de certa forma, o potencial de desenvolvimento humano que poderia ser atingido nesse período da vida.

Por constituir situação fática que reflete uma lesão a interesses não patrimoniais, o abandono afetivo do idoso não pode restar ignorado pelo direito, de modo que sua responsabilização civil, agora proposta pelo Projeto de Lei 4562/2016, tende a ser importante mecanismo para a efetivação dos princípios da proteção integral do idoso e da solidariedade familiar a guisa de manter íntegra a sua dignidade.

Tomando como base o conto "Feliz aniversário" da autora brasileira Clarice Lispector, o presente artigo propõe um diálogo entre direito e literatura a partir da semelhança que se percebe entre uma situação de abandono afetivo do idoso narrada em obra de ficção e o que ocorre na realidade fática, visando ressaltar suas consequências jurídicas na esfera civil e a possibilidade de gerar indenização a título de dano moral.

1. UM RETRATO DO ABANDONO AFETIVO INVERSO NO CONTO "FELIZ ANIVERSÁRIO" DE CLARICE LISPECTOR

O conto "Feliz aniversário" de Clarice Lispector encontra-se inserido na coletânea Laços de Família cuja publicação se deu originalmente no ano de 1960. De forma bastante realista, o conto escancara um cenário de abandono afetivo do idoso (também chamado de "abandono afetivo inverso") por seus familiares, inserindo o leitor na atmosfera que permeia a festa de aniversário de 89 anos de dona Anita, matriarca de uma família de classe média carioca.

Logo de início, a narrativa revela uma família desunida, cujos laços encontram-se fragilizados e que a festa de aniversário de dona Anita é um evento nada empolgante ao qual todos só irão comparecer por mera obrigação e para manter as aparências. Veja-se pelo seguinte trecho: "[...] a nora de Olaria, depois de cumprimentar com cara fechada aos de casa, aboletou-se numa das cadeiras e emudeceu, a boca em bico, mantendo sua posição de ultrajada. 'Vim para não deixar de vir', dissera ela a Zilda, e em seguida sentara-se ofendida". (LISPECTOR, 2009, p. 54).

Também é possível constatar que a aniversariante não se encontra nada confortável em sua festa. Ocupando sozinha a cabeceira da mesa, ela aguarda os convidados (que só chegarão às quatro horas) sem a menor animação. Isso porque, sua filha Zilda, com quem

dona Anita residia,

[...] para adiantar o expediente, vestira a aniversariante logo depois do almoço. Pusera-lhe desde então a presilha em torno do pescoço e o broche, borrifara-lhe um pouco de água-de-colônia para disfarçar aquele seu cheiro de guardado — sentara-a à mesa. E desde as duas horas a aniversariante estava sentada à cabeceira da longa mesa vazia, tesa na sala silenciosa. (LISPECTOR, 2009, p. 55).

Quando todos os convidados já estão presentes, o clima de desconforto é geral. Isso porque a comemoração do aniversário de dona Anita é o único evento capaz de reunir os familiares, de modo que nos outros dias do ano cada um cuida apenas de sua própria vida, não havendo menção a nenhuma espécie de contato entre eles e muito menos deles com a aniversariante.

Dona Anita, com toda a sua experiência, consegue perceber que tudo não passa de um grande teatro. Seus familiares, na verdade, não se importam com ela. Por isso, mantinhase inexpressiva diante de tudo. Assim é dito no conto: "os músculos do rosto da aniversariante não a interpretavam mais, de modo que ninguém podia saber se ela estava alegre. Estava era posta à cabeceira. Tratava-se de uma velha grande, magra, imponente e morena. Parecia oca". (LISPECTOR, 2009, p. 56).

Enfim, é chegada a hora de cantar os parabéns. A falta de harmonia e entrosamento entre os presentes fica ainda mais evidenciada:

Como não haviam combinado, uns cantaram em português e outros em inglês. Tentaram então corrigir: e os que haviam cantado em inglês passaram a português, e os que haviam cantado em português passaram a cantar bem baixo em inglês. Enquanto cantavam, a aniversariante, à luz da vela acesa, meditava como junto de uma lareira. (LISPECTOR, 2009, p. 58).

Como todo conto clariciano, a personagem central sempre passa por um momento de epifania, que consiste no clímax da história, no qual a personagem é tomada por uma súbita lucidez ou iluminação que a tira da passividade que sempre demonstrou diante da banalidade do cotidiano. Em "Feliz aniversário", a personagem dona Anita tem seu momento de epifania logo depois do "parabéns", quando uma de suas noras pede a ela que corte o bolo. Assim é dito na história:

E de súbito a velha pegou na faca. E sem hesitação, como se hesitando um momento ela toda caísse para a frente, deu a primeira talhada com punho de assassina. [...] Dada a primeira talhada, como se a primeira pá de terra tivesse sido lançada, todos se aproximaram de prato na mão, insinuando-se em fingidas acotoveladas de animação, cada um para a sua pazinha. (LISPECTOR, 2009, p. 59).

Quando dona Anita termina de comer seu pedaço de bolo, presume-se que a festa chegou ao fim. Durante um lapso de tempo, a aniversariante, bastante introspectiva, começa a

fazer suas reflexões:

Na cabeceira da mesa, a toalha manchada de Coca-Cola, o bolo desabado, ela era a mãe. A aniversariante piscou. Eles se mexiam agitados, rindo, a sua família. E ela era a mãe de todos. E se de repente não se ergueu, como um morto que se levanta devagar e obriga mudez e terror aos vivos, a aniversariante ficou dura na cadeira, e mais alta. Ela era a mãe de todos. E como a presilha a sufocasse, ela era a mãe de todos e, impotente à cadeira, desprezava-os. E olhava-os piscando. Todos aqueles seus filhos e netos e bisnetos que não passavam de carne de seu joelho, pensou de repente como se cuspisse. [...] Oh o desprezo pela vida que falhava. Como?! Como tendo sido tão forte pudera dar à luz aqueles seres opacos, com braços moles e rostos ansiosos? [...] O tronco fora bom. Mas dera aqueles azedos e infelizes frutos, sem capacidade sequer para uma boa alegria. Como pudera ela dar à luz aqueles seres risonhos, fracos, sem austeridade? O rancor roncava em seu peito vazio [...] (LISPECTOR, 2009, p. 60).

Em seguida, dona Anita "olhou-os com sua cólera de velha. Pareciam ratos se acotovelando, a sua família. Incoercível, virou a cabeça e com força insuspeita cuspiu no chão" (LISPECTOR, 2009, p. 60). A agitação foi geral. A filha Zilda, que era a dona da casa e fora designada para cuidar da mãe por ser a única mulher dentre seis irmãos, ficou muito envergonhada e receosa de acabar dando a impressão de que não sabia "educar" a velha. No seu ímpeto de cólera, dona Anita continuou: xingou os familiares e pediu um copo de vinho à empregada da casa.

Desamparada, divertida, Dorothy deu o copo de vinho: astuciosamente apenas dois dedos no copo. Inexpressivos, preparados, todos esperaram pela tempestade. Mas não só a aniversariante não explodiu com a miséria de vinho que Dorothy lhe dera como não mexeu no copo. Seu olhar estava fixo, silencioso. Como se nada tivesse acontecido. (LISPECTOR, 2009, p. 62).

Cabe dizer que nos contos de Clarice, tal situação é muito comum: depois de um momento súbito de epifania, a personagem simplesmente retorna ao *status quo ante*, ou seja, reassume sua postura apática diante da vida que passa.

Quanto aos familiares, apenas "se entreolharam polidos, sorrindo cegamente, abstratos como se um cachorro tivesse feito pipi na sala. Com estoicismo, recomeçaram as vozes e risadas" (LISPECTOR, 2009, p. 62).

Agora, de fato, a festa havia chegado ao fim. Uma das noras tomou a iniciativa para as despedidas. E então,

A aniversariante recebeu um beijo cauteloso de cada um como se sua pele tão infamiliar fosse uma armadilha. E, impassível, piscando, recebeu aquelas palavras propositadamente atropeladas que lhe diziam tentando dar um final arranco de efusão ao que não era mais senão passado: a noite já viera quase totalmente. (LISPECTOR, 2009, p. 63).

Ao se despedirem os parentes mantinham o mesmo desconforto inicial. Difícil encontrar as palavras certas diante de tamanha falta de laços. Mas,

De repente, veio a frase: — Até o ano que vem! disse José subitamente com malícia, encontrando, assim, sem mais nem menos, a frase certa: uma indireta feliz! Até o ano que vem, heim?, repetiu com receio de não ser compreendido. Olhou-a, orgulhoso da artimanha da velha que espertamente sempre vivia mais um ano. — No ano que vem nos veremos diante do bolo aceso! esclareceu melhor o filho Manoel [...] Até o ano que vem, mamãe! e diante do bolo aceso! disse ele bem explicado, perto de seu ouvido, enquanto olhava obsequiador para José. E a velha de súbito cacarejou um riso frouxo, compreendendo a alusão. Então ela abriu a boca e disse: — Pois é. (LISPECTOR, 2009, p. 65).

Nesse ponto da história fica ainda mais visível toda a falta de cuidado e assistência moral sofrida por dona Anita, que recebia a visita dos filhos apenas uma vez ao ano para lhe desejar um "Feliz aniversário" que, na verdade, de feliz não tinha nada. O conto se encerra com dona Anita sentada sozinha à cabeceira da mesa, pensando se ainda haveria jantar naquele dia e refletindo sobre a morte.

2. O ABANDONO AFETIVO INVERSO NO DIREITO BRASILEIRO

Feita a apresentação inicial do tema em pauta através de um exemplo extraído de narrativa literária, pode-se agora passar a uma abordagem mais técnica a seu respeito.

Sendo assim, o presente capítulo pretende revisitar uma decisão emblemática proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual vem servindo de paradigma para apontar as consequências jurídicas do abandono afetivo nas relações familiares. Ademais, irá discorrer sobre a possibilidade de ocorrência do abandono afetivo inverso, ou seja, da omissão de cuidados por parte dos filhos com relação aos pais idosos.

2.1 Um novo paradigma para a proteção jurídica do afeto a partir do recurso especial de nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9)

Antes que se chegue ao problema central deste artigo, qual seja, o abandono afetivo do idoso, é mister que se faça uma abordagem sobre o afeto em sua forma mais genérica, de sorte que se possa revisitar certos pontos iniciais que deram ensejo à sua proteção jurídica. Vejamos.

Ao longo da história, a estrutura familiar passou por diversas transformações. De um modelo estritamente patriarcal e hierarquizado, composta por todos os parentes de modo a constituir uma verdadeira unidade de produção rural e cuja procriação representava aumento de forças para o trabalho e, consequentemente, melhores condições de sobrevivência, a família, a partir do êxodo rural e do ingresso da mulher no mercado de trabalho, se transformou por completo, visto que a necessidade de convivência em espaços menores nas

cidades ocasionou a aproximação dos membros e a valorização dos vínculos afetivos em detrimento dos vínculos patrimoniais (DIAS, 2016).

A Constituição de 1988 contempla a instituição familiar em seu artigo 226, definindo-a como a base da sociedade e, por isso, considerando-a merecedora de proteção especial por parte do Estado. Desse modo, sendo o afeto inerente às relações familiares, este também resta (ainda que implicitamente) englobado no âmbito de proteção do Estado.

Apesar de ser considerada por alguns uma indevida monetarização das relações humanas, a indenização pelo abandono afetivo acabou sendo levantada na seara judicial, partindo tal reivindicação, primeiramente, dos filhos com relação aos pais.

Sob o prisma dos filhos, o abandono afetivo por parte dos pais pode acarretar inúmeras consequências de ordem psicológica. A esse respeito, Maria Berenice Dias (2016, p. 138) adverte que "o distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida". Desse modo, é possível pleitear judicialmente a reparação das sequelas psicológicas causadas pelo abandono afetivo a título de dano moral.

Em 2009, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi, proferiu voto emblemático ao participar como relatora do julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9), que tinha por objeto a possibilidade de indenização por danos morais em ação ajuizada por uma filha que alegava ter sofrido abandono afetivo e material por parte de seu pai durante os períodos da infância e juventude.

A ministra da Egrégia Corte, antes de adentrar no mérito, achou por bem ressaltar que

Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores. Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

Prosseguiu ainda a excelentíssima ministra no seguinte sentido:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível — o amor — mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe

10/05/2012).

Desse modo, é possível concluir que a proteção jurídica do afeto não está centrada no amor, pois ninguém é obrigado a amar, mas sim, no dever legal de cuidado que é, inclusive, imposto pela Constituição Federal em seu artigo 229. Senão, vejamos:

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.

Por maioria de votos, com apenas uma divergência, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, no presente caso, dar provimento parcial ao recurso em tela. Nas palavras da ministra relatora Nancy Andrighi, tem-se que:

Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia — de cuidado — importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

Diante das perspectivas levantadas por tal decisão, percebe-se que o afeto assume muito mais um *status* de dever (exteriorizado sob a forma do dever de cuidado) do que de mero sentimento. Desta feita, a responsabilização civil pelo abandono afetivo encontra respaldo jurídico e se torna viável quando comprovada no caso concreto a violação do dever constitucional de cuidado no âmbito familiar.

2.2 Uma tentativa conceitual para o abandono afetivo inverso

Apesar de o afeto no âmbito familiar ser geralmente pensando como algo que parte primeiramente dos pais para com os filhos, há que se ter em mente que o oposto também ocorre e merece ser discutido.

É de se notar que desde a sociedade industrial – baseada na energia, nas mudanças aceleradas e na divisão de classes – vem ocorrendo uma ruptura nas relações dos filhos com os pais, de modo que, diferente das sociedades mais estáveis, onde se via a preocupação dos filhos em dar continuidade à obra dos pais, esse sentimento de continuidade inexiste, de sorte que o que foi construído hoje será destruído amanhã (BOSI, 1994).

Destarte, é notável que essa herança da sociedade industrial ainda tenha seus reflexos nas relações entre jovens e idoso, pois quando se vive o predomínio da mercadoria sobre a pessoa, o avançar da idade se torna sinônimo de desvalorização (BOSI, 1994). Isso acaba

resultando na perda de espaço pelos mais velhos que, por não deterem mais a força de trabalho que tanto contribui para movimentar o capital, veem-se às margens da sociedade cedendo lugar aos jovens cuja capacidade funcional ainda está em polvorosa.

Desta feita, se a vida ainda consiste nessa mercantilização de pessoas com base no valor da contribuição que cada um pode oferecer à máquina social, é de se inferir que as pessoas idosas as quais, monetariamente falando, não têm muito mais a contribuir, sejam negligenciadas até mesmo pelos próprios filhos, acabando por vivenciar situações de cruel abandono.

No direito brasileiro vem surgindo, ainda que de maneira tímida, a discussão sobre a ocorrência do chamado "abandono afetivo inverso". A esse respeito é válido ressaltar que no ano de 2013 o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) veiculou matéria justamente a respeito da possibilidade de responsabilização civil por essa espécie de abandono afetivo, de modo que, ao introduzir o tema, trouxe primeiramente sua conceituação. Vejamos:

Diz-se abandono afetivo inverso a inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família. O vocábulo "inverso" da expressão do abandono corresponde a uma equação às avessas do binômio da relação paterno-filial, dado que ao dever de cuidado repercussivo da paternidade responsável, coincide valor jurídico idêntico atribuído aos deveres filiais, extraídos estes deveres do preceito constitucional do artigo 229 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual "…os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade".

Dito isso, infere-se que o abandono afetivo inverso advém da omissão por parte dos filhos no que tange ao dever de cuidado para com os pais idosos, de modo que tal negligência produza reflexos demasiado negativos sobre a pessoa deles, chegando a afetar, inclusive, a sua dignidade.

É bom lembrar que em sede de direito de família vigora o princípio da solidariedade familiar, o qual sedimenta que há deveres recíprocos entre todos os membros da unidade familiar (DIAS, 2016), de modo que a assistência entre eles seja mútua e possibilite a convivência fraterna e o desenvolvimento integral de cada integrante do grupo.

Ante todo o exposto, depreende-se que o abandono afetivo inverso é tão factível e condenável quanto o abandono afetivo tradicional. Isso porque ambos encontram o mesmo respaldo jurídico no dever constitucional de cuidado que se reparte entre os integrantes da entidade familiar e que nada tem a ver com amor, mas sim com a assistência.

3. REPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO INVERSO

O presente capítulo irá discorrer acerca da teoria geral da responsabilidade civil, buscando ressaltar a coerência do Projeto de Lei 4562/2016 com a mesma, para que, ao final, seja demonstrada a importância da responsabilização civil para a consecução da justiça e para a realização de princípios do direito.

3.1 Considerações gerais acerca da responsabilidade civil

Nas palavras de Cavalieri Filho (2010) quando um dever jurídico é violado por alguém de modo que venha a acarretar dano a outrem, surge um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano causado. Assim, pode-se dizer que existe um dever jurídico que é originário e que, a partir da sua violação, enseja um dever jurídico sucessivo que consiste na indenização do prejuízo causado.

Essa, portanto, é a ideia que permeia a noção de responsabilidade civil, pois, somente haverá o dever de reparar um dano se este houver dado causa a um prejuízo decorrente de uma violação a um dever jurídico anterior.

Nesse contexto, pode-se dizer então que "a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas" (GAGLIANO, 2010, p.54).

De acordo com o artigo 186 do Código Civil Brasileiro "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". A partir de tal disposição é possível depreender-se alguns elementos essenciais para a configuração da responsabilidade civil. Vejamos.

Primeiramente, cabe dizer que a violação do dever jurídico e o consequente dano causado podem derivar de uma conduta positiva ou negativa do agente, ou seja, é possível que o ilícito decorra tanto de uma ação quanto de uma omissão.

Ademais, o supramencionado dispositivo legal menciona a conduta voluntária do agente causador do dano, de modo que se faz necessário apurar o elemento subjetivo que permeia a ação ou omissão do agente.

Assim, pode-se dizer que "a noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa –

unuscuique sua culpa nocet" (GAGLIANO, 2012, p. 59).

No entanto, é bom lembrar que existem casos em que o próprio ordenamento jurídico prevê a chamada "responsabilidade civil indireta", que consiste na responsabilização de alguém por um dano causado por um terceiro com quem mantém alguma espécie de relação jurídica (GAGLIANO, 2012). Em tais casos, o elemento subjetivo não é apurado, de sorte que haverá uma presunção de culpa que decorre de um dever legal de vigilância que tem o sujeito que é de fato responsabilizado para com o terceiro causador do dano.

Há ainda algumas situações em que a responsabilidade do agente deriva diretamente do risco que permeia a atividade por ele exercida. Trata-se da "responsabilidade civil objetiva". Nas palavras de GAGLIANO (2012, p. 60):

Nessa espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.

Do conceito extraído do artigo 186 do Código Civil, há ainda que se falar a respeito de quais violações de direito ensejam a responsabilização civil. Analisemos.

Excluídos os casos de culpa indireta (ou presumida) e de responsabilidade objetiva, existe certa dificuldade no que tange a demonstração do elemento subjetivo e da ilicitude da conduta do agente causador do dano (GAGLIANO, 2012). Portanto, doutrinariamente, viu-se por bem proceder a uma subdivisão da responsabilidade civil de acordo com a natureza jurídica da norma violada pelo agente. Assim, a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual (aquiliana).

Desse modo, tem-se que, se o prejuízo causado for diretamente resultante da violação de um mandamento legal, por força da atuação antijurídica do agente violador, restará configurada a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana; porém, se entre as partes envolvidas já existia anteriormente um vínculo contratual e o dano resulta precisamente da infração de obrigação firmada neste contrato, haverá a responsabilidade contratual (GAGLIANO, 2012).

Por fim, há que se discorrer a respeito do último elemento que permeia a responsabilidade civil e que pode ser extraído da última parte o artigo 186 do Código Civil, qual seja, o dano. Vejamos.

Sendo o dano pressuposto da responsabilidade civil, sua inexistência constitui impeditivo à responsabilização civil, posto que, não havendo dano, não há que se falar em reparação (GONÇALVES, 2009). Desse modo, a obrigação de indenizar será devida se a

violação praticada pelo agente resultar em efetivo prejuízo para outrem.

O dano pode ser material (patrimonial) ou moral (extrapatrimonial). No conceito de Pablo Stolze Gagliano (2012, p. 92), "o dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular". Tal espécie de dano pode ainda ser divida em a) dano emergente e b) lucros cessantes. Enquanto o dano emergente consiste no prejuízo efetivamente sofrido pela vítima, ou seja, na perda que ela efetivamente experimentou, os lucros cessantes correspondem ao que a vítima deixou de lucrar por força do dano por ela experimentado (GAGLIANO, 2012).

Já o dano moral, pode ser definido como a ofensa aos direitos da personalidade que, apesar de não resultar em nenhum prejuízo material ao ofendido, autoriza a reparação pecuniária por configurar também uma hipótese de violação de norma jurídica que tutela interesses particulares (GONÇALVES, 2009).

Ante todo o exposto, tem-se, em suma, que toda vez que estivermos diante de uma conduta positiva ou negativa da qual advenha, consequentemente, a violação de um direito ou interesse de outrem, trazendo um efetivo prejuízo à sua esfera patrimonial ou moral, restará configurada a ocorrência de um ilícito civil que autorizará a responsabilização do agente violador por meio da obrigação de reparar o dano causado.

3.2 A proposta do Projeto de Lei 4562/2016

A Constituição Federal de 1988 inovou ao dispor em seu artigo 230 que "a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".

Tal disposição, ao mesmo tempo louvável por trazer finalmente a proteção jurídica ao idoso que foi por tanto tempo negligenciada pela legislação brasileira, ainda necessitou de uma norma de caráter ordinário para potencializar sua eficácia.

Desse modo, no ano de 2003, depois de longo período de tramitação, passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro a Lei Ordinária nº 10.741/2003, mais conhecida como "Estatuto do Idoso", a fim de reforçar o comando constitucional já existente.

A referida lei tem como destinatários de sua proteção as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, as quais, em seu artigo 1º, são definidas como idosas. O principal objetivo do Estatuto é demonstrar que a qualidade de vida do idoso não está relacionada pura e simplesmente com a medicina, mas especialmente como o convívio familiar (VIEGAS e

BARROS, 2016).

Apesar de todo o aparato legislativo, a sociedade ainda dá mostras de que não se encontra culturalmente evoluída a ponto de nortear seu comportamento de forma a amparar e respeitar à dignidade dos idosos. E é por isso que novas leis sobre a matéria continuam sendo editadas na esperança de que sua força coercitiva consiga enfim driblar o problema.

Tanto é assim que em 25 de fevereiro de 2016 foi apresentado pelo deputado Francisco Floriano (PR/RJ) o Projeto de Lei nº 4562/2016, o qual propõe uma alteração da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) para dispor a respeito do abandono afetivo inverso.

O PL em questão propõe o acréscimo de um quarto parágrafo ao artigo 10 do Estatuto do Idoso para prever a possibilidade de responsabilização civil dos familiares pelo abandono afetivo do idoso. Vejamos.

Art. 10 [...]

§ 4°. O abandono afetivo do idoso por seus familiares implicará na responsabilização civil.

Nas palavras do deputado Francisco Floriano

Não é demais admitir que o abandono afetivo inverso, em si mesmo, como corolário do desprezo, do desrespeito ou da indiferença filiais, representa fenômeno jurídico que agora deve ser tratado pela doutrina e pelo ordenamento legal carecido de um devido preenchimento, seja por reflexões jurídicas, seja por edição de leis. A sua presença na ordem jurídica servirá, no espectro da ilicitude civil, como nova espécie de comportamento ilícito, pautado por uma configuração jurídica específica, tal como sucede com a dogmatização jurídica do abuso de direito.

Ainda nos dizeres do parlamentar

A negação do afeto pelo abandono se traduz na dor psicológica do idoso que, quase sempre, contribui para agravar suas limitações físicas. O idoso ao sofrer de desafeto pela família, também perde seus objetivos, sua vontade de viver e passa a conviver com a solidão.

Desse modo, partindo-se do pressuposto de que frente a uma conduta que cause a alguém prejuízo de ordem material ou moral e, portanto, enseje a obrigação de reparar o dano causado, tem-se que o PL em comento se coaduna perfeitamente com a doutrina da responsabilidade civil ao permitir que o abandono afetivo do idoso pelos familiares, ao ser elevado à categoria expressa de ilícito civil, enseje a possibilidade de reparação a título de indenização pecuniária.

Isso porque, sendo a terceira idade um período da vida em que a vulnerabilidade humana volta a ficar em evidência, é necessário que o ordenamento jurídico propicie meios eficazes para a tutela dos idosos de forma a garantir-lhes uma vida digna, com direito ao amparo e à convivência familiar.

Desta feita, com a aprovação do referido Projeto de Lei, desde que reste demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta dos familiares (pautada na omissão do dever de cuidado e não simplesmente na falta de amor) e o dano causado à esfera moral do idoso, haverá a possibilidade de procedência da ação reparatória e a consequente condenação dos responsáveis à reparação do dano.

3.3 A importância da responsabilidade civil para a efetivação dos princípios da proteção integral do idoso e da solidariedade familiar

Antes de se adentrar no mérito específico do princípio da proteção integral do idoso e da solidariedade familiar é importante discorrer acerca dos princípios em gerais.

Na concepção de Miguel Reale (2002, p. 304) princípios são "enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas".

Sendo assim, tem-se que os princípios constituem as bases elementares do ordenamento jurídico, de modo que as normas de direito neles se fundamentem e sejam aplicadas em total consonância com os mesmos.

Como o Direito se divide em ramos diversos, acabam surgindo princípios mais específicos com o intuito de nortear mais adequadamente cada matéria. Em sede de Direito de Família não é diferente e no que tange à matéria relacionada à proteção do idoso há que se destacar dois princípios essenciais, quais sejam, o da proteção integral do idoso e da solidariedade familiar.

O primeiro deles – princípio da proteção integral do idoso – baseia-se na especial proteção dispensada pela Constituição Federal e corroborada pelo microssistema constituído pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) para com as pessoas idosas, a fim de que seja compartilhado entre a família, a sociedade e o Estado o dever de assegurar-lhes uma vida digna que lhes possibilite a participação comunitária e a defesa de seu bem-estar (DIAS, 2016).

Tal princípio tem por base fundamental a vulnerabilidade da pessoa idosa que [...] "muito se assemelha à vulnerabilidade das crianças e dos jovens, pois se relacionam ambas com uma fragilidade decorrente da idade, motivo pelo qual os ordenamentos jurídicos costumam dispensar-lhes especial proteção" (PERES, 2009, p. 57).

Assim, tendo-se em conta a especial situação estabelecida a partir do envelhecimento

humano, é necessário que se busque assegurar direitos e prerrogativas diferenciadas às pessoas idosas a fim de preservar ao máximo sua saúde física e mental para que possam gozar da terceira idade de maneira digna e condizente com suas necessidades. Entretanto, apesar de essa tarefa ser compartilhada entre família, sociedade e Estado, caberá primeiramente à família zelar pelas necessidades mínimas de seus idosos, de modo que as outras esferas atuem de forma colaborativa, ou seja, suplementem a tutela do idoso naquilo que for necessário de modo a ensejar uma proteção que seja integral.

Já o segundo princípio – da solidariedade familiar – encontra amparo na fraternidade que permeia as relações familiares e se traduz nos cuidados recíprocos que os membros devem uns aos outros no seio da entidade familiar.

Vale ressaltar que

Embora a solidariedade familiar deite suas raízes no dever moral, a sua positivação a torna uma obrigação *ex lege*, a exemplo do que ocorre com a obrigação alimentar. Ao dever moral, acresce-se o dever jurídico da família de ser solidária, por ser ela corresponsável, juntamente com o Estado e a sociedade, pelos parentes vulneráveis. (PERES, 2009, p. 90).

Desta feita, sendo a família o primeiro núcleo de organização social, "ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão" (DIAS, 2016, p. 53), transferindo para essa entidade, em primeiro plano, a obrigação de cuidado para com os respectivos membros, baseado no princípio da solidariedade familiar que já é, sobretudo, vislumbrado como regra universal.

Assim, tem-se que baseado em ambos os princípios aqui explorados, é dever originário da família amparar e cuidar de seus idosos, provendo-lhes em suas necessidades materiais e imateriais de modo a propiciar-lhes uma vida digna que se coadune às novas necessidades decorrentes do envelhecimento.

E justamente para garantir que a família não se exima desse dever de cuidado para com seus membros mais vulneráveis, a responsabilização civil por uma conduta que seja omissiva a esse respeito se apresenta como instrumento de grande valia, pois visa impor de forma coercitiva a obediência a tal comando.

Destarte, sempre que se estiver frente à violação de um dever jurídico que enseje dano patrimonial ou extrapatrimonial à esfera jurídica de alguém, surgirá o interesse de constranger o agente causador do dano a repará-lo. Interesse tal que deriva de um sentimento basilar de justiça, cuja intenção é recompor o equilíbrio anteriormente existente entre o agente

e o lesado, de modo que ao indenizar a vítima se busque o restabelecimento de sua condição jurídica ao *status quo ante* da lesão sofrida (CAVALIERI FILHO, 2010).

Assim, à guisa de restaurar a dignidade do idoso quando esta restar violada pela omissão do dever jurídico de cuidado imposto constitucional e infraconstitucionalmente aos familiares, a responsabilização civil funcionará como instrumento de justiça para coibir tal prática e, ao mesmo tempo, estimular os agentes violadores a pautarem sua conduta de maneira condizente com o teor dos princípios da solidariedade familiar e da proteção integral do idoso para que seja possível a consolidação de uma terceira idade com qualidade de vida e permeada pela assistência do núcleo familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conto "Feliz aniversário" de Clarice Lispector teve papel exemplificativo e introdutório na construção do presente trabalho ao retratar uma situação de abandono afetivo do idoso (ou abandono afetivo inverso) com forte semelhança com a realidade fática.

Assim, adentrou-se no tema do abandono afetivo do idoso em sua face mais técnica, estabelecendo conceitos, demonstrando a possibilidade de sua ocorrência e também a necessidade de que tal fato não reste ignorado pelo direito que, enquanto ciência social, deve acompanhar os fenômenos que ensejem a proteção jurídica.

Ademais, buscou-se defender a pertinência do Projeto de Lei 4562/2016, o qual tenciona possibilitar a responsabilização civil dos familiares que negligenciem o afeto, ou seja, se omitam do dever de cuidado para com os seus idosos.

Por fim, prezou-se pela justificação do instituto da responsabilidade civil enquanto instrumento de promoção efetiva da justiça, exatamente por coagir os familiares a pautarem sua conduta com vistas à observância do conteúdo que permeia os princípios da proteção integral do idoso e da solidariedade familiar.

REFERÊNCIAS

BOSI, Ecléa. A velhice na sociedade industrial. In:_____. *Memória e sociedade:* lembranças de velhos. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994. p.77-80.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em:

<www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 13 fev. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 48. ed. Brasília: Câmara dos

Deputados, Edições Câmara, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1.159.242*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 24/04/2012. DJe 10/05/2012. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102821/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1159242-sp-2012-0107921-6-stj/inteiro-teor-25102822 Acesso em: 12 fev 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: vol 3, responsabilidade civil. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Vol 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Abandono afetivo inverso pode gerar indenização*. 2013. Disponível em:

http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza %C3%A7%C3%A3o> Acesso em: 3 mar. 2018.

LISPECTOR, Clarice. Feliz aniversário. In: _____. *Laços de família*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. Proteção aos idosos. Curitiba: Juruá, 2009.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei 4562/2016*. Altera a Lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providência, para dispor sobre o abandono afetivo do idoso por seus familiares. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra;jsessionid=84ACC74E7646 C53E856A9E95066BF52D.proposicoesWebExterno2?

codteor=1436811&filename=PL+4562/2016> Acesso em: 3 mar 2018.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, Marília Ferreira de. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. *Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*. Porto Alegre, vol. 11, n. 3, p. 168-201, 2016. Disponível em:

http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/66610/40474 Acesso em: 08 mar 2018.

A BOA-FÉ INERENTE A CONTRATOS QUE EXIGEM A OBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Nathália Gandra Carreira PÓLVORA

RESUMO

O gradativo desenvolvimento que se submete, desde os primórdios, o Direito Contratual, traz em suas raízes elementos que se entrelaçam entre si, a fim de tornarem o instituto autônomo. No decorrer dos tempos, princípios mores, foram consubstanciados para a estruturação, marcada pela presença imprescindível e principalmente, há que se falar sem excluir outros de natureza constitucional, do Princípio da Dignidade Humana, bem como, pelo Princípio da Igualdade, que fizeram-se vital para uma construção coeva dos segmentos necessários para o entendimento contemporâneo. As partes de um instrumento contratual, devem visar a concretização dos princípios do instituto, a fim de manter a relação que estão firmando, sem que haja a afronta à princípios constitucionais, intrínsecos ao Princípio da Boa-fé Objetiva arraigada à toda e qualquer relação negocial, sem que, para isto, se vislumbre uma confusão principiológica. Para que assim, seja mantido o liame com os direitos humanos fundamentais, a fim de que não haja o rompimento entre os ditames, mas a possibilidade de implemento íntegro à Boa-Fé Objetiva que permeia impreterivelmente o instituto dos contratos. É a partir dessa ótica, que correlaciono um Episódio da Série "Gray's Anatomy" e o Filme "Um ato de coragem", com o presente trabalho científico.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos, Boa-fé Objetiva, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Igualdade, Abusividade das Cláusulas Contratuais.

ABSTRACT

The gradual development undergone, from the earliest, contractual law, brings in its roots elements that intertwine with each other, in order to make the institute autonomous. In the course of time, moral principles were embodied for the structuring, marked by the essential presence and above all, one must speak without excluding others of a constitutional nature, from the Principle of Human Dignity, as well as, by the Equality Principle, which were made vital for a cohesive construction of the segments required for contemporary understanding. The parts of a contractual instrument must aim at the realization of the principles of the institute, in order to maintain the relationship that they are establishing, without being an affront to the constitutional principles, intrinsic to the Principle of Good Faith Objective rooted in any and all business relationship, without, for this, glimpsing a principled confusion. So that the link with fundamental human rights can be maintained, so that there is no rupture between the dictates, but the possibility of full implementation of the Objective Good Faith that pervades the institute of contracts. It is from this point of view, that I correlate an episode of the series "Gray's Anatomy" and the film "An act of courage", with the present scientific work.

KEY WORDS: Contracts, Objective Good Faith, Principle of Dignity of the Human Person, Principle of Equality, Abuse of Contractual Clauses.

1. INTRODUÇÃO

O Código Civil Brasileiro vigente, encontra-se eivado de princípios, não só materialmente impostos, como também princípios basilares constitucionais, os quais vem se estruturando de modo contínuo e ordenadamente ao longo do desenvolvimento dos institutos, e como neste trabalho científico se é proposto, assim se observa, na formulação dos contratos que desde as primícias tem se organizado de forma metódica e rudimentar, com o objetivo de elevar a importância e relevância principiológica na formação de qualquer ato, seja lá qual natureza for e pretender.

Assim também ocorre com o Princípio da Boa-fé, que ao longo do tempo se desenvolveu, se propondo de acordo com o contexto a que estava inserido, à sua forma, sempre aplicado buscando a harmonia entre as partes, de forma que ao contratarem, houvesse a lealdade e cooperação na relação negocial. A Boa-fé que deve se demonstrar sempre presente nas contratações em decorrência de sua ampla abrangência no Código Civil e por se tratar de um instituto já conhecidamente clássico, traz em sua gama, um memorial de funções, deveres anexos e outras características relevantes, os quais não mensuram a sua aplicabilidade.

Ante o Princípio da Boa-fé e em estudo com os demais princípios do direito civil contratual, vale dizer, a autonomia e liberdade contratuais, faz-se mister destacar a importância da análise em congruência com os princípios constitucionais, não só no momento da celebração do contrato em que se constroem cláusulas segundo os interesses das partes, o que normalmente deveria ocorrer. Isto, quando não se trata de contrato de adesão, que deve respeitar as regras do Código de Defesa do Consumidor, em que por consequência, as cláusulas são impostas àquele que contrata de modo que a ele não lhe é arbitrado o poder de escolha do que lhe convém ou não no referido instrumento. Enfim, em ambos, dá-se ênfase a importância da presença de boa-fé em todas as fases contratuais, desde sua fase inicial de negociações preliminares a até sua execução, bem como, em casos de possível revisão contratual.

Insta observar, a sempre presente menção aos princípios constitucionais, e aqui cabe destaque, aos direitos humanos fundamentais, os quais buscam em sua substância, coibir as ingerências da aplicabilidade de outras normas na esfera jurídica individual, consagrando nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre as partes, propondo-se nesse trabalho a ligação direta aos conceitos de Boa-fé contratual, que embasam, constituem, formulam conceitos e aprimoram o direito em sua essência, a fim de manter os

institutos passivos entre si.

Há que se levar em consideração, os diferentes entendimentos de cada país, bem como, sua cultura, costumes, política, mas aqui, propõe-se a análise de dois casos, estes que já também não se demonstram como inéditos no Brasil, demonstrados em um Episódio da Série americana "Grey's Anatomy" e um filme também americano "Um ato de coragem", em que em ambos é possível se observar o descaso dos planos de saúde com princípios constitucionais e direitos fundamentais e irrenunciáveis, essenciais a toda e qualquer relação, descasos esses que levaram a surtir efeitos afrontosos ao ordenamento, capazes de envolver o Direito de Família e até mesmo o Direito Penal. O que não é exagero dizer que são acontecimentos que podem ocorrer e ocorrem, em alguns casos menos gravosos outros mais, mas em todas as situações capazes de gerar uma consequência jurídica, a fim de priorizar e na tentativa de alcançar um desejo que para outros pode até ser irrelevante, mas para aquele que está vivenciando o momento, trata-se da busca de um direito que é seu e não por isso vem se justificar a sua desistência, ou senão, irrelevante seria ter tido a vontade livre e consciente antes para se precaver, e então se deparar com uma "ilusão" em determinadas situações, e ai dependerá da condição financeira e emocional que cada um se encontra, mas muitas vezes irreversível.

2. O DESENVOLVIMENTO CONTRATUAL QUE POSSIBILITOU UMA VISÃO CONSTITUCIONALIZADA DO INSTITUTO

Observa-se que a origem dos contratos se dá nos primórdios da estruturação do direito, os Contratos tiveram sua iniciação marcada pelo Código Napoleônico em 1.804, partindo do pressuposto de importância necessária somente aos indivíduos envolvidos na relação contratual, em que o patrimônio era estritamente protegido e o que imperava rigorosamente era aquilo que se havia inicialmente pactuado, cabendo as partes cumpri-las independentemente de qualquer fator superveniente, firmando-se na expressão "solus consensus obligat", configurando portanto, o individualismo, o patrimonialismo e o consensualismo exacerbados.

Com a Nova Era, pós 2º Guerra Mundial, iniciou-se um processo de despatrimonialização, a qual tornaria relevante a importância a princípios referentes à dignidade da pessoa humana, que deveria sobressair aos interesses do patrimônio, verificando-se uma verdadeira repersonalização, onde a pessoa deixaria de ser tratada como

coisa para o fim de se desenvolver socialmente, dando margem a fundamentos basilares que atualmente exigem a observância dentre as partes envolvidas em uma relação contratual.

O Código Italiano define o contrato, o que não faz o Código Civil Brasileiro em vigor, que reserva à doutrina essa função. Esta que se divide ao conceituar o referido, tendo em vista tratar-se de um tema muito amplo e por consequência de sua existência trazer um conceito provecto para alguns estudiosos contemporâneos, tendo em vista tratar-se de um instituto primordial ao Direito Privado e por isso exigir uma concepção mais coeva.

Assim, como classicamente conceituado, contrato "é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que objetiva a criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial". E como contemporaneamente formula Paulo Nalin, o contrato institui uma "relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros", ou seja, verifica-se em ambos os conceitos de forma expressa ou ainda que tacitamente, a presença da alteridade que se funda na necessidade de existirem ao menos duas pessoas envolvidas na formação do contrato, este que deve se amparar em valores constitucionais afim de não afrontá-los, sobressaindo os interesses daqueles que se vinculam, ante a qualquer elemento patrimonial, considerando referir-se à pessoas, sujeitos de direitos e deveres próprios e para com outros à sua volta que venham a ser atingidas de alguma forma por aquilo que foi pactuado.

3. A BOA-FÉ OBJETIVA ESSENCIAL EM TODAS AS RELAÇÕES CONTRATUAIS

A Boa-fé antes do Código Civil de 2002, era vista somente sob o seu aspecto subjetivo, o qual traz em seu bojo uma concepção psicológica, ou seja, parte do estado de consciência ou da verdadeira intenção da pessoa, porém não é essa atualmente a que ocorre nas relações contratuais.

A boa-fé objetiva, que desde o início do direito romano vem sendo estudada sua possibilidade, sendo implantada em outros Códigos no decorrer de suas evoluções, há que se falar, no Código Civil português de 1.966, no Código Civil italiano de 1.942 e no BGB alemão, e no Brasil só no Código Civil de 2.002, no campo obrigacional, que foi definitivamente consagrada. Trata-se de uma concepção ética, inerente à conduta ou, ao comportamento das partes, guardando relação íntima com um dos princípios do direito que não se atém somente à determinada área, portanto, destaca que segundo o Princípio da Boa-fé

contratual, aqui objetiva, ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza, ou seja, não é possível que alguém venha a desrespeitar alguma norma de conduta e posteriormente vir querer alega-la, a fim de beneficiar-se.

Com o desenvolver do instituto Dos Contratos, como já dito, foram se formulando princípios os quais consagram a sua estrutura, como se observa no art. 421 do Código Civil, que estabelece o Princípio da função social do contrato ao colocar "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato", ou seja, a função ligada diretamente em atender aos interesses da pessoa humana, fundado em princípios constitucionais, e implementa com o art. 422, ao destacar o Princípio da Boa-fé Objetiva, "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé", assim, faz-se mister destacar, que a boa-fé, ou seja, as normas de comportamentos éticos mínimos exigidos entre as partes, estes que resguardam os interesses previstos no artigo anterior, sejam guardados, tanto na fase contratual, que seria a fase de conclusão do contrato, como na fase pós-contratual, em sua execução, o que doutrinariamente complementa os estudiosos da matéria, que assim também seja guardada na fase de tratativas, ou seja, na fase pré-contratual ou ainda fase de puntuação.

Esse princípio, se mostra de forma ainda tão extensa em sua aplicabilidade no caso concreto, talvez pelo motivo de ter sido idealizado e embasado em princípios fundamentais, como o foi pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelo princípio da igualdade das partes, que em momento oportuno será feita a devida relação entre eles, mas aqui cabe desmembrar este princípio em seus deveres anexos que estão a ele emparelhados e formando uma relação tênue e que desde que devidamente cumpridos por uma das partes envolvidas, a tendência será um negócio jurídico perfeito, são alguns deles, portanto, os mais importantes, segundo alguns doutrinadores o "dever de cuidado em relação à outra parte negocial; o dever de respeito; o dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio; o dever de agir conforme a confiança depositada; o dever de lealdade e probidade; o dever de colaboração ou cooperação; e o dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão", cada qual, fala por si só, seu próprio significado e portanto, seu objetivo.

Partindo, desses deveres doutrinariamente construídos, que o Enunciado n. 168 CJF/STJ, na III Jornada de Direito Civil estabeleceu que "O princípio da boa-fé objetiva, importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação", ou seja, assim como em toda relação obrigacional enquanto uma das partes tem um dever

imposto, a outra parte terá um direito, e com a possibilidade de exigi-lo juridicamente.

Manifestando-se por isso, o princípio não apenas como fundador de direitos e deveres ou fixador de normas de condutas as quais deverão ser seguidas na relação obrigacional, mas também materializa algumas funções de sua estruturação, quais sejam, sua função interpretativa, conforme descrito pelo art. 113 do Código Civil, em que a boa-fé, nas palavras de Flávio Tartuce "é consagrada como meio auxiliador do aplicador do direito para a interpretação dos negócios, particularmente dos contratos", devendo se fazer portanto, uma interação entre as normas que serão aplicadas com o caso concreto, sem que seja aplicado de forma isolada, de forma que os parâmetros de boa-fé estejam presentes. Depois, vem a função de controle da boa-fé, a qual estabelece que aquele que contraria a boa-fé, seja porque não cumpre conforme pactuado ou porque excede os seus limites, comete abuso de direito, ou seja, trata-se dos limites impostos pela boa-fé que não exigem nem mesmo que as partes tenham assinado ou firmado um contrato na fase das tratativas, é o que determina o artigo 187 do referido código e a função integrativa e limitadora, a primeira, pois une/integra todas as fases e a segunda porque limita o exercício do direito, a fim de ponderá-lo ou torná-lo razoável.

4. PRINCÍPIO PACTA SUNT SERVANDA E SUA POSSÍVEL RELATIVIZAÇÃO

Outro princípio de grande relevância na formação contratual, é o Princípio Pacta Sunt Servanda, que significa que os "Pactos devem ser cumpridos", ou seja, aquilo que foi pactuado, da forma como o foi, tem força de lei e por isso deve ser realizado pelas partes conforme estabelecido entre eles, independentemente de qualquer fator superveniente, assim era visto pelo direito romano, e por muito tempo se prolongou nesse sentido.

Com a evolução dos institutos, observou-se uma mitigação do mesmo, que sempre esteve como regra, a fim de resguardar e manter a segurança jurídica, hoje com a ascensão da dignidade da pessoa humana e por tantas mudanças sociais que ocorreram devido ao capitalismo e outros fenômenos históricos, que tornaram a regra o Princípio da função social do contrato, a Força Obrigatória do contrato, como também é chamado, passou a possuir exceções, possibilitando atualmente, que na análise do caso concreto, haja uma Revisão Contratual.

Válida também essa regra, para os contratos de adesão, que estão devidamente regulamentados pelo Código de Defesa do Consumidor, os quais em breve relato, são aqueles

que apenas a parte que formula o referido instrumento como contratado, institui as cláusulas, tais como lhes forem convenientes, sendo que o próprio Código Civil dispõe em seu art. 423 que deverá ser adotada "a interpretação mais favorável ao aderente", quando na circunstância figurar cláusulas obscuras ou ambíguas, possibilitando portanto, a revisão contratual decorrente da Teoria da lesão como vício de consentimento.

No entanto, apesar de toda essa relativização, essa revisão não é, e não pode ser tão simples quanto parece, dependerá pois, do que se chama de Teoria da Imprevisão, ou "Rebus sic stantibus", que significa, "enquanto as coisas assim permanecerem", logo, um contrato para que possa ser revisado, ou seja, o Princípio basilar da força obrigatória, que é regra, possa ser atenuado, é necessário que o motivo que se alega para a revisão seja imprevisível e posterior à celebração do contrato, de modo tal que irá alterar as condições de execução do mesmo.

Este fator superveniente à celebração do contrato e imprevisível, deve ser devidamente comprovado, a fim de que não haja revisão sem necessidade, pois apesar de ser possível e estar prevista sua possibilidade, é necessário ainda manter os parâmetros mínimos e suficientes para que não haja quebra da boa-fé que deve ser guardada, para que assim não se rompa com facilidade a segurança jurídica que ostenta o instituto contratual.

Presume-se, portanto, na formação de um contrato, que ambas as partes estão agindo segundo a boa-fé contratual, aquela que se justifica no interesse público-social de que as pessoas embasem sua atuação na cooperação e lealdade entre si, firmados a fim de manter uma intenção de justiça social, dispensadas as condutas que venham desvirtuar os parâmetros de honestidade e retidão, esta que deve ser preservada em todas as fases, e portanto destacase, à boa-fé cumpre ser observada mesmo quando se tratar de fatos supervenientes que venham a ocorrer após à celebração do contrato, como bem coloca o art. 422, e cumpre evidenciar, que deve ser guardada por ambas as partes, não somente por aquela que alega o fato superveniente a que está sofrendo, mas também deve ser pela parte contrária, que receberá a alegação e tendo em vista a situação, é de rigor que frente aos princípios constitucionais, aceite fazer a devida revisão.

5. DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO CIVIL: QUAL O LIMITE DE INTERFERÊNCIA, TENDO EM VISTA OS PRINCÍPIOS QUE AMBOS OSTENTAM

O Direito Constitucional, como se sabe, é base para todo o ordenamento, e portanto,

o direito material e processual, dele decorrem e se desenvolvem segundo sua normatização e seus princípios. No Direito Civil devido a sua trajetória histórica, com momentos marcados por diversos rumos, alguns dos quais já foram citados neste trabalho, foram se construindo caminhos relevantes à estrutura para a constitucionalização do direito civil, ocorrida com o seu desenvolvimento, que se idealizou com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1.988, tendo como fontes de sustentação, os direitos fundamentais e humanos, sendo então concretizada com o Código Civil de 2.002.

Os direitos fundamentais, dispostos na Constituição Federal brasileira, se perfazem de forma clara e conforme citado pelo doutrinador Cleyson de Moraes Mello os ensinamentos de Cristina Queiroz, possui natureza dupla, "na medida em que, não garantem apenas direitos subjetivos, mas também princípios objetivos básicos para a ordem constitucional democrática do Estado de direito", assim, os direitos fundamentais não se determina como um meio apenas e tão somente de garantia pessoal, mas busca ir além, e resguardar os interesses da coletividade e do meio em que estão inseridos.

Aqui, cabe destacar, o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no art. 1°, III da Constituição Federal, o qual reporta a ideia de Estado democrático de direito onde o homem deve ser tratado com o mínimo de dignidade, sem que seja visto como um objeto, mas como uma pessoa, sujeito de direitos e deveres. E em complementariedade, tem-se o princípio da isonomia instituído pelo art. 5°, caput e inciso I da Constituição Federal, em que na busca por uma igualdade substancial, inspira-se na fala de Aristóteles, ao dizer que se deve "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades", este trecho que fala por si só, tenta se referir à igualdade brasileira ou à democracia no mesmo nível em que cada um se encontra.

Se verifica, portanto, que a finalidade do direito constitucional diretamente ligado ao direito civil, não se trata tão somente da relação de dignidade da pessoa humana ou de igualdade entre os particulares, porém, busca-se demonstrar uma visão intrínseca em relação a uma celebração contratual, um meio de visionar quais serão as consequências positivas e negativas da formação do contrato, ou seja, quem serão os atingidos e de que forma serão atingidos.

Todavia, alguns doutrinadores questionam sobre a intervenção que os direitos fundamentais estaria realizando no direito civil, tendo em vista que há fatos que são de máxima relevância a interferência do direito constitucional, pois se faz referência à

proporcionalidade dos direitos humanos, ou seja, os interesses alusivos à pessoa e à vida, se sobrepõe aos interesses de patrimônio, aquilo que se preserva em uma relação contratual, mesmo tendo havido uma grande repersonalização e consequente despatrimonialização com a nova era Pós 2º Guerra Mundial. Contudo, com essa valoração de princípios constitucionais, o que se faz questionar é o quanto se é possível ultrapassar a autonomia e a liberdade contratual dispensadas pelo direito civil, tendo em vista tratar-se de um direito superior e indisponível. Porém, indaga-se ainda, se nos casos em que se tratar de um direito disponível, seria possível se falar também na quebra do contrato porque houve a mudança de estado da época da celebração, possibilitando portanto uma revisão contratual.

O que se questiona é qual a medida de interferência do direito constitucional no direito privado, tendo em vista que se trata da vontade livre e consciente de ambas as partes, e que ambas as áreas possuem princípios próprios, capazes de se sustentarem, sem a mediação de outros, portanto, mesmo o direito constitucional tratando-se de um direito supremo que a todos os outros deve vigiar, seria uma intervenção suficientemente necessária, já que talvez o direito material pudesse se manter sozinho ou é necessária a sua suplementação.

Contudo, faz-se mister, se a partir do momento que uma das partes já não integra mais um rol de plena consciência, porque um fato superveniente e indesejado lhe acometera, pode a partir daí então, o direito constitucional de certa forma "responder" por essa pessoa e "renegociar" o que havia sido anteriormente estabelecido contratualmente entre a parte que irá fornecer e a parte que receberá os serviços do contrato. Qual deve ser portanto a posição do direito civil e do direito constitucional, bem como, qual deve ser a posição de seus aplicadores, que o fazem no plano concreto.

6. ABUSIVIDADE EM CLÁUSULAS DE CONTRATO DE UTI: SÚMULA 302 DO STJ

O Código Civil mantém um "diálogo de fontes" com o Código de Defesa do Consumidor ao se referir à contratos de planos de saúde, estes que geralmente se tratam como de adesão, ou seja, aquele em que somente uma das partes discute as cláusulas e as impõe de forma que à outra, cabe somente aceitar do modo como lhe foi apresentado, sem possibilidade de maiores discussões ou modificações das mesmas, resguardados os interesses da parte mais fraca na relação negocial, assim como dispõe a lei consumerista.

Até 1.998, havia grande discussão acerca dos contratos realizados pelos planos de saúde com particulares que limitavam, principalmente em Unidade de Terapia Intensiva

(UTI), o tempo em que o paciente tinha para permanecer coberto pelos benefícios do plano, como se se soubesse o tempo em que é necessário para o tratamento de um paciente, ainda mais em situações graves, que geralmente são as que se encontram, aqueles que se obrigam a ficarem internados em quartos de UTI.

No ano de 1.998, houve a edição da Súmula nº 302 do STJ, ao julgar vários casos como abusivos, determinando que "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado", cabendo ainda dar destaque a um trecho da ementa do REsp 251.024, proferido pelo relator Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 04.02.2004: "Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5° da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Como bem colocado pelo Ministro, trata-se de direitos fundamentais, previstos constitucionalmente, e além disso, é impossível se prever o tempo em que se levará o tratamento e se terá cura, tornando-se indiscutível a suspensão do tratamento. A mantença indiscriminada de tal cláusula, seria como se negar direitos que são indisponíveis à sociedade, como o direito à vida, verificando-se na cessação do tratamento através do plano, e provocando a incerteza, se os familiares terão condições de continuar o tratamento, ou à dignidade da pessoa humana, pois os familiares muitas vezes já se encontram em estado de completa desesperança, e ao serem surpreendidos com tal notícia de que o plano que acreditavam que alcançaria todas as necessidades, na verdade não alcançará, acaba por atingir toda a estrutura familiar e daquele que está enfermo, que em muitos casos, tem que se submeter a outros tratamentos menos desfavorecidos, por conta da capacidade financeira do seu núcleo parental, e ainda à igualdade, pois em alguns casos os planos de saúde distinguem nos contratos quais são as enfermidades que estão cobertas pelo plano, na mesma linha de raciocínio, como se fosse possível se prever o futuro, aqui cumpre analisar onde está a igualdade de tratamento, sendo que da mesma forma que aquele que contrata um Plano de saúde não prevê por quanto tempo ficará doente, e portanto também não pode prever qual será sua doença.

A lei 9.656/98 veio com o intuito de concretizar o entendimento firmado pela

Súmula, e portanto, todos os contratos a partir de 1.998 e até mesmo os anteriores a esse período que trouxessem cláusulas nesse sentido, são consideradas abusivas e portanto nulas, corroborando com o disposto, tem-se o Enunciado nº 23 do Conselho da Justiça Federal, que coloca que "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana", assim, como foi visto, a função social do contrato trata-se atualmente da regra, porém não elimina a autonomia contratual que continua sendo marco para a segurança jurídica que representa entre as partes, no entanto não prevalecerá frente a interesses maiores, concernente aos direitos da personalidade ligados a dignidade da pessoa humana, ou seja, à vida e à integridade física do segurado, institutos estes perante a Constituição Federal irrenunciáveis.

Seria então um tremendo inconveniente contratar algo que se pretende usar no futuro, sem saber de que forma, apenas imaginando que se poderá usar de qualquer jeito, porém por "descuido" ou por ausência de boa-fé da parte da seguradora, desta que, se comprovado seu abuso de direito, poderá ser cobrada indenização pelos prejuízos sofridos, o contratante não poderá usufruir dos serviços que acreditava ter contratado, porque a doença que lhe acometera não está prevista, ou o tempo em que está na UTI já ultrapassou o tempo estipulado no contrato, este que vale ressaltar, como mencionado, trata-se de um contrato de adesão, ou seja, somente a seguradora o discutiu e o impôs ao segurado.

Questiona-se portanto, onde está a dignidade daquele que já acometido por uma doença muitas vezes implacável em seu sentido mais literal, diante da força vinculante de um contrato celebrado em tempo que não se previa o tamanho da circunstância, apenas se buscava prevenir um desamparo futuro e incerto. Frente a este questionamento que o direito constitucional se impõe e se faz aplicável em tais circunstâncias, a fim de que não seja ferido o princípio maior, que são todos aqueles que se referem à vida e à dignidade de qualquer pessoa.

7. RELAÇÃO ENTRE O REAL E O FICTÍCIO

Concretamente, propõe-se a ousadia em citar e levar à discussão, preliminarmente um Episódio da Série Americana "*Grey's Anatomy*", que trata o drama médico, criado por Shonda Rhimes, em sua 7ª Temporada, no 10º Episódio, em que um dos pacientes do hospital

que é palco de todo o enredo, se encontra com uma das médicas, a Dr^a. Teddy Altman Husband, no elevador e a diz que irá pedir sua noiva em casamento. No entanto, algum tempo depois a médica o encontra novamente e pergunta como foi o pedido, o paciente afirma que o casamento não será possível, pois ele se encontra em um estado de saúde terminal e seu plano de saúde não irá mais cobrir suas despesas, pois seu tempo de internação já ultrapassou 200 dias, o que no contrato estava determinado como sendo o que de direito o paciente/segurado teria, a profissional tenta conversar com a Comissão da Equipe Médica, e não obtém sucesso, propondo ao paciente que ele se case com ela, a fim de poder utilizar-se do seu plano de saúde, justificando que não podia deixar um paciente em estado terminal sem os devidos cuidados, pois fez um juramento profissional que não deixaria ninguém sem o devido amparo, além de possibilitá-la através de seu ato de compaixão, a consciência de um ato plausível.

No caso em questão, verifica-se a limitação temporal que o Contrato de plano de saúde, impôs ao seu segurado, conforme narrado na história, provavelmente sem que ele soubesse, e mesmo que soubesse trata-se de um fator superveniente e imprevisível que lhe acometera, assim, não se justifica a limitação, vez que com a alta médica, o paciente nesse caso, pela falta de condições, estaria assumindo involuntariamente a própria morte sem nenhuma opção de escolha.

"Um ato de coragem", outro filme, merecedor de destaque, dirigido por Nick Cassavetes, em que um pai de família se encontra sem saídas ao se deparar com a falta de condições e uma doença recém descoberta de seu filho que exigirá com urgência um transplante de coração, o qual pela equipe médica é lhe colocada duas opções, que ele leve seu filho para casa, e aguarde sua morte, que poderá ocorrer a qualquer momento, com tempo de vida inestimado, podendo sobreviver somente por mais alguns dias, talvez semanas e quem sabe meses, ou terá o pai que arcar com uma cirurgia de transplante com valor muito além de suas condições financeiras. O pai acreditando estar acobertado pelo plano de saúde que lhe é descontado mensalmente em sua folha de pagamento, de repente se depara com a notícia de que mudaram seu plano de saúde sem seu consentimento, e o mesmo somente cobrirá uma parte quase irrelevante da cirurgia do menino. O pai em desespero, após diversas tentativas de tentar juntar a quantia necessária, e diante da notícia que o hospital está para dar alta ao filho, pois sua conta já se encontra negativa com a instituição de saúde, faz como reféns toda a equipe médica e os pacientes emergenciais.

Analisando sobre as vertentes que ambas as produções proporcionam, primeiro

cumpre mencionar a ausência de boa-fé contratual que pairou nas relações, principalmente destacada na segunda citação, em que sem ser o personagem sequer avisado, seu plano de saúde foi alterado, não lhe oportunizando a escolha, e em ambos, vê-se a existência de um possível contrato de adesão, em que não foi possível que entre as partes fossem discutidas as cláusulas do contrato.

Em um segundo ponto, observa-se que em decorrência dessa cessação do contrato ou a não cobertura completa do tratamento, a seguradora em momento algum, se preocupou com os princípios básicos constitucionais, vale dizer com a dignidade da pessoa humana, que em ambos os casos, por faltas de condições da família, os enfermos se submeterão a ir para casa ou mesmo que fiquem no hospital, viverão somente para aguardar a "hora de sua morte".

Ainda assim, a posição que o hospital ocupa deve ser levada em consideração, já que conforme mencionado pelo personagem do pai do menino no filme, e também pelo paciente em estado terminal na série, o preço da cirurgia constata-se exorbitantemente alto e portanto, não oportunizando chances suficientes para que uma pessoa qualquer possa se submeter a tal procedimento cirúrgico e/ou ao tratamento adequado, questiona-se ai, onde se encontraria o princípio da igualdade entre as partes que determina que deve se tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual na medida de suas desigualdades.

Tratar do primeiro caso, talvez até parecesse fácil, mas se justificaria um casamento apenas com a finalidade de proporcionar um tratamento digno a um paciente, ou ainda, no segundo caso, seria certo justificar o comprometimento da vida de várias pessoas que estavam esperando para serem atendidas, a fim de conseguir salvar um vida, a vida do próprio filho. Até que ponto se justificaria uma ação, em um caso de compaixão e no outro de desespero, para se tentar salvar uma vida.

Seriam essas situações então, verdadeiramente afrontosas à Constituição, que sem que se possa imaginar, ocorrem nas mais diversas formas, seja porque não se deu o tratamento que devia ser dado, seja porque o tratamento deve ser cessado, valores altíssimos sendo cobrados, no que se refere à saúde, direito fundamental e irrenunciável, juntamente com a vida que perpetram as entrelinhas constitucionais, além de sua fala expressa no referido ordenamento. Há que se levar em consideração ainda, a consciência daqueles que obrigados tem que dar a notícia de que se deve optar pela morte, porque o que no passado se pensava que seria útil e suficiente, no presente servirá como mero ludibriador do tempo.

8. O TRATAMENTO DE INSTITUTOS AUTÔNOMOS QUE NÃO SE CONFUNDEM, PORÉM SE RELACIONAM

O entendimento referente a abusividade das cláusulas de contratos de UTI tem sido pacífico nos Tribunais, o que instiga a analisar sob todos os ângulos já expostos nesse trabalho, qual a força da aplicabilidade desse entendimento em conjunto com os demais princípios do instituto contratual, corroborado pelos princípios constitucionais.

Verifica-se portanto, que em se tratando do Princípio Pacta Sunt Servanda, que estabelece que tem força de lei aquilo que entre as partes foi pactuado, cumpre observar inicialmente a relativização que se deve fazer devido a parte ser hipossuficiente, ou seja, estar na posição de consumidor, pois trata-se de contrato de adesão, além do mais, as circunstâncias em que se encontra a pessoa que contratou com o plano de saúde são outras do momento da celebração do contrato, possibilitando portanto, uma revisão contratual, aqui sem maiores discussões e sem levantar maiores questões sobre a intenção das partes.

No entanto, para fortalecer a fundamentação, de que cabe sim uma revisão contratual naquele em que foi estabelecido uma cláusula abusiva que estipulava um prazo de permanência para tratamento ou que determinava quais enfermidades acobertaria, demonstrase necessária a disposição do art. 422 do Código Civil, em que o Princípio da Boa-fé contratual mostra-se imprescindível em todas as fases, e de ambas as partes. Assim, a boa-fé que trata-se como objetiva possui seus deveres anexos, cumprindo portanto à seguradora, por mais que impusesse tal cláusula informar as restrições que estaria fazendo, bem como respeitar os direitos inerentes à parte que está contratando sem que possa negociar as cláusulas, já que se trata de contrato de adesão, além do dever de agir com lealdade e probidade e por mais que seja aceito pelo possível contratante, lhe seja informado as possíveis consequências que poderá sofrer, e ainda os outros deveres que estão diretamente conectados entre si e que exigem das partes o mínimo de honestidade.

Outrossim, a boa-fé é impreterível nos contratos de planos de saúde, visto que sua função de controle, exige que a partir do momento em que se utiliza, na medida em que não cumpre conforme foi estipulado ou porque excede os seus limites de boa-fé, e em razão da alteração das circunstâncias do momento da celebração, se mantém inerte ao pedido de revisão contratual, estará pois cometendo abuso de direito. Quanto a função interpretativa, se analisa no ponto de vista de que a boa-fé deve servir de parâmetro para a formulação do contrato, sem que este, seja formulado isoladamente de acordo com outras normatizações. E

de acordo com a função integrativa e limitadora, a primeira que une todas a fim de que sejam aplicadas em conjunto e a segunda a fim de limitar o exercício do direito de que possui a seguradora de estabelecer conforme lhe for conveniente as regras do contrato que imporá ao segurado.

Destarte, a evolução sempre caminhou lado a lado quando se refere aos princípios constitucionais e contratuais, demonstrando-se essa afirmação através dos vários resquícios dos princípios *mores*, levemente implícitos nos princípios contratuais, sem porém que um se confunda com o outro. Os contratos de Planos de saúde com algumas cláusulas abusivas apesar de já ter sido pacificado o entendimento, ainda é o tema, motivo de discussões nos tribunais, que se deparam com circunstâncias tais, que os levam a novos questionamentos sobre essa seara, que divide opiniões, no sentido de sob qual aspecto deve seguir e quais normatizações devem ser aplicadas no caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A boa-fé objetiva, descrita no ordenamento jurídico contratual, deve ser vista muito além do que a simples boa-fé que deve ser guardada por uma das partes, àquele a quem está sendo imputado a posição de contratado, trata-se de um instituto que visa à ótica de todos os envolvidos na relação negocial e em todas as suas fases, independente de qual objeto seja da essência do contrato. Para que desta forma, seja firmado um consenso mútuo de respeito à princípios que se instituem em si, visto que a autonomia contratual presente, prevalecerá independente da natureza do contrato visto que ambas as partes tem o direito de contratar e portanto escolher com quem quer firmar o presente instrumento, assumindo em tese, os riscos que dele poderão surgir, mesmo assim, vale ressaltar o que já mencionado foi, a boa-fé aqui se mantém necessária, visto que, como se trata de um contrato de adesão, é dever daquele que institui as cláusulas contratuais, informar as consequências que sobrevirão futuramente em determinadas situações.

No que se refere aos contratos de adesão, cumpre destacar a evolução que passou o instituto contratual, trazendo desde as origens traços marcantes que se perpetuam no tempo, de tal forma, a diferenciar-se nos dias atuais, somente em razão de sua denominação, no que cabe este ponto, o doutrinador Fábio Ulhoa Coelho, coloca que, "A cultura é a superação da seleção natural, a libertação do homem de sua condição meramente animalesca", e complementa, "Adotado o critério de hierarquização em razão do afastamento relativo à

seleção natural, ao domínio do mais forte, o respeito aos direitos humanos é um traço de superioridade da cultura. A evolução do direito dos contratos em direção a valores como a tutela do contratante débil (hipossuficiente ou vulnerável) é outra manifestação de superioridade cultural".

Cabe lembrar, portanto, que a boa-fé contratual exigida na formação de um contrato, não deve ser vista como mero princípio o qual deve estar teoricamente descrito no instrumento, mas deve ser entendido como um complemento à princípios que versam na atual Constituição como fundamentais, inerentes e irrenunciáveis à qualquer ser humano, seja lá a qual classe pertencer, origem, raça, cor, enfim, sem qualquer discriminação, no sentido de que sua aplicabilidade concretize a intenção de superioridade cultural que a sociedade almeja.

Os direitos humanos devem ser guardados no intuito de que todos devem ser tratados de igual forma perante a lei e perante a situação que a pessoa se encontra, esta, desde que não tenha deixado margens de uma possível previsão. No sentido de que não haja, em razão dessa situação, uma provável ausência de boa-fé, para pairar um desfrute da condição, configurando assim, um claro abuso de direito, a fim de beneficiar-se por conhecimento da indenização que teria direito caso não soubesse, e assim tratasse sua enfermidade como se superveniente fosse.

Isto posto, a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, não devem se confundir com a autonomia patrimonial que demanda o instituto dos contratos, e a interferência, apesar de necessária, não insta atingir diretamente a segurança jurídica buscada pela celebração do contrato, tendo em vista, que na essência deve se observar a boa-fé de ambas as partes, esta que deve estar intrínseca em toda e qualquer relação contratual, sem qualquer exceção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil (livro eletrônico): Contratos, Vol. 3. 1ª Edição em e-book baseada na 8ª Edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16º Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Cleyson de Moraes. Direito Civil: Contratos. 2º Edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais, Vol. 3. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1998.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 3: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. 9º Edição. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014.

A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO TARDIA EM ANÁLISE AO FILME ANNIE

Carla BERTONCINI² Laísa Fernanda CAMPIDELLI³

RESUMO

Tendo em vista o filme Annie, comédia musical que retrata a adoção tardia de uma menina de 10 anos, objetiva-se analisar as possibilidades de convivência familiar dentro da sistemática brasileira baseando-se no enredo citado, ressaltando seus avanços e desafios. A fim de alcançar esse propósito, procede-se à observação do filme em paralelo com o estudo da situação das crianças brasileiras em condição semelhante à de Annie, servindo-se do método dedutivo e da revisão bibliográfica que envolve o tema. Desse modo, observa-se que, analogamente ao filme citado, as crianças maiores enfrentam obstáculos a suas adoções, ficando, consequentemente, longos períodos em instituições de acolhimento — no caso do filme, em lar temporário — e demonstrando o desejo, como o da personagem do enredo, de pertencer a uma família, seja ela biológica ou adotiva. Assim, buscar-se-á compreender as falhas e sobrepor a elas possíveis mecanismos garantidores da convivência familiar, abrangendo tanto a adoção tardia quanto o apadrinhamento afetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção tardia; Apadrinhamento afetivo; Convivência familiar.

ABSTRACT

Considering the film Annie, a musical comedy that portrays the late adoption of a 10-year-old girl, the objective is to analyze the possibilities of family coexistence within the Brazilian system based on the aforementioned plot, highlighting its advances and challenges. In order to achieve this purpose, the film is observed in parallel with the study of the situation of Brazilian children in a condition similar to that of Annie, using the deductive method and the bibliographic revision that surrounds the theme. Thus, it is observed that, similarly to the film cited, older children face obstacles to their adoptions, resulting in long periods in reception institutions - in the case of the film, in a temporary home - and demonstrating the desire, such as that of character of the plot, of belonging to a family, whether biological or adoptive. Thus, it will be sought to understand the failures and to overlap to them possible mechanisms guaranteeing family coexistence, covering both late adoption and affective sponsorship.

KEY WORDS: Late adoption; Affective patronage; Family living.

INTRODUÇÃO

O presente artigo, baseando-se no filme Annie⁴, expõe a situação da criança afastada

- 2 Advogada. Profa. de Direito de Família e Sucessões da UENP. Profa. do Mestrado em Direito da UENP. Doutora em Direito Civil pela PUC-SP.
- Mestranda em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Graduada em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bolsista CAPES. Integrante do grupo de pesquisa GP CERTOS. E-mail:laisacampidelli@gmail.com.
- 4 Annie. Direção: Will Gluck, Produção: James Lassiter, Will Smith, Jada Pinkett Smith, Caleeb Pinkett,

do convívio familiar, a qual frequentemente manifesta desejo inegável de pertencer a uma família, seja ela de origem biológica ou adotiva.

A personagem Annie Bennett, interpretada pela atriz Quvenzhané Wallis, é uma menina gentil e extrovertida que, apesar de estar há 6 seis anos afastada de um convívio familiar saudável, demonstra entusiasmo e esperança com relação ao futuro. Além disso, com o desenrolar do enredo percebe-se o peso da ausência dos pais biológicos, uma vez que a criança vai semana após semana a um restaurante que acredita ser aquele aonde os pais viriam para reencontrá-la.

Outro fator marcante da trama é o fato de a personagem, aos 10 anos de idade, não saber ler, expondo a negligência a que foi submetida, a qual também acaba por influenciar no seu psicológico, passando a temer, em determinada situação, que será devolvida, mais uma vez, em virtude desse fato.

A caso fictício narrado não é senão a expressão da realidade de muitos menores, segundo relatos de psicólogos, assistentes sociais e juristas, conforme será exposto no presente artigo.

Buscando garantir o disposto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e um lar que proporcione um crescimento sadio a toda criança e adolescente, é pauta necessária levantar os aspectos influenciadores de tal situação: o afastamento prolongado do convívio familiar. A partir disso, discute-se o que pode ser feito para assegurar os direitos dessas crianças e adolescentes privados da convivência familiar.

Nesse contexto, procurou-se destacar a importância da adoção tardia e também o programa de apadrinhamento afetivo, objetivando possibilitar a efetivação da garantia constitucional à convivência familiar.

O FILME ANNIE E A ADOÇÃO TARDIA

A trama desenvolvida no filme Annie, nome da personagem principal, num primeiro momento parece ser um conto de ficção distante da realidade. Porém, com o desenrolar do enredo, percebe-se que a personagem, sonhadora e repleta de expectativas, sofre constantemente pela negligência e abandono a que foi e continua a ser exposta.

O primeiro impacto a que o espectador é submetido é o momento em que Annie vai – como de costume – a um restaurante esperar a noite toda por seus pais biológicos, os quais a abandonaram quando esta tinha 4 anos de idade. A criança permanece esperançosa durante

Shawn "Jay-Z" Carter, Lawrence "Jay" Brown, Tyrone "Ty Ty" Smith. Estados Unidos: Columbia Pictures, 2014.

todo o enredo no sentido de acreditar que seus pais voltariam para buscá-la e que, finalmente, poderia ter um lar. O filme mostra, inclusive, de uma forma infantilizada, a frequente tentativa da criança em imaginar como seriam seus pais e os motivos que os levaram a deixá-la.

Apesar de ter plena consciência de que foi abandonada, a menina deixa claro a todos que lhe perguntam que ela tem pais e que estes vão voltar para apanhá-la, sem expressar diretamente a vontade de ser adotada, apesar de ficar implícito que seu desejo era ter pais, quaisquer que fossem eles.

Em um segundo momento a menina, que não é bem cuidada em seu lar provisório e já morou em vários durante sua vida, sendo constantemente rejeitada, atravessa a rua correndo na frente de uma van, e Will Stacks, homem rico, esnobe e candidato à prefeitura de Nova York, a salva de um possível atropelamento. O personagem, interpretado por Jamie Foxx, é muito ambicioso e vê na criança uma possibilidade de beneficiá-lo nas campanhas para eleger-se.

Em um ato mais estratégico do que de afetivo ou paternal, Will Stacks leva a criança para um jantar, o qual culmina com o oferecimento de sua casa como lar provisório para ela. A situação acaba por favorecer o marketing de que sua campanha para prefeito precisava, e Annie passa a morar em um lar confortável e luxuoso, ganhando até um cachorro de estimação.

A partir daí, a doce menina vai paulatinamente conquistando os sentimentos de Will Stacks, enfatizando como vínculos afetivos podem ser construídos e quão benéfica é para ele a vinda de Annie. Antes arrogante e esnobe, ele se rende à esperançosa, sempre alegre e otimista criança.

Ocorre que a menina continua a ser usada como marketing principal da campanha e, num determinado momento, é pedido que ela leia um discurso em um evento repleto de pessoas. Annie, então com 10 anos, ao invés de ler o que lhe foi solicitado, corre e se entristece. Quando Will lhe pergunta o motivo, ela acaba confessando que nunca aprendeu a ler e que sente vergonha desse fato, por isso não costuma revela-lo a ninguém.

Apegado a Annie e já nutrindo por ela sentimentos paternais, Will sente o quão negligenciada foi a criança e acaba decidindo adotá-la. Há uns contornos na trama feitos por Guy, conselheiro político de Will, personagem interpretado por Bobby Cannavale, e pela Senhorita Colleen Hannigan, personagem interpretada por Cameron Diaz, os quais simulam ter encontrado os pais de Annie como uma jogada de marketing, ignorando os sentimentos da criança e pensando somente no dinheiro que poderiam lucrar com isso.

O ponto forte é que Will cria um vínculo tão forte com Annie que abre mão até

mesmo de sua candidatura, e confessa ter sua vida mudado para melhor com a vinda da garota. O filme fortalece a máxima de que a adoção tardia é possível, apesar de, por muitas vezes, a criança ter sido vítima de negligência que tenha culminado em atraso escolar, traumas e ansiedade por retornar à família biológica.

A CRIANÇA AFASTADA DO CONVÍVIO FAMILIAR

Assim como Annie, muitas crianças e adolescentes passam grande parte de suas vidas em instituições de acolhimento devido a problemas ocorridos com suas famílias biológicas, tais como o abandono, o abuso, a negligência ou qualquer outro fator prejudicial ao seu crescimento sadio.

Segundo o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude da comarca de Uberlândia, Jadir Cirqueira de Souza, as primeiras formas de lesão dos direitos são a omissão, a negligência e o abandono material e moral dos pais, da sociedade e do Estado em relação às crianças quando ainda recém-nascidas. A violação aumenta conforme a idade, por muitas vezes lado a lado com as insatisfatórias ações governamentais⁵. Nas situações de risco social e vulnerabilidades – principalmente em decorrência de pressões geradas pelos processos de exclusão social e cultural –, as famílias precisariam ser apoiadas pelo Estado (conforme previa o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária) e pela sociedade, para que tivessem condições de cumprir com suas responsabilidades. Sob essa perspectiva, poderia ocorrer a diminuição da vulnerabilidade e dos riscos vividos por essas famílias carentes, propiciando melhorias socioculturais, materiais e afetivas favoráveis ao fortalecimento desses vínculos⁶. Assim as famílias poderiam ter mais condições de criar seus filhos e possibilitar-se-ia a diminuição da necessidade de acolhimento institucional.

Ressalta-se ainda que, por muitas vezes, a mulher não está em perfeitas condições de ser mãe quando engravida, resultando desde o ventre materno resquícios dessa situação no bebê:

O processo de rejeição da criança inicia-se, ainda, no ventre materno. Os problemas de saúde física ou mental da mãe ou da própria criança reforçam e/ou colaboram diretamente para o surgimento das primeiras sequelas médicas na formação do

⁵ SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Pillares Ltda, 2008, p. 75.

⁶ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CONANDA) E CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (CNAS). Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. 2006, p.69. Disponível em: < http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>. Acesso em: 19/03/2018.

recém-nascido⁷.

Segundo Maria Berenice Dias, as crianças "enquanto institucionalizadas, estão sujeitas a toda sorte de negligência, maus-tratos e até a violência física e sexual, o que gera severas sequelas de ordem emocional e psicológica". O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária mirou exatamente essa situação marcante nas últimas décadas:

(...) a história social das crianças, dos adolescentes e das famílias revela que estas encontraram e ainda encontram inúmeras dificuldades para proteger e educar seus filhos. Tais dificuldades fora traduzidas pelo Estado em um discurso sobre uma pretensa "incapacidade" da família de orientar os seus filhos. Ao longo de muitas décadas, este foi o argumento ideológico que possibilitou Poder Público o desenvolvimento de políticas paternalistas voltadas para o controle e a contenção social, principalmente para a população mais pobre, com total descaso pela preservação de seus vínculos familiares. Essa desqualificação das famílias em situação de pobreza, tratadas como incapazes, deu sustentação ideológica à prática recorrente da suspensão provisória do poder familiar ou da destituição dos pais e de seus deveres em relação aos filhos⁹.

Elaborado em 2006, o citado plano tinha como proposta "romper com a cultura da institucionalização de crianças e adolescentes e fortalecer o paradigma da proteção integral e da preservação dos vínculos familiares e comunitários preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente"¹⁰. Ocorre que quase 12 anos se passaram e a situação de muitos menores institucionalizados ainda não mudou.

A promotora de justiça Mônica Rodrigues Cuneo desenvolveu um estudo sobre os efeitos do abrigamento prolongado para a criança, ressaltando impactos no seu futuro e dando enfoque principalmente a aspectos biopsicossociais. Destacou, também, quão nociva é a ausência familiar no sentido de propiciar ainda mais a exclusão social:

Indicadores sociais refletem o abismo que marca a distância entre dois mundos: o dos excluídos e o dos incluídos socialmente. A sociedade que não proporciona condições básicas para os desfavorecidos sociais é a mesma que os culpabiliza por sua situação de passividade diante da vida e pelo seu fracasso na criação da prole, é a mesma que lhes empresta descrédito em relação à capacidade de oferecer afeto, proteção e amor aos seus filhos, é a mesma que os estigmatiza, os discrimina e os

⁷ SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Pillares Ltda, 2008, p. 76.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto – Questões Jurídicas.** 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 65.

⁹ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CONANDA) E CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (CNAS). Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. 2006, p.15. Disponível em: < http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-deconvivencia-familiar-e.pdf>. Acesso em: 19/03/2018.

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CONANDA) E CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (CNAS). Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. 2006, p.13. Disponível em: < http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>. Acesso em: 19/03/2018.

exclui¹¹.

A exclusão social é frequentemente prolongada quando não se proporciona às famílias condições para que estas possam criar seus filhos de forma sadia. Nesse contexto, Jadir Cirqueira de Souza destaca que:

Ao invés de enfrentar os problemas e fortalecer a família, ainda pratica-se a institucionalização das crianças e dos adolescentes. É uma das formas perversas de manutenção dos graves problemas vividos pela comunidade infanto-juvenil pobre, sobretudo aquela abandonada pela família, pela sociedade e pelo Estado¹².

Segundo o Centro de capacitação e incentivo à formação de profissionais, voluntários e organizações que desenvolvem trabalho de apoio à convivência familiar, apesar de ser difícil generalizar os impactos negativos da "não família" para uma criança ou um adolescente, percebe-se que menores privados de uma família por um longo período ou pela vida toda podem vir a desenvolver diversas dificuldades que envolvem não só seu passado como também seu presente e futuro. Chama-se atenção principalmente para a dificuldade encontrada por essas crianças para a formação de suas identidades, prejudicando-lhes a construção de noções de tempo e espaço¹³.

A situação se agrava visto que, após a institucionalização, é lento e às vezes falho o processo de recuperação da família biológica ou a destituição do poder familiar e encaminhamento à adoção. Jadir Cirqueira de Souza aponta que constantemente as crianças e adolescentes são somente abrigadas, faltando medidas administrativas e jurisdicionais que reduzam ou acabem com a institucionalização. Relata também que, na verdade, o abrigo – que era para ser temporário – acaba sendo a morada definitiva, na qual as crianças passam suas vidas até completar os 18 anos¹⁴.

O presidente do Grupo de Apoio à Adoção – A Casa de Helena, Hélio Ferraz de Oliveira, entende que o acolhimento institucional prologando pode ser entendido como uma violência, tendo em vista que os estudos técnicos já alertam para as graves consequências psicológicas para as crianças e adolescentes, geradas pela longa permanência em instituições de acolhimento, destacando a frequente dificuldade manifestada na construção de novos

¹¹ CUNEO. Mônica Rodrigues. **ABRIGAMENTO PROLONGADO: OS FILHOS DO ESQUECIMENTO**. A Institucionalização Prolongada de Crianças e as Marcas que Ficam. Censo da população infanto-juvenil abrigada no Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: 2012, p. 1.

¹² SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Pillares Ltda, 2008, p. 75.

¹³ CENTRO DE CAPACITAÇÃO E INCENTIVO À FORMAÇÃO DE PROFISSIONAIS, VOLUNTÁRIOS E ORGANIZAÇÕES QUE DESENVOLVEM TRABALHO DE APOIO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. **101 perguntas e respostas sobre alternativas de convivência familiar : família de apoio, guarda e apadrinhamento afetivo.** São Paulo: CeCIF, 2003, p.20.

¹⁴ SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Pillares Ltda, 2008, p. 79.

vínculos¹⁵. O pensamento do presidente soma-se à pesquisa da psicóloga Lilian de Almeida Guimarães Solon que, em sua dissertação "A perspectiva da criança sobre seu processo de adoção", ressalta os benefícios da adoção quando concretizada com sucesso – não tendo havido devoluções no processo – e aponta os danos causados às crianças por ficarem longos períodos em instituições de acolhimento¹⁶.

O sistema atual poderia ser considerado como falido, posto que:

[...] instalou-se tal burocracia que, durante anos, crianças e adolescentes são mantidos em verdadeiros depósitos, enquanto amargam a rejeição de serem reinseridos na família biológica ou de serem acolhidos pela família extensa. Somente depois tem início o moroso processo de destituição do poder familiar, em que são esgotadas todas as vias recursais¹⁷.

Importante ressaltar que, com os anos, a preocupação com o direito fundamental à convivência familiar vem aumentando, e o tema é sempre alvo de debates que proporcionem melhorias. Assim, apesar de já ter sido regulamentado o período de 6 meses para reavaliação das crianças e adolescentes em instituição de acolhimento (Lei 12.010/09, art. 19, § 1°), o assunto está frequentemente em pauta no Congresso Nacional e o intervalo passou para 3 meses, tendo como propósito tentar diminuir o tempo de institucionalização¹⁸.

A Lei 12.010/09 trouxe diversas melhorias para o ECA, com o intuito de garantir a convivência familiar a toda criança e adolescente, porém ainda falta aos institutos a aplicação prática.

ADOÇÃO

A adoção é uma modalidade de colocação de crianças e adolescentes em família substituta, considerada a mais eficaz por proporcionar as melhores condições para inclusão no seio familiar, conforme será demonstrado. Tem como característica tratar-se de medida excepcional – apenas na absoluta impossibilidade da família biológica – e irrevogável.

Segundo Maria Helena Diniz, a adoção pode ser definida como "um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre adotante, ou adotantes, e o adotado um

¹⁵ OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção – aspectos jurídicos, práticos e efetivos**. Leme: Mundo Jurídico, 2017, p. 25.

¹⁶ SOLON, Lilian de Almeida Guimarães. **A perspectiva da Criança sobre seu processo de adoção**. Ribeirão Preto 2006

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto – Questões Jurídicas.** 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 65.

¹⁸ ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM (com informações da Agência Brasil e da Agência Câmara). **Congresso derruba vetos presidenciais e altera, mais uma vez, regras da Lei de Adoção.** 21/02/2018. Disponível em:

http://www.ibdfam.org.br/noticias/6539/Congresso+derruba+vetos+presidenciais+e+altera %2C+mais+uma+vez%2C+regras+da+Lei+de+Ado%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 19/03/2018.

liame legal de paternidade e filiação civil"¹⁹. Já o autor Flávio Tartuce entende que a adoção tem aspectos de negócio jurídico também:

[...] entendo que há um quê de negócio jurídico na adoção, eis que esta depende de iniciativa da parte, do exercício da autonomia privada pelo adotante. Para reforçar, lembre-se que a adoção não pode ser imposta, como ocorre com o reconhecimento de filho. Sem falar que, na adoção de pessoa com a idade superior a 12 anos, há a necessidade de se ouvir o adotado. A questão, em suma, é controversa²⁰.

O ECA e a Lei 12.010/09 disciplinam que a adoção é medida excepcional e irrevogável, só podendo ser empregada quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa. (Conforme disposição do art. 39, § 1º do ECA). Além disso, é importante mencionar que com a entrada em vigor da Constituição de 1988 ficou proibida qualquer diferenciação entre filhos biológicos e adotivos (art. 227, § 6º da CF) e que atualmente a adoção de menores de idade é regida pelo ECA, enquanto a adoção de maiores de idade é regulamentada pelo Código Civil.

Interessa ao presente artigo principalmente a adoção tardia, a qual poder ser definida como "a adoção de crianças acima de 6 anos de idade e adolescentes"²¹.

Fato importante a ser mencionado é que a adoção tardia é muito mais difícil do que a adoção de um bebê, sendo esses menores frequentemente considerados como "inadotáveis". É o expresso pelas considerações feitas pela autora Maria Berenice Dias:

Quando finalmente são disponibilizados para adoção, tornam-se invisíveis e inacessíveis. Ninguém tem acesso a eles, nem quem está habilitado a adotá-los. Durante essa eternidade, as crianças crescem e se tornam inadotáveis — feia palavra, que retrata uma realidade ainda mais perversa: ninguém as quer. Chegaram aos abrigos bebês e de lá saem quando atingem a maioridade. São jogadas à vida, sem qualquer preparo para viver em sociedade²².

A adoção tardia ainda enfrenta muito preconceito, desconhecimento e medo e, além disso, ainda existem os mitos que a cercam e fazem com que os pretendentes tenham preferência por recém-nascidos²³. Um dos fatores a propiciar mitos e preconceitos que interferem na opção por essa modalidade de adoção está na existência da mãe biológica, que muitas vezes tentou criar o próprio filho, mas diante da falta de estrutura teve que entregá-lo para a adoção tardiamente²⁴.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família**. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 577.

²⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito de Família**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 489.

²¹ OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção – aspectos jurídicos, práticos e efetivos**. Leme: Mundo Jurídico, 2017, p.65.

²² DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto – Questões Jurídicas**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.65.

²³ FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. **Adoção: guia prático doutrinário e processual com as alterações da Lei 12.010/09.** São Paulo: Cortez, 2010, p. 84.

²⁴ BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família.** Curitiba: Juruá, 2010, p. 205.

Essa adoção deve ser entendida como necessária, tendo em vista a dificuldade de se encontrarem possíveis pais a essas crianças e adolescentes. Os perfis adotivos geralmente se restringem aos primeiros anos de vida, o que acaba por excluir a criança e o adolescente da possibilidade de adoção²⁵.

Marlizete Maldonado Vargas traz considerações acerca da adoção tardia. Após um acompanhamento longitudinal em cinco famílias que adotaram tardiamente, destacou que, em geral, a dificuldade ou a facilidade de a criança estabelecer novos vínculos estaria relacionada com a possibilidade de atendimento pelos pais adotivos com relação a "suas necessidades emocionais mais primitivas, ou seja, de ser gestada novamente, de se mostrar indefesa, de requerer atenção, de renegar essa atenção..." Ou seja, de fazer novamente a jornada para a construção do seu novo eu, partindo dos novos modelos parentais. A autora destaca ser possível a reconstrução da identidade dessas crianças a partir dos novos modelos parentais²⁶.

Importante mencionar que, com o advento da Lei 12.010/09, o art. 87 do ECA recebeu o inciso VII, que prevê campanhas de estímulo à adoção, especificamente de crianças maiores ou de adolescentes e de outros grupos que enfrentam dificuldades na concretização das adoções. A medida citada, porém, é ainda timidamente vislumbrada, ficando os menores à espera de um lar.

Para que a adoção tardia ocorra, é necessária a preparação de forma correta dos pais que irão receber essas crianças e adolescentes, somada à necessidade de uma direta ação estatal de auxílio à promoção dessa modalidade de adoção.

APADRINHAMENTO AFETIVO

Uma das formas de proporcionar o convívio familiar a crianças e adolescentes que não condizem com o perfil dos pretendentes à adoção é o apadrinhamento afetivo.

O apadrinhamento afetivo consiste em "uma das alternativas que visam propiciar o direito a convivência familiar às crianças e aos adolescentes que vivem em abrigos" ²⁷. Esse instituto foi trazido pela Lei nº 13.509/17 ao artigo 19 do ECA:

Art. 19-B. A criança e o adolescente em programa de acolhimento institucional ou familiar poderão participar de programa de apadrinhamento.

§ 1º O apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao

²⁵ OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção – aspectos jurídicos, práticos e efetivos**. Leme: Mundo Jurídico, 2017. p.65-66.

VARGAS, Marlizete Maldonado. **Adoção tardia: da família sonhada a família possível**. São Paulo: Casa do psicólogo, 1998, p. 149.

²⁷ CENTRO DE CAPACITAÇÃO E INCENTIVO À FORMAÇÃO DE PROFISSIONAIS, VOLUNTÁRIOS E ORGANIZAÇÕES QUE DESENVOLVEM TRABALHO DE APOIO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. **101 perguntas e respostas sobre alternativas de convivência familiar :** família de apoio, guarda e apadrinhamento afetivo. São Paulo: CeCIF, 2003, p.65.

adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro.

Destaca Maria Berenice Dias que o programa "destina-se a crianças com mais de cinco anos, com remotas possibilidades de serem adotadas"²⁸, relatando ainda que este não pode ser usado como atalho para a adoção:

[...] Os candidatos não podem estar inscritos no cadastro de adotantes. Mais uma iniciativa que não atenta à possibilidade de ser construído um vínculo de filiação socioafetiva entre padrinho e afilhado. A expectativa frustrada multiplica o sentimento de rejeição, que se acumula com o passar dos anos. Os pais não o merecem, e a família extensa não o quer. E ninguém mais pode ser a sua família: nem os cuidadores, nem a família acolhedora, nem os padrinhos afetivos²⁹.

Um fator prejudicial à promoção da adoção tardia é a nova regra referente ao apadrinhamento afetivo votada pelo Congresso Nacional, a qual proíbe que pessoas cadastradas para a adoção possam ser padrinhos ou madrinhas. A medida é classificada como "desastrosa" segundo o juiz Fernando Moreira, que ressaltou que a mudança subtrairá as chances das crianças e adolescentes que não tinham pretendentes. E ainda concluiu:

[...] ao vedar habilitados à adoção de apadrinharem crianças e adolescentes, para os quais não há pretendentes, padece de manifesta inconstitucionalidade, pois viola o Princípio Constitucional da Absoluta Prioridade (art. 227, CF). Invertemos a ordem natural das coisas, priorizam-se os interesses dos pretendentes e valoriza-se uma disputa de poder entre Governo e Congresso, sendo que os interesses de nossos infantes estão ficando em segundo plano³⁰.

Em se tratando de adoção de crianças pequenas, a vedação poderia até ser considerada válida, pois existem outros pretendentes no cadastro de adoção, muitas vezes à espera, por anos, da chegada da criança. Porém, em se tratando de crianças e adolescentes excluídos do perfil desejado pelos adotantes e consequentemente com possibilidades escassas de adoção, a medida se torna um empecilho ainda maior à concretização da convivência familiar.

O apadrinhamento afetivo garante o direito à convivência familiar, pois os padrinhos podem fornecer o que as instituições de acolhimento muitas vezes não conseguem. Assim eles visitam o afilhado e o levam para passeios, finais de semana, férias, feriados e outras datas comemorativas. Esse convívio proporciona uma vivência diferente daquele cotidiano de

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto – Questões Jurídicas.** 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 114.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto – Questões Jurídicas**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.114.

³⁰ ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM (com informações da Agência Brasil e da Agência Câmara). **Congresso derruba vetos presidenciais e altera, mais uma vez, regras da Lei de Adoção.** 21/02/2018. Disponível em:

http://www.ibdfam.org.br/noticias/6539/Congresso+derruba+vetos+presidenciais+e+altera %2C+mais+uma+vez%2C+regras+da+Lei+de+Ado%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 19/03/2018.

abandono³¹. Além disso, pode-se notar nas crianças e adolescentes melhoras de comportamento e de desempenho escolar³².

Inclusive, muitos pretendentes chegam com a intenção de apenas apadrinhar, porém criam vínculos tão fortes que decidem adotar. É o caso de Rafael e Tatiane, que decidiram fazê-lo depois da convivência por meio do apadrinhamento afetivo com o filho, então com 10 anos de idade³³. Apesar de a adoção não consistir no intuito do apadrinhamento afetivo, pode ser que ela ocorra após a formação do vínculo, sempre tendo em vista o melhor interesse do menor. A adoção de Anderson, de 16 anos, só foi possível em virtude da formação de vínculo formada no apadrinhamento afetivo. O adolescente relata que não esperava que alguém ainda o quisesse adotar e que, em seu íntimo, ele sempre teria que cuidar de si sozinho³⁴.

Assim, o apadrinhamento afetivo é um dos mecanismos que garante a convivência familiar e possibilitam um crescimento mais sadio das crianças e adolescentes institucionalizados e até mesmo uma possibilidade de adoção tardia.

CONCLUSÃO

A partir do enredo do filme Annie, pode-se perceber que o ideal é que toda criança e adolescente tivesse seu direito à convivência familiar respeitado, tal como disposto na Constituição Federal de 1988. A realidade brasileira, porém, ainda está repleta de crianças e adolescentes em situação muito semelhante à da personagem, institucionalizados e privados de um lar.

Além disso, crianças e adolescentes mais velhos são constantemente rejeitados pelos cadastrados no CNA, porém constata-se ser possível uma melhora e um crescimento da adoção tardia se houver adequada preparação psicossocial dos candidatos à adoção, além de estímulos a essa prática.

Buscando o melhor interesse do menor e tendo em vista os danos decorrentes da privação familiar, observou-se a necessidade do empenho de políticas públicas promotoras da

³¹ DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto – Questões Jurídicas**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.115.

³² LUCCHESE, Alexandre. **A adoção de adolescentes ainda enfrenta preconceito, mas este cenário está mudando.** 19/01/2018. Disponível em: < https://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2018/01/a-adocao-de-adolescentes-ainda-enfrenta-preconceito-mas-este-cenario-esta-mudando-cici6on4v024701ph5uk0zpkm.html>. Acesso em: 19/03/2018.

³³ VEJA. **Relato sobre adoção publicado em rede social emociona a internet.** 01/03/2018. Disponível em: https://veja.abril.com.br/brasil/relato-sobre-adocao-publicado-em-rede-social-emociona-a-internet/. Acesso em: 19/03/2018.

³⁴ LUCCHESE, Alexandre. A adoção de adolescentes ainda enfrenta preconceito, mas este cenário está mudando. 19/01/2018. Disponível em: < https://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2018/01/a-adocao-de-adolescentes-ainda-enfrenta-preconceito-mas-este-cenario-esta-mudando-cjcj6on4v024701ph5uk0zpkm.html>. Acesso em: 19/03/2018.

adoção tardia tão como o apoio ao apadrinhamento afetivo no maior número possível de comarcas brasileiras.

O apadrinhamento afetivo mostra-se como um mecanismo para a garantia da convivência familiar a toda criança e adolescente, pois ele promove a criação de vínculos importantes ao desenvolvimento de todo menor. Além disso, no caso de crianças e adolescentes fora dos perfis dos cadastros de adoção, ele pode servir como ponte para a concretização de uma adoção tardia.

Ressalta-se a importância de filmes como Annie para fortalecer a possibilidade da adoção tardia e da formação da família por meio de vínculos de afeto e não apenas de consanguinidade. Além disso, o enredo evidencia o quão danosa é a ausência familiar e enorme o anseio das crianças e adolescentes por uma família à qual pertencer.

REFERÊNCIAS

Annie. Direção: Will Gluck, Produção: James Lassiter, Will Smith, Jada Pinkett Smith, Caleeb Pinkett, Shawn "Jay-Z" Carter, Lawrence "Jay" Brown, Tyrone "Ty Ty" Smith. Estados Unidos: Columbia Pictures, 2014.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM (com informações da Agência Brasil e da Agência Câmara). **Congresso derruba vetos presidenciais e altera, mais uma vez, regras da Lei de Adoção.** 21/02/2018. Disponível em:

http://www.ibdfam.org.br/noticias/6539/Congresso+derruba+vetos+presidenciais+e+altera%2C+mais+uma+vez%2C+regras+da+Lei+de+Ado%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 19/03/2018.

BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família.** Curitiba: Juruá, 2010.

CENTRO DE CAPACITAÇÃO E INCENTIVO À FORMAÇÃO DE PROFISSIONAIS, VOLUNTÁRIOS E ORGANIZAÇÕES QUE DESENVOLVEM TRABALHO DE APOIO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. **101 perguntas e respostas sobre alternativas de convivência familiar : família de apoio, guarda e apadrinhamento afetivo.** São Paulo: CeCIF, 2003.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CONANDA) E CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (CNAS). Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. 2006. Disponível em: http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>. Acesso em: 19/03/2018.

CUNEO. Mônica Rodrigues. **ABRIGAMENTO PROLONGADO: OS FILHOS DO ESQUECIMENTO**. A Institucionalização Prolongada de Crianças e as Marcas que Ficam.

Censo da população infanto-juvenil abrigada no Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto – Questões Jurídicas.** 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família**. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. **Adoção: guia prático doutrinário e processual com as alterações da Lei 12.010/09.** São Paulo: Cortez, 2010.

LUCCHESE, Alexandre. **A adoção de adolescentes ainda enfrenta preconceito, mas este cenário está mudando.** 19/01/2018. Disponível em: <

https://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2018/01/a-adocao-de-adolescentes-ainda-enfrenta-preconceito-mas-este-cenario-esta-mudando-cjcj6on4v024701ph5uk0zpkm.html>. Acesso em: 19/03/2018.

OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção – aspectos jurídicos, práticos e efetivos**. Leme: Mundo Jurídico, 2017.

SOLON, Lilian de Almeida Guimarães. **A perspectiva da Criança sobre seu processo de adoção**. Ribeirão Preto, 2006.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Pillares Ltda, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito de Família**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VARGAS, Marlizete Maldonado. **Adoção tardia: da família sonhada a família possível**. São Paulo: Casa do psicólogo, 1998.

VEJA. **Relato sobre adoção publicado em rede social emociona a internet.** 01/03/2018. Disponível em: https://veja.abril.com.br/brasil/relato-sobre-adocao-publicado-em-rede-social-emociona-a-internet/. Acesso em: 19/03/2018.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTRATO CELEBRADO NO FILME O MERCADOR DE VENEZA

Geovana Rinaldi VASCONCELLOS³⁵

RESUMO

O presente trabalho desenvolvido buscou abordar o contrato firmado no filme O Mercador de Veneza, no século XVI em confronto a legislação brasileira vigente. Constatando a presença dos requisitos para existência, eficácia e validade do contrato, de acordo com as normas vigentes no ordenamento brasileiro em confronto com os usos e costumes da época, analisando os princípios aplicáveis ao contrato. Portanto, o presente trabalho se justifica ao trazer os requisitos de validade, eficácia e existência do contrato tratado no filme como modo de fazer um comparativo com a legislação atual, confrontando-o com os princípios basilares do Direito Brasileiro. Assim, imprescindível analisar se o contrato firmado no filme o Mercador de Veneza, no século XVI, seria aceito no ordenamento jurídico atual. Para tanto fez-se necessária a pesquisa de posições doutrinárias sobre matéria em questão, para poder compreendê-la. Deste modo, indispensável primeiramente se atentar aos requisitos do contrato, levando em consideração a legislação atual e também analisando os usos e costumes da época. Posteriormente, analisar os princípios basilares do contrato, e quais foram devidamente aplicados ou não ao caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: legislação atual; princípios; requisitos contrato.

ABSTRACT

The present work developed looked for to approach the contract signed in the movie The Merchant of Venice in the XVI century in comparison to the current Brazilian legislation. Noting the presence of the requirements for existence, effectiveness and validity of the contract, in accordance with the norms in force in the Brazilian order in comparison with the uses and customs of the epoch, analyzing the principles applicable to the contract. Therefore, the present work is justified in bringing the requirements of validity, effectiveness and existence of the contract dealt with in the film as a way to make a comparison with the current legislation, confronting it with the basic principles of Brazilian Law. Thus, it is essential to analyze whether the contract signed in the movie, the Merchant of Venice, in the sixteenth century, would be accepted in the current legal system. In order to do so, it was necessary to search for doctrinal positions on the matter in question, in order to understand it. In this way, it is essential to first consider the requirements of the contract, taking into account the current legislation and also analyzing the customs and customs of the time. Subsequently, to analyze the basic principles of the contract, and which were properly applied or not to the concrete case.

KEY WORDS current legislation; principles; contract requirements.

INTRODUÇÃO

³⁵ Graduanda do 9º termo do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). Atualmente é estagiária remunerada do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com exercício de suas atividades no Gabinete do Juiz Substituto da Comarca de Andirá.

O presente trabalho desenvolvido buscou abordar o contrato firmado no filme O mercador de Veneza, no século XVI em confronto a legislação brasileira vigente. Constatando a presença dos requisitos para existência, eficácia e validade do contrato, de acordo com as normas vigentes no ordenamento brasileiro em confronto com os usos e costumes da época. Bem como, a análise dos princípios aplicáveis ao contrato.

Nos dias atuais, pode-se observar que vários contratos são realizados no dia a dia sem ao menos se atentar aos requisitos básicos para sua concepção e, em alguns casos, as consequências resultantes da inobservância das regras podem geram efeitos indesejáveis. Portanto, o presente trabalho se justifica ao trazer os requisitos de validade, eficácia e existência do contrato tratado no filme como modo de fazer um comparativo com a legislação atual, bem como confrontá-lo com os princípios basilares do Direito Contratual Brasileiro.

Deste modo, imperioso clarear e elucidar se o contrato firmado em meados do século XVI, especificamente o contrato concretizado no filme o Mercador de Veneza, seria aceito no ordenamento jurídico atual.

Para o pleno desenvolvimento deste trabalho deverão ser consultados doutrinadores no âmbito civil que pesquisam e discorrem sobre o tema, como Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze, Flávio Tartuce, Regina Beatriz Tavares da Silva e outros.

Para tanto, indispensável primeiramente se atentar aos princípios basilares do contrato, e quais foram devidamente aplicados ou não ao caso concreto. Posteriormente, analisar os requisitos do contrato, levando em consideração a legislação atual e também analisando os usos e costumes da época.

PRINCÍPIOS BASILARES DO CONTRATO

O primeiro princípio que pode ser encontrado é o do formalismo, tendo em vista que não basta apenas o acordo verbal de vontade das partes, mas torna-se necessário a realização por escrito, haja vista a existência de um fiador (CC, art. 819), apesar de não haver a obrigação de ser por instrumento público (GONÇALVES, 2014, p. 98), sendo que em sentido semelhante ensina Flávio Tartuce: "O contrato de fiança exige a forma escrita, conforme enuncia o art. 819 do CC. Assim o contrato é formal. Todavia, o contrato é não solene, pois não se exige escritura pública" (2015, p. 448). E, ainda, imperioso a entrega da *res*, para o aperfeiçoamento do contrato de mútuo, classificando-o como contrato real.

Quanto à forma do contrato de fiança a jurisprudência é uníssona nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE FIANÇA C/C CANCELAMENTO DE HIPOTECA. FIANÇA. FIADOR E PRINCIPAL PAGADOR. PRAZO INDETERMINADO. A fiança se dá por escrito e não admite interpretação extensiva, ou seja, além do expressamente comprometido, como disposto no art. 819 do CC/02. O fiador que firma o compromisso de principal pagador pelo prazo inicial, prorrogação ou renovação automática e renuncia ao benefício de ordem somente se desobriga com a quitação do contrato, sua substituição ou exoneração por exegese do art. 828 daquele Código. - Circunstância dos autos em que se impõe a improcedência da ação. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70076231323, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Moreno Pomar, Julgado em 27/02/2018).

Sem perder de vista que a jurisprudência também já se manifestou quanto à obrigatoriedade da entrega da coisa, em se tratando de contrato real, como é o presente caso. Nessa acepção:

Embargos à execução. Preliminar afastada. Contrato de empréstimo/financiamento pessoa física, com consignação em folha. Contrato real que se aperfeiçoa com a efetiva entrega do numerário, não bastando o consentimento das partes. Ausência de prova documental da efetiva liberação do crédito em favor da embargante. Ônus probatório do Banco-embargado. Operação creditícia não aperfeiçoada. Nulidade da execução. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação 0030861-33.2012.8.26.0071; Relator (a): Cauduro Padin; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 10/09/2015; Data de Registro: 10/09/2015).

Possível verificar também a presença do princípio da autonomia da vontade, mesmo tratando-se de um contrato de adesão, visto que todas as partes envolvidas discutiram as condições impostas, concordando com as mesmas ao assinar o contrato.

Resultando, consequentemente no princípio da obrigatoriedade dos contratos, visto que Shylock, no ato de celebração do contrato, disse expressamente que acaso o contrato não fosse cumprido no prazo, à forma de execução forçada do contrato seria uma libra exata de carne de Antônio. Diante disso, ele deveria cumprir integralmente o que foi contratado, assim, retirando uma libra de carne de Antônio.

Decorrendo disso a imutabilidade, personificada pela máxima *Pacta Sunt Servanda*, a qual vincula as partes ao cumprimento do que fora contratada, ou seja, o contrato passa a fazer lei entre as partes. E, ainda, com base no princípio da boa-fé objetiva e da probidade é de fácil constatação que ao assinar o contrato todos os envolvidos tinham conhecimento de que acaso fosse necessário o cumprimento forçado do avençado, referente a retirada de uma libra de carne de Antônio, o derrame de sangue seria uma consequência lógica, podendo, inclusive, causar a morte de Antônio, assim apesar de não haver expressamente convencionado as partes, partindo da boa-fé objetiva e da probidade todos tinham ciência do resultado da retirada de uma libra de carne de Antônio.

E, ainda, dentro do princípio da obrigatoriedade dos contratos, com relação a segurança jurídica, vislumbra-se que o não cumprimento do contrato da forma contrata poderá resultar em uma insegurança na sociedade.

Contudo, não obstante da obrigatoriedade dos contratos irredutível àquela época, Shylock perdeu o julgamento, e teve como multa, dar metade de sua riqueza à Antônio e a outra metade ao Estado, tendo em vista que ele colocou a vida de um cidadão católico de Veneza em risco.

Atualmente com o neoconstitucionalismo, que se desenvolveu na Europa, ao longo da segunda metade do século XX e, no Brasil, após a Constituição de 1988 que trouxe no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Assim, imprescindível à aplicação direta dos direitos fundamentais na realização e execução dos contratos, inclusive, nas relações puramente privadas, ainda que, traga consigo a mitigação do princípio da autonomia da vontade. Visto que a autonomia das partes não pode resultar em violação aos direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente, no que concerne à dignidade humana (FARIAS and ROSENVALD, 2015, p. 44).

Além do interesse das partes o contrato deve cumprir uma função social, ou seja, este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, desproporcionais e injustas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, muito menos, a coletividade, bem como, não pode violar interesses individuais que abranjam a proteção da dignidade humana.

Para Francisco Amaral o verdadeiro significado de função social é:

uma função social significa considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de acabar com as injustiças sociais (apud FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 503).

Melhor dizendo, a função social nada mais é do que o direito subjetivo que cada um tem de buscar satisfazer seu próprio interesse, com a ressalva de que sua satisfação individual não lesione as expectativas legítimas coletivas. Portanto, se a satisfação pessoal afrontar a função social, o intento do titular do direito será recusado pelo ordenamento jurídico (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 22).

Assim, "o princípio da autonomia privada não é ilimitado. Balizam-no a ordem pública, a moralidade, a proteção da vontade livre e consciente das partes e dos contratantes débeis" (COELHO, 2012, p. 32). Logo, cogente à harmonia entre a autonomia da vontade das partes e os princípios fundamentais para a criação de um contrato, seja ele qual for.

Devendo, então, o contrato, ser concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público.

Portanto, como as partes livres e conscientes firmaram um contrato e como a dívida não fora paga, Shylock pediu o cumprimento do contrato, e que acaso não fosse cumprido poderia gerar uma insegurança jurídica.

Contudo, sobre a visão da função social do contrato, verifica-se que se acaso fosse possível seu comprimento, esta efetivação apenas privilegiaria a intenção de vingança de Shylock, e não a distribuição de riquezas ou, ainda, deixaria de proteger valores jurídicos, socioeconômicos, morais e humanos da sociedade.

Não podendo perder de vista que foi dado como solução do contrato o pagamento da dívida com o valor triplicado, buscando assim, a recompensa, pelo não cumprimento no prazo e, se esta fosse aceita, teria infinitamente cumprido a função social do contrato, além da menor onerosidade do devedor (*in dubiis quod minimum est sequimur*), preconizada no art. 805, *caput* do CPC, entre outros princípios.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. LIMINAR. BLOQUEIO DE VALORES. PREVISÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA MENOR ONEROSIDADE AO DEVEDOR. DECISÃO MANTIDA. Para a concessão da tutela antecipada é necessário que estejam reunidos os pressupostos estabelecidos pelo art. 300 do CPC. No caso dos autos, a agravante não demonstrou a verossimilhança do direito alegado. Além disso, o princípio de que a execução se desenvolve no interesse do credor e da responsabilidade patrimonial não são absolutos e a sua aplicação deve se harmonizar com aqueles que impõem utilidade à execução, menor gravame e onerosidade ao devedor e efetividade da execução por meios que respeitem a dignidade do devedor. Não se verifica a ilegalidade do bloqueio dos valores por parte da agravada, havendo previsão contratual autorizando o desconto dos valores em conta do devedor. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70074377797, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Giovanni Conti, Julgado em 19/10/2017).

E, ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. MEDIDAS ATÍPICAS PARA A EFETIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL. ART. 139, IV, DO CPC/15. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E MENOR ONEROSIDADE AO DEVEDOR. OBSERVÂNCIA NECESSÁRIA. I - Segundo o disposto no inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil de 2015, pode o juiz determinar medidas atípicas para a efetivação das suas decisões, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. II - A aplicação de medidas coercitivas para que o pagamento da dívida seja devidamente efetuado devem observar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da menor onerosidade ao devedor. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.14.345756-2/001, Relator(a): Des.(a) Vicente de Oliveira Silva, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/05/0017, publicação da súmula em 05/06/2017).

Destarte, a interpretação feita pelo suposto juiz, a hermenêutica contratual foi utilizada a favor do devedor, exigindo que o Shylock, retirasse uma libra de carne sem derramar uma gota de sangue, e caso o fizesse suas terras e bens seriam confiscados pelo Governo de Veneza. Assim, Shylock desistiu de retirar uma libra de carne de Antônio, já que o contrato não havia previsão do derramamento de sangue de Antônio.

Portanto, imperioso buscar a sintonia dos direitos basilares do Direito quando da interpretação de um contrato, dentre eles o da dignidade humana (que defende o bem-estar e a integridade física) e a função social do contrato, aplicando os princípios no caso *in concreto*. Relacionando com a obra, a cláusula do contrato seria ilícita ou juridicamente impossível, mas para o Direito da época, com todos os costumes e tradições que o cercavam, aparentava ser possível de ser executada, como se pode notar pelo posicionamento do tribunal ao não questionar a sua validade. E, ainda, fazendo com que não apenas os judeus se curvarem à lei, mas também aplicando-a independente que quem sofresse as consequências, melhor dizendo, o contrato fazia lei entre as partes, independente de seu conteúdo, não podendo ser questionado posteriormente ainda que excessivamente oneroso.

REQUISITOS DO CONTRATO

No filme O Mercador de Veneza, percebe-se que o negócio jurídico firmado entre os personagens, Shylock, Antônio e Bassânio caracteriza-se um contrato de mútuo com garantia de um fiador, configurando-se ainda um contrato de adesão, tendo em vista que Shylock impõe suas cláusulas às partes.

Primeiramente, necessário entender o que é um contrato para o direito. Para Flávio Tartuce trata-se de um:

ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana que pretende um objetivo de cunho patrimonial (ato jurígeno); constitui um negócio jurídico por excelência. Para existir o contrato, seu objeto ou conteúdo deve ser lícito não podendo contrariar o ordenamento jurídico, a boa-fé, a sua função social e econômica e os bons costumes (2015, p. 02).

Desta forma, indaga-se sobre a validade de tal contrato, visto que "o fato de um negócio jurídico ser considerado existente não quer dizer que ele seja considerado perfeito, ou seja, com aptidão legal para produzir efeitos, o que exige o atendimento de determinados pressupostos legais" (STOLZE, 2014, p. 60).

Importante frisar os ensinamentos de Pablo Stolze que salienta que "os pressupostos de validade nada mais são do que os próprios elementos de existência adjetivados" (2014, p.

59).

Para que um contrato seja constituído realmente efetivado são necessários requisitos indispensáveis no ato jurídico, assim, ao analisar os requisitos de validade, observa-se que para a formalização dos requisitos subjetivos, é necessário a manifestação de pelo menos duas vontades, tendo as partes capacidade e devem consentir reciprocamente com as cláusulas contratuais devidamente escritas.

Sendo que a perfeição do contrato ocorreu, visto que houve a entrega dos três mil ducados a Bassânio, uma vez que neste tipo contratual não basta o acordo de vontade ou a promessa de emprestar, é necessário à tradição. Bem como, pela forma que o contrato foi celebrado, ou seja, a escrita, cumprindo a formalidade estabelecida para o contrato de fiança.

De acordo com a posição demonstrada no filme as partes achavam e tinham a convicção que cada um tinha que respeitar inviolavelmente a sua palavra, ou seja, aquilo a que se comprometeu no contrato.

Ao exercício da liberdade contratual, corresponde, como contrapeso, a total responsabilidade das partes pelos compromissos assumidos, isto é, a responsabilidade equivale a uma lei. Assim, quando celebraram livre e espontaneamente o contrato, ou seja, que a vontade não estava afeta de vícios ou de defeitos, tais como erro, dolo, coação, estado de perigo, simulação, lesão e fraude.

Nesse sentido a jurisprudência pátria tem se manifestado da seguinte forma:

Cédula de crédito bancário. Ação de revisão de cláusulas contratuais. Juros remuneratórios. Taxa destes expressamente prefixada. Correspondência entre a taxa prevista e aquela aplicada na execução do contrato. **Liberdade na contratação dos juros remuneratórios nessa modalidade de negócio. Inexistência de violação do contratado ou do que dispõe a lei**. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação 1000132-96.2017.8.26.0405; Relator (a): Sebastião Flávio; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/03/2018; Data de Registro: 07/03/2018) (sem grifo no original).

JUIZADOS ESPECIAIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE MÚTUO. CONTRATO DE SEGURO PRESTAMISTA. LIBERDADE DA CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I. Trata-se de recurso inominado interposto pela parte autora em face de sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais. Em seu recurso, a parte recorrente alegou que a própria requerida afirma na contestação que usa o banco BRB para vender seguros, sendo imposto ao autor a obrigação de contratar. Pugna pela reforma da sentença. II. Recurso próprio (ID 2293631), tempestivo e dispensado o preparo ante pedido formulado de concessão de gratuidade de justiça (ID 2293631). Contrarrazões apresentadas (ID 2293637). III. O seguro de proteção, também denominado de seguro prestamista, é realizado no interesse do mutuário, uma vez que se destina a resguardá-lo dos riscos da inadimplência, no caso de morte ou invalidez permanente. Havendo no contrato a faculdade do contratante escolher a seguradora responsável pelo seguro, não há de se falar em abusividade dessa cláusula. **Assim, uma vez contratado o serviço deve prevalecer a cláusula**

pactuada. IV. In casu, restou provada a efetiva contratação do seguro prestamista pelo consumidor, que assinou cada folha e clausula do contrato, não sendo, portanto, restituíveis os valores desembolsados a este título. V. Precedentes: (Acórdão n.1006883, 07022257320168070016, Relator: JOÃO FISCHER 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 29/03/2017, Publicado no DJE: 03/04/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.) VI. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida. Condeno a parte recorrente vencida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da causa, contudo suspendo a exigibilidade na forma do art. 98, §3º, no NCPC, que ora defiro. VII. A súmula de julgamento servirá de acórdão, consoante disposto no artigo 46 da Lei nº 9.099/95.

(Acórdão n.1047788, 07007205520178070002, Relator: ALMIR ANDRADE DE FREITAS 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 20/09/2017, Publicado no DJE: 26/09/2017) (sem grifo no original).

Importante tecer alguns comentários sobre vício caracterizado pelo estado de perigo.

Primeiro, não se pode crer que a situação que se encontravam, era o suficiente para caracterizar estado de perigo, tendo em vista que o empréstimo tinha com finalidade arcar com as despesas de Bassânio para tentar a sorte de se casar com a jovem rica.

Assim, utilizando o direito positivado atual, apenas é considerado estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa, conforme art. 156 do CC. Por conseguinte, resta-se descaracterizado o estado de perigo das partes.

Vislumbrando-se então a presença dos requisitos subjetivos da validade.

Já no tocante aos requisitos objetivos, o contrato celebrado tinha como objeto principal o empréstimo de três mil ducados e como objeto secundário a garantia de ceder, por equidade, uma libra da carne de Antônio.

Assim, para ser considerado como um negócio jurídico válido é necessário que o conteúdo seja legalmente permitido (SILVA, 2012, p. 197). Ressalta-se que a usura era proibida quando praticadas por judeus naquela época, bem como, também proibida em nosso ordenamento jurídico, comumente conhecido como agiotagem. Entretanto, nota-se que isso não fora questionado no julgamento, tendo em vista que – sobretudo naquele período –, o contrato fazia lei entre as partes.

Considerando-se então a finalidade do contrato de mútuo é lícito – o empréstimo de 3 mil ducados –, uma vez que não contrariava as leis de Veneza, a moral ou os bens costumes. Contudo, o objeto é ilícito no ordenamento jurídico brasileiro atual, que pune inclusive penalmente aquele que pratica agiotagem, conforme estabelece o art. 4º da Lei nº 1.521/51, que regula os crimes contra a economia popular, *in verbis*:

Art. 4°. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se

considerando:

- a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;
- b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.
- Pena detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.
- § 1º. Nas mesmas penas incorrerão os procuradores, mandatários ou mediadores que intervierem na operação usuária, bem como os cessionários de crédito usurário que, cientes de sua natureza ilícita, o fizerem valer em sucessiva transmissão ou execução judicial.
- § 2º. São circunstâncias agravantes do crime de usura:
- I ser cometido em época de grave crise econômica;
- II ocasionar grave dano individual;
- III dissimular-se a natureza usurária do contrato;
- IV quando cometido:
- a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;
- b) em detrimento de operário ou de agricultor; de menor de 18 (dezoito) anos ou de deficiente mental, interditado ou não.

Imperioso destacar que a seara civil apesar de não compactuar com a agiotagem, estabelece normas para a cobrança das dívidas, sem os juros abusivos, tentando assim evitar o enriquecimento sem causa da outra parte, norteados pelos princípios basilares do próprio código, sendo eles: o da socialidade, eticidade e operabilidade.

Sobre o princípio da socialidade, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald preconizam que:

Em verdade, somente será possível captar o neologismo *socialidade* se for apresentada a definição de *bem comum*. É fundamental compreender que o ser humano possui direitos intangíveis e a sua personalidade preserva caráter absoluto, imune a qualquer forma de subordinação. A pessoa antecede ao Estado, e qualquer ordenamento jurídico civilizado será edificado para atender às suas finalidades. Assim, a sociedade será o meio de desenvolvimento para as realizações humanas (2015, p. 23).

Caminhando nessa linha a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE COBRANCA. CONTRATO DE MÚTUO ENTRE PARTICULARES. AGIOTAGEM. EVIDENCIADA. PRESCRIÇÃO NÃO OPERADA. Incontroversa a cobrança de juros acima do permissivo legal pela parte autora, que se trata de particular. Contudo, é de se esclarecer que a constatação de agiotagem não impõe a declaração de nulidade de pleno direito do negócio. O que é de ser reconhecida é a nulidade daquilo que extrapola o permissivo legal. Dessa forma, sendo viável a dissociação entre a parte maculada da obrigação e a parte válida, o contrato permanece, nos termos do art. 184, primeira parte, do Código Civil de 1916. Outrossim, sendo possível, por meio de mero cálculo aritmético, a apuração da importância efetivamente devida pela ré, mostra-se incensurável a decisão de primeiro grau. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70076451749, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio

Scarparo, Julgado em 22/02/2018).

Sendo assim, quando Shylock propõe que Antônio lhe dê em garantia uma libra de sua carne, o contrato tem revestimento de irregularidade, já que tal garantia fatalmente causaria lesão corporal de acordo com o art. 129 do Código Penal, ou até mesmo a morte, nos termos do artigo 121 do CP.

E, ainda, de acordo com o Código Civil Brasileiro atual, pode-se questionar a validade da garantia no contrato, que era a retirada de uma libra de carne. Tal estipulação seria algo ilícito, como expressa o artigo 13 do Código Civil: "Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes".

Nessa linha:

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ELABORAÇÃO DE MONOGRAFIA. OBJETO ILÍCITO. NULIDADE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. DANOS MORAIS INEXISTENTES. 1? Na forma do art. 46 da Lei 9.099/1995, a ementa serve de acórdão. Recurso próprio, regular e tempestivo. 2 ? Nulidade do contrato. Elaboração de monografia por terceiro. Evidenciado, pelo documento de ID. 2891239, págs. 05/07, 09/10, e 20/21, que o contrato formalizado pelas partes se refere à elaboração de monografia por pessoa distinta do discente, deve ser reconhecida a ilicitude do objeto do contrato, de forma que resta patente a sua nulidade, na forma do art. 104, II do Código Civil. Precedente: (Acórdão n.384310, 20080111452086ACJ, Relator: LUIS EDUARDO YATSUDA ARIMA). 3 ? Retorno ao estado anterior. Na forma do art. 166, II do Código civil, é nulo o negócio jurídico quando for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto. Reconhecida a nulidade do contrato, a restituição das partes ao estado anterior é medida que se impõe, com a devolução dos valores despendidos em razão da avença. 4 ? Valor a ser restituído. Considerando que a autora comprovou o pagamento de apenas R\$ 155,00 (ID. 2891227 ? pág. 01), este deve ser o valor a ser ressarcido em razão da declaração de nulidade do contrato. 5 ? Responsabilidade civil. Danos morais. O inadimplemento contratual, em regra, não tem aptidão de atingir a dignidade da pessoa humana e dar ensejo ao dever de reparação por dano moral. Ademais aquele que submete a confecção de trabalho de conclusão de curso à terceiro estranho à instituição de ensino, deve se sujeitar aos altos riscos do negócio, cujos previsíveis infortúnios, ainda que possam causar algum abalo emocional ao aluno, não são aptos a atingir os direitos de personalidade e demandar a reparação por danos extrapatrimoniais. Sentenca que se reforma para condenar a ré ao pagamento de R\$ 155,00 (cento e cinquenta e cinco reais), que deverão ser acrescidos de correção monetária a partir do desembolso e juros de mora desde a citação. 6 ? Recurso conhecido e provido em parte. Sem custas e sem honorários advocatícios, na forma do art. 55 da Lei 9.099/1995, inaplicáveis as disposições do CPC. 03 (Acórdão n.1072439, 07050677720178070020, Relator: AISTON HENRIQUE DE SOUSA 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 05/02/2018, Publicado no DJE: 20/02/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Tem-se a impossibilidade jurídica do objeto, em razão da ilicitude advinda de tal ato. Porém, na jurisdição de Veneza, a validade da garantia parecia ser lícita, já que houve o registro do contrato pelas partes. Além disso, posteriormente, há a exigência perante o tribunal

do cumprimento de seu direito.

Salienta-se, ainda, que por o contrato principal (mútuo), for considerado válido, mas o acessório (garantia) não for, de acordo com a legislação brasileira atual, se ocorrer a nulidade, a rescisão ou a caducidade do contrato principal importa em ineficácia do acessório (terminando o contrato de mútuo, termina o de fiança).

Contudo, o inverso não é verdadeiro, visto que o art. 184, *in fine* do CC dispõe que "a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal", todavia não é menos certo que as partes podem convencionar a extinção do contrato principal em virtude do desaparecimento do acessório, conforme os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA – RESCISÃO CONTRATUAL CONSENSUAL – EXTINÇÃO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL – ART. 184, CC- RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. - Diante da rescisão do contrato de forma consensual, atinge-se todo o negócio jurídico, tornando insubsistentes as obrigações acessórias à principal, como é a cláusula penal (art. 184, CC). - Impossível, portanto, a incidência de quaisquer obrigações acessórias, como a multa moratória prevista na Cláusula 6ª do Contrato, uma vez que o título em questão carece de força executiva. - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Relator (a): Aristóteles Lima Thury; Comarca: Capital - Fórum Ministro Henoch Reis; Órgão julgador: Terceira Câmara Cível; Data do julgamento: 29/03/2015; Data de registro: 31/03/2015).

Assim, aquele que garantir a dívida se tornará responsável pelo seu cumprimento, acaso o devedor principal não a cumpra no prazo estabelecido. Nesse sentido Flávio Tartuce:

A fiança [...] é o contrato pelo qual alguém, o fiador, garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não cumpra (arts. 818 a 838 do CC). O contrato celebrado entre o fiador e o credor, assumindo o primeiro uma responsabilidade sem existir um débito propriamente dito ("*Haftung sem Schuld*" ou, ainda, "*obligatio sem debitum*") (2015, p. 446).

Além do mais, a fiança não pode ser interpretada de forma extensiva, uma vez que se trata de um contrato benéfico que não traz qualquer vantagem ao fiador. Assim, deve ser interpretada de forma restritiva, e havendo qualquer dúvida quanto ao contrato ou seu cumprimento deverá ser interpretada a questão de maneira favorável ao fiador.

Por ter caráter acessório, a fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, não podendo, entretanto, ser de valor superior ou mais onerosa do que esta, uma vez que o acessório não pode exceder o principal. Se tal acontecer, não se anula toda a fiança, mas somente o excesso, reduzindo-a ao montante da obrigação afiançada (CC, art. 823).

E, ainda, interessante destacar que a impossibilidade inicial do objeto não invalida o

negócio jurídico se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado, nos termos do art. 106 do CC, no caso se o contrato principal fosse devidamente cumprido no prazo estipulado, o contrato acessório sequer seria discutido, haja vista que este não precisaria ser executado em face da extinção da obrigação.

Seguindo em análise aos requisitos objetivos da validade, inclusive em relação à garantia, é notório que os objetos são determinados, pois no contrato principal o objeto determinado é de 3 (três) mil ducados e no contrato acessório o objeto determinado é uma libra de carne.

Importante frisar que o contrato também foi observado o requisito formal, tendo inclusive no filme sido registrado em cartório o contrato.

Por fim, com relação à eficácia do contrato, tendo em vista que o contrato de mútuo aperfeiçoa-se com a entrega da coisa emprestada, não bastando o acordo de vontades ou promessa de emprestar. Assim, Shylock cumpriu sua parte entregando os 3 (três) mil ducados, poderia exigir integralmente o cumprimento da obrigação pela outra parte, após o termo estipulado de 3 (três) meses, conforme o combinado, tendo em vista as leis em vigência naquela época.

Conclui-se, portanto, que tal contrato poderia até mesmo possuir validade e eficácia àquela época, naquele lugar, mesmo apresentando um conflito de normas, quais sejam, aquela que garantia a Shylock a execução da dívida e a norma que punia quem atentasse contra a vida de um cidadão católico. Todavia, em nosso ordenamento jurídico tal contrato não seria permitido, pois primeiramente se trata de agiotagem. E, ainda, quanto à existência de uma cláusula de elemento acidental que incide sobre o contrato resultando em modificações em sua eficácia, sendo imposto ao beneficiário o termo para pagamento de 3 (três) meses, e caso não cumprido poderia o mutuante retirar uma libra de carne do fiador; o objeto secundário também seria nulo, por se tratar de objeto ilícito e impossível juridicamente daquilo que foi dado em garantia, fato este vedado Código Civil Brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste modo, ao final Shylock foi até acusado de atentar contra a vida de um cristão, pois ao querer retirar a libra de carne, e não receber o dinheiro — que era o objetivo do contrato, mostrou-se configurado a ausência de boa-fé objetiva, sabendo que tal atitude causaria a morte do mesmo.

Assim, em tempos passados era permitida a ideia de que seria injusta a decisão de não deixar um homem tirar um pedaço de carne de outro em função do não pagamento de uma dívida, partir do momento em que o Estado passou a adotar uma postura mais intervencionista, abandonando o ultrapassado papel de mero expectador, a função social do contrato ganhou contornos mais específicos, essa mesma visão jamais poderia ser acolhida no atual universo jurídico, especialmente levando em conta a grandiosa evolução que a proteção dos direitos humanos obteve nos ao longo dos últimos 50 anos.

Portanto, acaso analisado sob os aspectos dos dias atuais, o contrato celebrado entre Shylock, Bassânio e Antônio não criou lei entre as partes. Acontece que se por um lado existe o respeito pela autonomia privada, por outro lado, tal estabilidade não pode prevalecer quando houver grande desequilíbrio entre os direitos e as obrigações das partes.

Destarte, o contrato afronta, primeiramente, a Constituição Federal que traz em seu art. 1°, inc. III, a dignidade da pessoa humana, como preceito fundamental, cerne de todo o nosso ordenamento jurídico. E, ainda, afronta o direito da personalidade, direito este indisponível, conforme estipula o art. 13 do Código Civil, é defeso, salvo por exigência médica, o ato de dispor do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes.

Assim sendo, conclui-se, que o contrato celebrado entre Shylock, Bassânio e Antônio é nulo de pleno direito por não estar estruturado pela função social do contrato e, principalmente, por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana e, além disso, afrontar um direito indisponível que é o direito de personalidade.

REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. Vol. 3. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e L1NDB, volume l. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; RODOLFO, Pamplona Filho. Novo curso de direito civil: contratos em espécie. Vol. 4. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NADER, Paulo. Curso de direito civil: Contratos. Vol. 3. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Vol. 3. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Código Civil comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Jurisprudência. Disponível em: . Acesso em: 20 de abr. de 2018.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Jurisprudência. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do. Acesso em: 20 de abr. de 2018.

Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Jurisprudência. Disponível em: https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=A06C9B6A5E11D2CEC5C3F0ED0471867B.cjsg3. Acesso em: 20 de abr. de 2018.

Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal. Jurisprudência. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj? visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>. Acesso em: 20 de abr. de 2018.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Jurisprudência. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?

q=&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=&requiredfields=ct%3A3.coj %3A18.crr%3A523&partialfields=%28s%3Acivel%29.%28td%3Aac%C3%B3rd%C3%A3o %7Ctd%3Amonocr%C3%A1tica%7Ctd%3Anull%29&as_q=inmeta%3Adj%3Adaterange %3A2018-02-27..2018-02-27+inmeta%3Adp%3Adaterange%3A2018-03-02..2018-03-02#main_res_juris>. Acesso em: 20 de abr. de 2018.

DIREITOS PARA MULHERES DIREITAS? O VILIPÊNDIO DA MULHER ESTUPRADA À LUZ DO FILME ACUSADOS

Carla Graia CORREIA³⁶

RESUMO

O presente trabalho aborda o desrespeito e o tratamento desumano dispensado às mulheres vítimas de estupro, tanto no imaginário coletivo quanto no sistema de justiça criminal brasileiro. Creditamos a vilificação da mulher estuprada às raízes patriarcais sob as quais assentam nossa cultura. Tal abordagem foi realizada considerando o estupro enquanto crime de gênero, articulando as concepções de gênero, violência de gênero e violência sexual contra a mulher e utilizando como parâmetro exemplificativo o filme *Acusados*. O objetivo é demonstrar a permanência do paradigma da "mulher honesta" na sociedade e nas instituições de justiça do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: estupro; violência contra as mulheres; direito das mulheres.

RIASSUNTO

Questo documento affronta la mancanza di rispetto e il trattamento inumano delle donne vittime di stupro, sia nell'immaginario collettivo che nel sistema giudiziario brasiliano. Attribuiamo la denigrazione della donna violentata alle radici patriarcali su cui si basa la nostra cultura. Tale approccio è stato condotto considerando lo stupro come crimine di genere, articolando concezioni di genere, violenza di genere e violenza sessuale contro le donne e utilizzando come esempio il film Accusato. L'obiettivo è dimostrare la permanenza del paradigma della "donna onesta" nella società e nelle istituzioni di giustizia brasiliane.

PAROLE CHIAVE: stupro; violenza contro le donne; diritto dele donne.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o dicionário Aurélio, vilipêndio significa "considerar como vil ou indigno" e, ainda, "desrespeitar". (AURÉLIO, 2018, *online*)

Em 2016, a aterradora notícia do estupro coletivo de uma adolescente de 16 anos por, pelo menos, 30 homens no Morro da Barão na cidade do Rio de Janeiro, chocou a muitos e, ao mesmo tempo, escancarou uma dura verdade camuflada na sociedade brasileira: somos um dos países que mais violenta as mulheres no mundo.

A divulgação de um vídeo e fotos do estado em que se encontrou a vítima após os fatos, em tom de piada e regozijo por parte dos criminosos, causou pavor, desespero e profundo sentimento de compaixão também por parte da sociedade. Entretanto, na mesma

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Bacharel em Antropologia pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP. Licenciada em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP. Integrante dos grupos de pesquisa certificados pelo CNPQ: "Violência: entre feminismos e infância" e "Intervenção do Estado na vida da pessoa".

medida, os comentários de desrespeito e insensibilidade para com a vítima por causa da sua vida particular como se esses pudessem ser "justificativas" para abrandar a natureza hedionda do crime, é o mais chocante. Comentários como: "ela era uma drogada"; "se vestia com roupas de prostituta"; "não era mais virgem e dava pra todo mundo"; "o que ela fazia sozinha de madrugada num morro?"³⁷, espalharam-se pela internet, deixando claro que a mulher mesmo quando estuprada e amparada pela legislação que tem se atualizar constantemente, ainda precisa provar-se "digna" e "honrada" para fazer jus ao status de merecedora de direitos e proteção da justiça no Brasil e solidariedade por parte dos demais indivíduos. Em outras palavras, a honestidade e credibilidade da vítima são questionadas e ainda devem ser provadas, se essa mulher almeja ser devidamente respeitada jurídica e socialmente.

Desde a mais tenra idade, as meninas são ensinadas que não é seguro ser mulher no Brasil³⁸. Além disso, mesmo sendo escassas, as estatísticas da violência sexual contra as mulheres, a grande mídia e a opinião pública, não deixam dúvidas quanto a isso.

Com o estereótipo de ser o país do Carnaval e das belas mulatas sambando seminuas que tanto seduzem estrangeiros, pinta-se um quadro ilusório de que as mulheres brasileiras, desfrutam de plena liberdade, segurança, prazeres infinitos e autodeterminação, principalmente sexual. A verdade não poderia estar mais distante. Prova disso, é que o já referido estupro coletivo da jovem, em 2016, não é um caso isolado, muito pelo contrário³⁹. Da divulgação desse caso na grande mídia, muitos outros se seguiram e o debate, tão necessário e esquecido, foi trazido forçosamente ao seio da sociedade.

Nesse ano de 2018, o filme *Acusados*, do diretor Jonathan Kaplan, completará 30 anos desde seu lançamento. A produção trata de uma narrativa adaptada e aterrorizante de um estupro coletivo real ocorrido nos Estados Unidos em 1983. Mesmo tanto anos depois e em um contexto bastante diverso do norte americano, a reflexão posta pelo longa, como abordaremos, está mais que atual: é urgente.

O filme conta a história do ponto de vista da vítima do estupro, Sarah Tobias, brilhantemente interpretada com muita força por Jodie Foster, papel que, diga-se de passagem, rendeu-lhe um Oscar de melhor atriz em 1989. Sarah é representada como uma

³⁷ Esses comentários estavam espalhados pela rede social Facebook e em grupos do Whatsapp, locais onde circulou o vídeo e fotos divulgados pelos próprios agressores da adolescente.

³⁸ Apenas para termos uma rasa dimensão do quão inseguro é ser mulher no Brasil, segundo dados do Mapa da Violência de 2012, o número de homicídios (ainda não se usava o termo "feminicídios" nessas estatísticas) era de 4,4 para cada 100 mil mulheres, o que nos garantiu no referido ano, a sétima posição em um ranking com outros 84 países.

³⁹ Segundo dados do Ministério da Saúde, nesse mesmo ano de 2016, o número de casos de estupros coletivos registrados, atingiu a marca de 3.526, uma média de 10 casos por dia.

jovem mulher vaidosa, apreciadora de álcool e outras drogas (tabaco e maconha), sensual, paqueradora e de sexualidade livre. Todos esses atributos são empregados contra ela pela mídia, no debate público e pelo sistema criminal para desqualificá-la como merecedora de justiça e, assim, responsabilizá-la pelo estupro coletivo sofrido.

Incumbe-nos enfatizar que, a despeito dos fatos narrados no filme em questão serem geográfica e temporalmente distantes do contexto brasileiro, ainda sim, prestam-se ao nosso objetivo e enfoque neste trabalho. Para tal, iremos analisar o tratamento dado à vítima de estupro dentro do sistema criminal brasileiro, bem como as representações coletivas das vítimas desse crime, pulverizadas em pesquisas de opinião e na grande mídia para ancorados na literatura pertinente, trazermos à tona as raízes patriarcais que sustentam a destruição da imagem da vítima e aviltam sua condição feminina. Isso por que a opinião pública e a mídia procuram traçar uma relação direta entre uma conduta pessoal socialmente reprovável com o crime sofrido. Ou seja, o paradigma da "mulher honesta" ainda se faz presente na sociedade brasileira e fica mais explícito quando tratamos de estupro, a despeito de todas as alterações legais, debates e demais tentativas de promoção da igualdade entre homens e mulheres.

Por essa razão, consideramos ser inafastável a análise do estupro dentro da concepção de crime de gênero, posto que o entendemos como fruto das relações assimétricas que permeiam as representações de gênero, nas quais a mulher torna-se a vítima da normatização cultural que objetifica seu corpo e afasta sua autonomia, credibilidade e dignidade quando se afasta dos padrões disciplinadores.

A pertinência da temática aqui abordada é inequívoca no Brasil: nosso País é signatário de diversos tratados internacionais para promoção de direitos humanos e enfrentamento da violência contra a mulher, enquanto encontra-se disseminado um padrão de condutas, estereótipos e preconceitos naturalizadores da violência sexual contra a mulher, absolutamente contrários aos direitos consagrados, denominado por alguns estudiosos brasileiros de "cultura do estupro" em pleno século XXI.

Este trabalho foi confeccionado utilizando-se do método dedutivo, partindo da compreensão geral de gênero e violência de gênero para a especificidade da violência sexual do estupro, propondo medida interventiva para o atingimento da realização plena de direitos humanos e fundamentais das mulheres, através da transformação do olhar dispensado a elas,

⁴⁰ O conceito "cultura do estupro" não é novo. Surgiu na década de 1970, nos Estados Unidos e é uma tradução de "*rape culture*" utilizado pelas feministas daquele país, para denunciar o tratamento social e jurídico que culpabilizava as vítimas mulheres pelo crime de estupro, conforme salientou CAMPOS *et al* (2017).

principalmente dentro do sistema de justiça criminal. Utilizamos ainda, a técnica bibliográfica, bem como as discussões realizadas no âmbito dos grupos de pesquisa "Violência: entre feminismos e infância", sob coordenação do Professor Doutor Maurício Saliba e "Intervenção do Estado na vida da pessoa", coordenado pelo Professor Doutor Renato Bernardi.

2. POR QUE FALAR DE ESTUPRO?

O estupro é, por certo, uma das formas mais humilhantes, degradantes e agressivas de opressão e sujeição das mulheres, recorrente em praticamente todos os países do mundo. Em especial no Brasil, esse problema é reconhecidamente grave e, infelizmente, faz parte da realidade das brasileiras, dadas as probabilidades altíssimas de ocorrer ao longo da vida de qualquer mulher. Porém, como se sabe, incide com mais frquência na parcela populacional de mulheres muito jovens e pobres. (CERQUEIRA; COELHO, 2014, p.3)

No filme *Acusados*, a protagonista/vítima do estupro coletivo pertence exatamente à essa parcela: Sarah Tobias é uma jovem trabalhadora pobre que reside num bairro operário de uma cidade pequena.

Contudo, mulheres pertencentes às classes sociais mais abastadas ou mesmo com alto poder aquisitivo e cultas, não estão livres do estupro quanto pode parecer. Exemplo crasso desse fato é que a atriz Kelly McGillis⁴¹, que interpreta a advogada Kathryn Murphy do referido filme e que recusou o papel de Sarah Tobias por ela mesma ter sido vítima de um estupro em seu apartamento, seis anos antes da gravação de *Acusados*.

Com esse caso percebemos que, independente da classe social, etnia, faixa etária ou nível de instrução formal, o estupro é uma possibilidade iminente a essas pessoas pelo simples fato de serem mulheres e, cujas justificativas, encontram-se ancoradas nas desigualdades entre homens e mulheres, em relação ao modo distinto e estereotipado que devem se comportar na sociedade, ou seja, aludimos ao estupro neste trabalho como um crime de gênero.⁴²

Além disso, devemos ter em mente que as consequências do estupro são aterradoras, de curto e longo prazo. Apenas para citar algumas delas, notemos que perpassam os campos físico, psicológico, social e econômico das vítimas. No aspecto físico, podemos citar as lesões

⁴¹ A atriz ganhou fama mundial em 1986, ao interpretar o par romântico de Tom Cruise, no filme *Top Gun*.

⁴² Crimes de gênero pode ser definido como aqueles crimes que são baseados em gênero. Essa inovação jurídica foi trazida pela redação da Lei 11.340/06 (Leia Maria da Penha, embora reconheçamos que a Lei em questão trata apenas dos crimes cometidos no espaço privado (familiar ou de afeto) em decorrência das relações de gênero.

genitais, contusões, fraturas e outras ocorrências que podem ocasionar a morte. Temos ainda, a gravidez indesejada e a contaminação por doenças sexualmente transmissíveis (DST). No campo psicológico, as vítimas, na maioria das vezes, desenvolvem fobias, vícios (álcool e outras drogas), depressão, transtornos e demais condições que podem culminar em tentativas de suicídio, até mesmo sua consumação, como já tivemos alguns casos amplamente divulgados nos noticiários. Todas essas possíveis consequências para as vítimas de estupro acarretam, em termos sociais, diminuição ou perda da capacidade produtiva (laboral) e, com isso, toda a comunidade colhe o prejuízo que esse fenômeno traz (CERQUEIRA; COELHO, 2014, p.4).

A forma desrespeitosa e depreciativa com que as vítimas são retratadas pela opinião pública e, muitas vezes, pelo próprio sistema de justiça criminal, bem como as constantes violações dos direitos que esse crime acarreta, traz ainda grave prejuízo para a consolidação de uma sociedade democrática, assentada na igualdade e respeito aos direitos básicos dos cidadãos.

Poderíamos elencar ainda muito mais razões que justificam a pertinência do tema. Dada a constatação de que a mulher é o principal alvo do estupro em nossa sociedade e que esse crime diz respeito também às relações desiguais de poder entre homens e mulheres, é necessário compreender essa desigualdade que, ao nosso ver, se assenta sobre as representações sociais de gênero, desencadeando o vilipêndio da mulher vítima de estupro.

3. SOBRE GÊNERO E VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Ainda que adotemos, conforme ALMEIDA (2014) que gênero é uma categoria que tem sofrido grande desgaste em sua trajetória acadêmica, criticado e, muitas vezes, repelido por alguns estudiosos, faremos uso dessa categoria neste artigo porquê entendemos que conceitualizações se fazem necessárias, ainda mais, se quisermos compreender a relevância que as categorias analíticas emprestam aos diversos fenômenos. E, em especial, nos utilizaremos destas categorias, pois elas buscam promover a desnaturalização da opressão vivenciada pelas mulheres⁴³.

Longe de intentarmos encontrar uma definição acabada dos conceitos relevantes aqui utilizados, tais como gênero e violência de gênero, limitamo-nos a optar pelos aparentes consensos entre os muitos estudos e publicações sobre tais temas e que melhor se encaixam

⁴³ Entendimento de algumas categorias analíticas caras às questões feministas, em especial, a categoria "gênero", proposto pela antropóloga norte-americana Gayle Rubin (1949-).

em nosso enfoque.

Nesse sentido, no entendimento de Scott, gênero pode ser apreendido como uma categoria que se presta a evidenciar as múltiplas conexões entre homens e mulheres, com todas as suas hierarquias e relações de poder. Tal categoria é constitutiva das relações sociais por estar alicerçada nas diferenças percebidas entre os sexos, estruturando um determinado tipo de organização social, histórica e culturalmente desfavorável às mulheres, bem como constitui-se no modo primeiro de dar significado às relações de poder (SCOTT, 1991).

Em outras palavras, o conceito de gênero implica numa retradução em nível sóciocultural do ser biológico, que atribui qualidades opostas (ou papéis) e hierarquicamente valoradas em relação ao homem e a mulher (SWAIN, 2001). Podemos depreender dessas conceituações que não é a natureza (o fator biológico) quem impõem papéis antagônicos aos homens e mulheres, mas sim, que estes são representações sociais em constante embate e que manifestam poder e dominação de um sobre o outro (mesmo quando em sua faceta simbólica). Nas palavras de Bourdieu, essa dicotomia faz-se sentir porque

Se esta divisão parece estar "na ordem das coisas", como se diz algumas vezes para falar daquilo que é normal, natural, a ponto de ser inevitável, é porque ela está presente, em estado objetivado, no mundo social e também, em estado incorporado, nos habitus, onde ela funciona como um princípio universal de visão e de divisão, como um sistema de categorias de percepção, de pensamento e de ação...esta experiência é a forma mais absoluta do reconhecimento da legitimidade: ela apreende o mundo social e suas divisões arbitrárias, a começar pela divisão socialmente construída entre os sexos, como naturais, evidentes, inelutáveis. (BOURDIEU, 1995)

São precisamente essas divisões arbitrárias citadas por Bourdieu que desembocam na atribuição de determinados comportamentos que são considerados aceitáveis para homens e mulheres, de modo que aqueles que se distanciam dessas expectativas comportamentais estariam mais suscetíveis a sofrerem violência (concreta ou simbólica) que buscam enquadrálos nesses padrões aceitáveis pela sociedade.

Na análise de Karen Giffin temos uma tradição dualista, na qual os pares são contrapostos e excludentes e cujas diferenças são fixas. Nas palavras da autora, quando

Aplicado à construção dos gêneros, o dualismo afirma, em primeiro plano, que o homem é ativo e a mulher, passiva. Aplicado à construção da sexualidade, ele funde a identidade de gênero e a identidade sexual (ser homem é praticar sexo com mulheres, e vice-versa), resultando na hegemonia heterossexual, baseada em dois tipos de seres: homens sexualmente ativos e mulheres sexualmente passivas. Aqui, um confronto entre opostos é a base da sexualidade: o homem vai fazer e à mulher será feita. (GIFFIN, 1994, *online*)

Ao longo do filme Acusados, encontramos inúmeros momentos de reflexão sobre

como se manifesta a padronização de comportamentos reprováveis nas mulheres e de que forma é usada para justificar o estupro.

A protagonista encarna um vívido exemplo da "garota desajustada" e de vida desregrada - para o que se espera de uma mulher - frise-se. Sarah bebe, se droga, usa roupas provocantes, linguajar despojado e, ao contrário da expectativa que lhe é designada como mulher, de comedimento e passividade sexual, se permite expressar desejos, sensualidade e sexualidade. Justamente numa noite de maior afloramento e liberação desses sentimentos é que a jovem acaba sendo violentada por 3 homens. Sarah era o lado sexualmente ativo até aquele momento, ela era a mulher que fazia e não a que era feita, conforme depreende-se da exposição de Giffin (2004).

Deste modo, a violência do estupro passa uma mensagem subjetiva e implícita sobre as representações de gênero. Assim, foi o que ela, enquanto mulher, fez (não o que os agressores fizeram) que deflagrou o ocorrido. Em outras palavras, o senso comum afirma que uma mulher comedida, cuja sexualidade estivesse reprimida ou devidamente à serviço do homem, não teria passado pela situação vivenciada por Sarah Tobias.

Vejamos esse pequeno diálogo do filme no qual a promotora Murphy conversa com a vítima, Sarah, um dia após a libertação dos agressores, sob fiança, e que traduz essa visão da vítima como aquela que provoca o estupro:

Murphy: -"Como estava vestida?"

Sarah: - "Que papo é esse?"

Murphy: -"O papo é saber se você estava provocante, mostrando muito as curvas, blusa transparente."

Sarah: - "Que diferença faz a minha roupa? Eles me rasgaram toda."

Murphy: -"Mas, as suas roupas os fizeram pensar que poderiam fazer sexo com você".

A violência contida nessas relações de poder e dominação em que um manda e o outro obedece, fica evidente. Nesses casos, parece que o uso da força para restabelecer o suposto "equilíbrio" da hegemonia masculina é aceito e até mesmo legitimado sob pretexto de que, se a vítima estava usando determinada roupa ou sendo sensual, ela estaria dando permissão ou consentindo de alguma forma para que o homem libere seu instinto sexual incontrolável.

Passemos neste momento, para uma breve análise do que vem a significar violência

contra à mulher.

Importante dizer que, muito comumente, encontrarmos na literatura sobre o tema "violência contra a mulher" e "violência de gênero" sendo usados como sinônimos. Assim, compartilhamos aqui da compreensão adotada por Saffioti quanto ao que se refere a violência de gênero. Segundo a autora, violência de gênero⁴⁴ é um conceito amplo e abrange mulheres, crianças e adolescentes de ambos os sexos (SAFFIOTI, 2001). Por isso, entendemos que tratar dessa violência dirigida à mulher, é um recorte dentro tantos outros possíveis no amplo espectro da violência de gênero.

Ainda no entendimento da autora, a violência de gênero ocorre nas relações de poder e dominação do homem e inferioridade e submissão da mulher, como fruto de um processo de socialização que já nasce hierarquizado. E, mais que isso: homens e mulheres exercem papéis sociais marcadamente valorativos e que geram violência porque atribuem-se pesos distintos para ambos, posto que os papéis masculinos são supervalorizados, dominantes e enaltecidos em detrimento dos femininos - menosprezados, invisíveis ou inferiores.

Está aí evidenciado que os papeis trazem consigo expectativas de comportamentos impostos às mulheres e aos homens, os quais ao longo da história, são cotidianamente reforçados pela lógica patriarcal que prega a superioridade e dominação masculina e inferioridade e submissão feminina e acabam por induzir relações violentas entre os sexos, ao mesmo tempo em que são naturalizadas pela cultura dominante. (TELES, 2002, *online*).

No filme *Acusados*, essa expectativa de comportamentos aceitáveis ou inaceitáveis para homens e mulheres e que geram e/ou justificam a violência se fazem presentes a todo momento. A protagonista, Sarah Tobias, é apontada, ao longo da narrativa, de forma bastante depreciativa. Como já mencionado, ela é uma garota de comportamento reprovável, desajustada e esse desajuste é creditado à sua espontaneidade, linguajar sem preocupações de polidez, gosto por frequentar um bar local, uso de bebidas alcóolicas e, esporadicamente, consumo de cigarros de maconha. Ou seja, características repreensíveis e inaceitáveis em Sarah e nas mulheres em geral, mas perfeitamente toleráveis ou compatíveis com o que se espera de homens. O comportamento desajustado dela é, então, usado ardilosamente para desqualifica-la durante o julgamento do estupro coletivo do qual foi vítima para, novamente, justificar a violência sofrida.

Aqui, a violência (o estupro) se justifica porque a mulher não se comportou

⁴⁴ No cenário nacional, Heleieth Saffioti e Sueli de Souza foram pioneiras no uso do termo "violência de gênero" no livro *Violência de gênero*, *poder e impotência*, de 1995.

conforme as expectativas designadas pelo papel de gênero, tais como, se vestir "decentemente", não andar sozinha à noite, não expressar sensualidade, não flertar com vários homens ao mesmo tempo, a passividade sexual e etc. É como se os agressores se sentissem colocando Sarah no seu lugar como mulher, por meio do estupro, recuperando o controle da situação, exercendo o domínio que é "naturalmente" deles.

No que se refere ao Brasil, é bastante pertinente também, abordamos a definição técnica de violência contra a mulher conforme a proposta pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará – ONU), a qual entende que essa violência é "todo ato baseado no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública, quanto privada". Essa definição representou um grande avanço na abordagem da violência de gênero,

[...] pois, ademais de incorporar o conceito de gênero à definição de violência contra a mulher, explicita que esta pode ser física, sexual ou psicológica, e afirma, ainda, que pode ocorrer tanto no âmbito público como na esfera privada. Esta última, considerada intocável pelo Estado durante milênios, foi e infelizmente ainda tem sido o locus por excelência da violência contra a mulher. (PIMENTEL; SCHRITZMEYER; PANDJIARJIAN, 1998, p.61)

De fato, sabemos que durante muitos anos no Brasil e, até mesmo no mundo, a violência de gênero contra as mulheres ocorridas no espaço privado do lar não dizia respeito ao Estado. Era algo de foro íntimo, que dizia respeito apenas aos envolvidos. Conforme Schneider (2000, p.46) assevera, a noção de privacidade acabou se tornando numa fonte de opressão para as mulheres violentadas, e isso contribuiu de modo significativo para a perpetuação da sua subordinação dentro família, permitindo, alimentando e reforçando a violência contra as mulheres.

Ainda que não seja o enfoque desse trabalho, é importante que façamos essas considerações, pois entendemos que tal concepção de que não competiria ao Estado lidar com os conflitos no âmbito das relações interpessoais, dentro do núcleo familiar, contribuiu sobremaneira para aprofundar as desigualdades de gênero, propiciando um campo fértil para a naturalização da invisibilidade da mulher na sociedade, bem como o descrédito e desmoralização institucional que atualmente, ainda é dispensado às mulheres vítimas de estupro.

Isso porque, muitas vezes, a violência no espaço privado é, majoritariamente, praticada por companheiros ou conhecidos das vítimas e é entendida como concernente apenas aos envolvidos por se tratar de relações pessoais, dado o grau de aniquilamento da

autonomia e liberdade sexual das mulheres. Geralmente, não se questiona os ímpetos sexuais de homens (mesmo quando são violentos e contrários à vontade da mulher), mas questiona-se se a mulher foi de fato estuprada, pois no caso do estupro, ela tem que resistir a ele nem que coloque em risco, até mesmo, sua própria vida (ANDRADE, 2004, p. 270).

4. SOBRE VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA AS MULHERES

Uma das expressões mais persistentes e cruéis formas de violência de gênero é a violência sexual. Essa persistência decorre do fato de que a violência sexual atravessa a nossa história e está cada dia mais viva. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012, *online*).

Não desprezamos, tampouco ignoramos que a violência sexual aflige mulheres, homens, crianças e adolescentes. Contudo, nosso foco é tão somente a violência sexual contra as mulheres, do tipo estupro, por entendermos que é a mais expressiva (numericamente falando), silenciada e, em certa medida, até mesmo legitimada em nossa sociedade.

Conforme salienta Vera Andrade (2004, p. 262), a compreensão da complexidade dessa violência contra a mulher passa, necessariamente, pela perspectiva de gênero, pois esta é a única capaz de nos revelar que a violência sexual é um impulso agressivo que se encontra alicerçado em um modelo estruturante das relações de gênero enquanto relações de poder, o que, por vezes, implica na usurpação do corpo alheio, como se fosse um ato de posse legítima.

Assim sendo, identificamos que há um embate de forças: de um lado, as discussões sobre violência de gênero, por outro, as permanências patriarcais, que agem como forças latentes contrárias a plena dignidade e autonomia da mulher. O reflexo dessa cosmovisão patriarcal violenta baseada na superioridade e protagonismo masculino em todas as esferas sociais, que relega às mulheres uma postura subserviente e dominada, está disseminado, muitas vezes, na maneira através da qual a mulher é posta como mero objeto de desejo e propriedade masculina. Essa mesma visão de mundo patriarcal reforça, portanto, padrões culturais de comportamentos que, em última instância, culminam por legitimar e fomentar variados tipos de violência sexual, como o estupro.

Nosso sistema de justiça criminal, a despeito do importante papel que exerce no enfretamento do problema da violência sexual contra as mulheres, segundo ANDRADE (2004) na verdade, acaba por duplicar a vitimização feminina,

[...] pois além da violência sexual representada por diversas condutas masculinas (estupro, atentado violento ao pudor etc.), a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz, por sua vez, dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência das relações sociais

capitalistas (a desigualdade de classes) e a violência das relações sociais patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero), recriando os estereótipos inerentes a estas duas formas de desigualdade, o que é particularmente visível no campo da violência sexual. (ANDRADE, 2004, p.75)

A violência sexual do tipo estupro é, de acordo com nosso assentimento já expresso, reveladora da desigualdade de gênero e, justamente por isso, configura-se como um fenômeno que deve ser compreendido e analisado sob esta perspectiva para que possamos chegar às suas raízes.

5. O ESTUPRO NO BRASIL: NÚMEROS DA INVISIBILIDADE

Apesar de nosso Código Penal datar de 1940, somente em 2009, tivemos a alteração da lei que recai nos crimes contra a dignidade e a liberdade sexual. Essa alteração é de vital importância, pois promoveu um melhor enquadramento da violência sexual do tipo estupro, ampliando o espectro que configura tal crime. Assim, o estupro está definido como qualquer conduta, com emprego de ameaça ou violência, que atente contra a dignidade e liberdade sexual de uma pessoa. (CAMPOS, *et al*, 2017)

A despeito da alteração legal ter quase uma década, as estatísticas e mapeamento a nível nacional da ocorrência do crime são, quase sempre, parciais, focando um determinado estado da federação, um município ou mesmo uma região, bem como, costumam ser não oficiais. Existem, contudo, algumas exceções, como o levantamento produzido pelo IPEA, intitulado *Estupro no Brasil: Uma radiografia segundo os dados da Saúde*, o qual faz um estudo do estupro não a partir de dados criminológicos ou policiais — Boletins de Ocorrência —, mas com informações obtidas na área da saúde o que, *a priori*, não necessariamente enseja políticas de segurança pública voltadas para o enfrentamento da violência sexual contra a mulher. Pelo exposto até aqui, portanto, evidencia-se a negligência governamental que ainda é dispensada ao estupro no Brasil.

Exemplo de mobilização civil que nos permite ter uma breve dimensão do estupro, a mais aproximada possível da realidade, são os dados disponibilizados através do 11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, o qual revela que em 2016 houve 49.497 registros de estupro em todo o Brasil. Esse número corresponde a um estupro a cada 11 minutos durante aquele ano. Como se já não bastasse o absurdo que esses números alarmantes revelam, o mesmo documento enfatiza, ainda, que é preciso considerar que, em média, apenas 35% dos crimes sexuais são notificados (FBSP, 2016). Já o levantamento do IPEA (2014), afirma que, apenas

10% dos estupros são reportados à autoridade policial. Ainda que haja essa variação de 90% a 65%, ambos os estudos, ilustram claramente o conhecido fenômeno da subnotificação. Ou seja, a dimensão e gravidade do estupro no Brasil é muito mais profunda que podemos supor ou contabilizar.

Com o conhecimento dessas estatísticas, a principal pergunta que emerge é: O que faz com que centenas de milhares de mulheres no Brasil sequer notifiquem a violência sofrida?

Segundo a pesquisa *Percepções e comportamentos sobre violência sexual no Brasil* promovida pelo Instituto Patrícia Galvão e Locomotiva em 2016, 59% dos entrevistados acreditam que a mulher que denuncia violência sexual não recebe o devido apoio do Estado; 73% acreditam que as mulheres que denunciam são duramente julgadas pelos outros (pela sociedade em geral); 28% afirmaram que a mulher que denuncia é considerada culpada; já 54% consideram que as mulheres não são levadas a sério ao denunciar. Ainda que não sejam conclusivas, as respostas obtidas nessa pesquisa parecem apontar-nos uma direção na busca das causas da subnotificação do estupro. Através delas, podemos vislumbrar que há um denominador comum na base da invisibilidade do estupro no Brasil e ele está ancorado na lógica patriarcal.

Isso ocorre, a nosso entender, porque a denunciação do estupro por uma mulher, vem acompanhada de consequências negativas para elas. Poucas mulheres conseguem lidar com todo o despreparo policial e médico, que culminam em humilhações, descrédito, abandono e principalmente, impunidade. Se as consequências do estupro se encerrassem após o fim do ato criminoso ou não custassem tanto às vítimas, certamente, teríamos estatísticas confiáveis porque as mulheres não teriam razões para não notificarem às autoridades policiais e não darem andamento nos processos contra os agressores.

6. ESTUPRO E O (DES) RESPEITO AOS DIREITOS DAS MULHERES

Murphy: - "Por favor, continue senhorita, o que estavam cantando?"

Sarah: - "Uma coisa como... ferro na boneca".

De acordo com BELMIRO *et al* (2015), objetificar uma pessoa consiste em analisar ou tratar alguém como um objeto, desconsiderando totalmente os aspectos emocionais ou psicológicos desse indivíduo.

No excerto acima, retirado do filme, a objetificação conceituada está presente no

estupro narrado por Sarah. Há na cantoria proferida pela plateia ululante que assistia ao seu estupro coletivo, a desconsideração completa de quaisquer características humanas da mulher. Ora, uma boneca, é tão somente um objeto inanimado, sem sentimentos, intelecto ou vontades. É desprovida de direitos, afinal, qualquer pessoa pode estraçalhar uma boneca inteira da forma que desejar e certamente, não haverá nenhuma consequência jurídica ou social. A comparação não poderia ser mais pertinente com a condição feminina no estupro.

Costuma-se reconhecer que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789 seria universalmente identificada como fundadora dos nossos modernos direitos à liberdade e igualdade. Mas, uma das prerrogativas basilares para atingir a liberdade e igualdade é a capacidade de autonomia. E, justamente essa possibilidade tem sido negada historicamente às mulheres que, desde o início da história moderna estiveram dependentes de seus pais e maridos (COLLING; TEDESCHI, 2014, *online*).

Prova cabal de a quem se destinavam os já referidos ideais de igualdade e liberdade reivindicados pelos revolucionários franceses é que, em 1791, apenas dois anos após a Declaração Dos Direitos do Homem e do Cidadão, Olympe de Gouges, inspirada pelos mesmos ideais, redige a Declaração dos Direitos da Mulher, denunciando a exclusão feminina das esferas políticas e da cidadania. Como resultado, Olympe é decapitada em 1793. O ocorrido, deixa uma mensagem clara para a sociedade da época, mas podemos dizer que ressoa simbolicamente ainda em nossos dias. No entendimento de Colling e Tedeschi (2014), demonstra "que as diferenças de gênero e de seus papeis sociais são mais profundas e arraigadas que as diferenças políticas, econômicas e sociais".

Neste ponto, podemos nos perguntar: por que é necessário trazermos ao debate sobre estupro nossas concepções sobre Direitos Humanos e as reformular? A resposta se encontra na origem da construção desses direitos, pois não podemos nos esquivar que os direitos, em sua gênese, eram negados às mulheres. Somente após séculos de debates e pressões, promovidas pelos mais diversos movimentos mundiais de luta feminista e pela equidade de gênero, é que avançamos nas discussões e várias garantias fundamentais puderem ser incorporadas à agenda de debates de quase todos os países.

O estupro, assim como todas as demais formas de violência contra as mulheres passou a ser entendido como clara violação aos direitos humanos e direitos fundamentais das mulheres porque é o desdobramento das desigualdades de gênero e, assim, afronta diretamente à proposta de igualdade plena promovida por aqueles direitos universais. É

importante frisar que a reivindicação de Direito Humanos especificamente para as mulheres se faz necessária mais do que nunca pois, ainda hoje, as mulheres encontram-se vinculadas quase que exclusivamente aos papeis sociais que a sociedade lhes atribuem, quais sejam: mães, filhas e esposas, desprovidas de sua autodeterminação, de modo mais enfático, no que se refere à sua liberdade e autonomia sexual. (COLLING; TEDESCHI, 2014, *online*).

Nesse contexto, a afirmação e reconhecimento de Direitos Humanos das mulheres tem papel de extrema relevância na compreensão e enfretamento das violências sofridas pelas mulheres, em especial, o estupro.

Desde 1993, a Conferência Mundial dos Direitos Humanos, sediada em Viena, na Áustria, preconizava em seu artigo 18 que:

Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais [...]. A violência de gênero e todas as formas de assédio e exploração sexual [....] são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas [...] Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas [...], que devem incluir a promoção de todos os instrumentos de direitos humanos relacionados à mulher. (ONU *apud* PIMENTEL; SCHRITZMEYER; PANDJIARJIAN 1998, p.59)

É evidente que no Brasil, a despeito da Constituição Federal de 1988 relacionar-se intrinsicamente com as principais Convenções e Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos das Mulheres, em relação ao estupro, os dados apontados pelas pesquisas e relatórios já comentados neste trabalho, nos colocam muito distante do cenário ideal ou aceitável.

No que se refere aos Direitos fundamentais, é de conhecimento geral que o estupro é um crime de complexa gravidade. Isso porque, além de todas as consequências que acarreta para a vítima e para a sociedade (difíceis de serem concretamente verificadas), ele representa uma contundente violação aos direitos fundamentais, já que incide diretamente na integridade física e moral, bem como afronta à dignidade da pessoa humana, plenamente amparada pela nossa Magna Carta (MARMELSTEIN, 2008).

A afronta à dignidade da mulher no crime de estupro é de extrema seriedade porque, como se sabe, o estupro objetifica as mulheres e, ao fazê-lo, tal tratamento equivale a desprovê-las de humanidade, única condição que as coloca como sujeitos merecedores de direitos, à semelhança do que já ocorria no passado, quando às mulheres eram consideradas uma subcategoria que não necessitava de direitos.

7. ESTUPRO E A HONESTIDADE FEMININA

Sabemos que o código penal brasileiro de 1890, definia em seu artigo 269 que o estupro era "[...] o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não". E mais, a pena desse ato variava conforme o tipo de vítima: se fosse uma mulher "honesta", poderia ser entre 1 a 6 anos de prisão, caso fosse uma prostituta, seria de 6 meses a 2 anos.

O que queremos destacar aqui é que a honestidade da mulher compreendia, essencialmente, como essa se comportava socialmente em termos de vestimenta, tipo de trabalho (era preferível que não trabalhassem), locais que frequentavam e residiam, tal qual o grau de adequação à moral sexual pregada por textos legais, religião, medicina, família, manuais de etiqueta e até mesmo revistas femininas. (SOARES, 1910, p. 539)

É evidente que a honestidade da mulher estuprada não era o requisito para se caracterizar o crime, entretanto, a gravidade variava conforme o perfil da mulher. Como já dito anteriormente, se o estupro fosse cometido contra uma mulher "honesta", esse crime seria considerado um crime contra a honra da mulher. Ou seja, além de ser um ato violento contra uma pessoa, este exporia à mulher à completa desmoralização na sociedade e, com isso, a impediria de contrair um bom matrimônio e colocaria, portanto, à margem da sociedade. Na verdade, o objeto principal ao qual à lei visa proteger nesses casos não é tanto a integridade física das mulheres ou mesmo a honra feminina, mas, tão somente, a honra masculina, pois pais e maridos se considerariam gravemente ofendidos sabendo que as mulheres que lhes pertenciam foram violadas por outros homens. (FAUSTO, 2001, p. 196)

Fica claro que, a diferença na penalização do estupro cometido contra uma mulher "honesta" e uma prostituta residia no fato de que esta última não tem honra e nem dignidade, já que não eram mulheres compreendidas dentro da esfera de domínio das relações patriarcais, eram mulheres consideradas "livres". Ou seja, a dignidade e honradez à que se alude, era sempre efetivamente em relação aos homens, nunca às próprias mulheres. (CASTRO, 1932, p. 124)

Atualmente, em nosso Código Penal, não temos mais a figura da "mulher honesta" previamente definida, dadas as recentes alterações em 2009. Entretanto, resta questionarmonos se essa honestidade da mulher para ser merecedora de uma adequada justiça no crime de estupro foi extirpada do nosso sistema criminal e do imaginário social.

Temos subsídios e dados mais que suficientes para defendermos que não. De acordo

com Greco (2004, p. 104), no que se refere aos crimes sexuais (estupro está incluso), o enfoque do sistema criminal é verificar se a conduta da vítima criou aquele risco ou se ela se colocou numa situação cujo desfecho foi um crime sexual. Nas palavras de Souza (1998, p. 23) nós encontramos nos processos judiciais, por exemplo, mulheres com posturas convidativas, volúveis e levianas que frequentam, com trajes provocantes, locais com reputação questionável, além de se darem ao desfrute de embriagarem-se e confraternizar liberadamente.

Como bem pontuado em *Acusados*, Sarah Tobias, parece ter cometido precisamente essas "violações". Colocamos aqui entre parênteses porque, obviamente, não são violações penais de fato, nem aqui e nem nos EUA, país onde ocorreu o estupro de Sarah. Entretanto, é inegável que o fato de não serem violações, tais condutas não deixam de surtirem seus efeitos nefastos sobre as mulheres vítimas de estupro.

As condutas pessoais das mulheres vítimas são corriqueiramente associadas ao crime de estupro enquanto justificativa. Essas, por sua vez, se não afastam completamente o crime, minimamente os reduzem para algo de menor gravidade.

A exemplo do que fora demonstrado no filme, efetivamente por tomar conhecimento da "reputação questionável" de Sarah Tobias, sua advogada se vê obrigada a aceitar um acordo de lesão corporal dolosa ao invés de estupro (ou qualquer outro crime com conotação sexual), o qual ameniza a situação dos acusados, justamente porque sabe que se for levada a júri, o depoimento de Sarah poderá incriminá-la, já que os jurados tendem a ver com maus olhos mulheres como ela. Essa passagem pode ser elucidada na seguinte fala:

Murphy: -"Sarah, você é uma testemunha e é trabalho da defesa mostrar ao júri que você é uma péssima testemunha porque você tem um péssimo caráter".

Infelizmente, mesmo decorridos quase 30 dos fatos narrados no filme, sabemos que, no Brasil, não é diferente pois, ao longo de nossa pesquisa, encontramos diversos exemplos de nítidas associações entre a conduta e o perfil da vítima e o crime de estupro em processos, no sentido de que, mesmo quando esse discurso não está explícito na argumentação jurídica, de alguma forma, aparece implícito na relação entre comportamentos adequados da vítima e credibilidade de suas afirmações (CAULFIELD, 2000). Com isso, é evidente que as mulheres estupradas são desacreditas e tem seus direitos tolhidos por uma justiça que se assenta sob padrões de condutas que obedecem à lógica patriarcal e, por essa tradição, a dignidade da mulher também é questionada quando ocorre qualquer mínimo desvio do padrão estabelecido,

quando ela não se submete às regras sociais e, principalmente, quando não realiza o controle da sua sexualidade.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Coincidência ou não, nossa Constituição cidadã completará, em 2018, os exatos 30 anos de sua promulgação, mesma idade do filme *Acusados*, o qual nos baseamos como um parâmetro reflexivo.

Durante todo esse percurso, as leis brasileiras a respeito do estupro (e demais crimes contra a mulher) sofreram profundas alterações positivas, em grande parte devido às pressões de organizações internacionais que vem denunciando as graves violações aos direitos das mulheres no mundo todo, bem como movimentos feministas e de luta pela visibilidade dos problemas enfrentados pelas mulheres no Brasil.

Leis como a 11.340 de 2006, denominada "lei Maria da Penha" - as dezenas de campanhas que questionam a cosmovisão patriarcal de dominação masculina e a violência contra a mulher são, sem dúvidas, avanços inestimáveis e que contribuído sobremaneira para repensarmos a condição e o tratamento destinado às mulheres vítimas de violências de todos os tipos.

Contudo, devemos considerar que nossa cultura traz em seu bojo a tese da *legítima defesa da honra* (a saber, do homem) e é inegável o impacto ideológico que essa cosmovisão patriarcal enraizada no pensamento coletivo possui e, portanto, nas instituições de justiça. Assim sendo, também nos aplicadores do direito no Brasil que, afinal são também influenciados pelo padrão cultural dominante.

Procuramos demonstrar ao longo deste trabalho que o estupro é um dos crimes cujas permanências da dominação patriarcal, que desconsideram a mulher, fazem-se sentir com mais preponderância pois, na maioria das vezes, apenas a letra fria da lei não tem garantido o amparo necessário: a mulher precisa ainda se mostrar merecedora e digna da proteção do Estado para alcançar um mínimo de justiça. A vítima de estupro tem que conviver com a dor e as consequências físicas e emocionais do crime, bem como justificar-se perante a sociedade.

Como se vê, a necessidade de não nos entregarmos ao simplismo de uma lógica puramente normativista e penalista do estupro, deve ser considerada, mesmo que reconhecemos a importância de uma legislação forte, combativa e eficaz, à proporção do prejuízo que o estupro causa nas vítimas e na sociedade. Entretanto, sem uma nova cultura

pautada no compromisso solidário e em valores democráticos, faltarão cadeias para aprisionar tantos criminosos que serão "despejados" futuramente na mesma sociedade em que foram forjados.

Salientamos, ainda, que é indispensável uma formação realmente transversal dos aplicadores do direito no sentido de que esta deve ser capaz de sensibilizá-los para com as diversas opressões e desigualdades existentes em nossa sociedade, de modo que não as reproduzam com as vítimas de estupro, perpetuando os estereótipos de gênero.

A educação, já na primeira infância deve garantir o reconhecimento do outro, especialmente da mulher, como um semelhante e não um mero objeto de nossa satisfação voluptuosa, aliada às atividades já em andamento de promoção do protagonismo e visibilidade femininos, nos colocará muito mais próximos de uma sociedade justa e livre, de fato, não somente de direito. Essa sim, digna de nós mesmas.

REFERÊNCIAS

ACUSADOS. Direção: Jonathan Kaplan. Canadá: Jaffe/Lansing, 1988. 1 DVD (111 minutos), son., color.

ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. **Corpo feminino e violência de gênero: fenômeno persistente e atualizado em escala mundial.** Soc. Estado; Brasília, v. 29, n. 2, p. 329-340, Agos. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 01 Abr. 2018.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de Justiça Criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher.** Boletim IBCCRIM. São Paulo: v.11, n.137, abril. 2004, p.71-102

BELMIRO, Dalila Maria Musa; DE PAULA, Lucas Giovanni Coelho; LAURINDO, Priscila Fernandes de Araújo, VIANA, Pablo Moreno Fernandes. **Empoderamento ou objetificação: um estudo da imagem feminina construída pelas campanhas publicitárias das marcas de cerveja Devassa e Itaipava**. In XXXVIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, set. 2015, Rio de Janeiro. Disponível em:

http://portalintercom.org.br/anais/nacional2015/resumos/R10-1863-1.pdf. Acesso em: 12 abr. 2018

BRASIL. Decreto n.º 1973, de 1 de agosto de 1996, promulga a **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, v. 132, n. 146, p. 11509, 2 ago. 1996. Seção 1, pt. 1.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Educação e Realidade, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 133-184, jul./dez., 1995

CAMPOS, Carmen Hein de et al. **Cultura do estupro ou cultura antiestupro?** Rev. direito GV, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 981-1006, dez. 2017. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000300981&lng=pt&nrm=iso. acessos em 09 abr.2018.

CASTRO, Viveiros de. **Os delitos contra a honra da mulher**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). 2014. Disponível em:

http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11. pdf>. Acesso em: 01 abr. 2018.

COLLING, Ana Maris; TEDESCHI, Losandro Antonio. **Os Direitos Humanos e as questões de gênero**. História Revista (Online), v. 19, p. 33-58, 2014. Disponível em https://www.revistas.ufg.br/historia/article/view/32992/22740. Acesso em: 05 abr. 2018

FBSP - Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2017**. Disponível em:

http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf. Acesso em: 31 marc. 2018.

GIFFIN, Karen. **Violência de gênero, sexualidade e saúde**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 10, supl. 1, p.S146-S155, 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X1994000500010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 Abr. 2018.

GRECO, Alessandra O. Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. Editora Atlas: São Paulo, 2008

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro: direitos humanos, gênero e justiça.** In: Revista USP-Dossiê Direitos Humanos no Limiar do Séc. XXI. n° 37, São Paulo: Coordenadoria de Comunicação Social, mar./abr./mai.de 1998.

Disponível em: https://www.revistas.usp.br/revusp/article/download/27033/28807>. Acesso em 31 Marc. 2018.

PISCITELLI, Adriana. **Recriando a (categoria) mulher?** In: ALGRANTI, L. (Org.). A prática feminista e o conceito de gênero. Textos Didáticos, n. 48. Campinas: IFCH/Unicamp, 2002, p. 7-42

SAFFIOTI, Heleith I. B. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero**. Cadernos Pagu (16) 2001: p. 115-136.

SOARES, Oscar de Macedo. **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil comentado por Oscar de Macedo Soares**. 5ª ed. Rio de Janeiro: GARNIER, 1910.

SCOTT, Joan W. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Educação & Realidade. Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez., 1995.

SWAIN, Tânia Navarro. **Feminismo e recortes do tempo presente – mulheres em revistas "femininas"**. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 67-81, 2001.

ROST, Mariana; VIEIRA, Mirian Steffen. **Convenções de gênero e violência sexual: a cultura do estupro no ciberespaço**. Comunicação e Cultura, Bahia: v. 13, p.261-276, 2015.

TELES, Maria A. de Almeida. MELO, Mônica. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2002.

VILIPÊNDIO. **Dicionário Aurélio de Português Online**, 10 abr. 2018. Disponível em: https://dicionariodoaurelio.com/vilipendio. Acesso em: 10 abr. 2018.

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFIÊNCIA - TUTELA JURÍDICA DA PCD NOVOS DESAFIOS

Jonatas Lucas RODRIGUES⁴⁵ Renata PANFIET⁴⁶

RESUMO

Este artigo tem por objetivo retratar o tratamento jurídico dado às pessoas com alguma limitação intelectual à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, lei nº 13.146 de 2015. Através da análise do filme Colegas, o presente artigo busca trazer à tona o fim dos rótulos dados às pessoas com alguma deficiência, seja física, psíquica ou intelectual, analisando a antiga e a nova teoria das incapacidades. Sob essa perspectiva de inclusão, destaca o impacto do referido diploma legal quanto aos direitos existenciais da pessoa com deficiência mental. Também, traz o papel da ação de curatela e da tomada de decisão apoiada como verdadeiros tratamentos terapêuticos, a fim de se promover a dignidade da pessoa humana, ao invés da retirada de direitos, como era em tempos anteriores. Por fim, faz uma reflexão sobre a importância do magistrado, em uma ação de curatela, analisar caso a caso, sem a utilização de sentenças prontas e iguais, a situação do curatelado. Utilizou-se este presente trabalho do método dedutivo e como base a pesquisa teórica.

PALAVRAS-CHAVES: Incapacidade – Estatuto da Pessoa com Deficiência – curatela – Tomada de decisão apoiada.

ABSTRACT

This article aims to portray the legal treatment given to people with some intellectual limitation in light of the Statute of the Person with Disabilities, law n of 2015. Through the analysis of the film Colleagues, this article seeks to bring up the end of the labels given to the people with disabilities, be it physical, psychic or intellectual, analyzing the old and the new theory of disabilities. Also, it brings the role of conservatorship action and supported decision-making as true therapeutic treatments, in order to promote the dignity of the human person, rather than the withdrawal of rights, as it was in former times. Finally, it makes a reflection on the importance of the magistrate, in a conservatorship action, to verify case by case, without the use of ready and equal sentences, the situation of the conservatee. The present work used the deductive method and as base the theoretical research.

KEY WORDS: Disability. Statute of The Person with Disability. Conservatorship. Supported decision-making.

INTRODUÇÃO

O tema da incapacidade sempre despertou interesse no estudo do Direito Civil, visto que sem a capacidade jurídica do agente, não há qualquer negócio jurídico válido. Por muito

⁴⁵ Graduado em Matemática pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: jonataslrodrigues@hotmail.com

⁴⁶ Bacharel em Administração pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: renata.panfiet@gmail.com

tempo a legislação brasileira e a própria sociedade rotularam pessoas com alguma deficiência mental como absolutamente incapazes ou relativamente incapazes, a partir de um simples contato visual. Esta era a regra. As pessoas com alguma deficiência mental tinham que se adaptar à sociedade, pois esta ainda não havia desenvolvido políticas inclusivas destinadas a PCD. Com a entrada em vigor da lei nº 13.146/2015, o chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência, inspirada na Convenção de Nova York sobre os direitos da pessoa com deficiência, este paradigma mudou. Se a incapacidade era a regra, agora passa a ser exceção; a sociedade passa a ter que se adaptar à realidade destas pessoas, conforme o referido diploma legal.

O filme brasileiro Os colegas de 2012, objeto do presente trabalho, mostra a realidade de três jovens com síndrome de down e que vivem internados em um instituto no interior de São Paulo: Stallone tinha o sonho de ver o mar, Marcio sonhava em poder voar e Aninha almejava casar-se com um cantor. Para realizar estes sonhos, um dia, os três decidem fugir para Buenos Aires, utilizando o carro do jardineiro do instituto. Nesse ínterim, os três acabam praticando pequenos assaltos e sendo perseguidos por dois policiais atrapalhados. Por fim, após muitas aventuras e confusões, os três colegas acabam realizando, cada um o seu sonho.

Apesar da obra analisada ser anterior a lei nº 13.146/2015, os personagens com síndrome de down não são retratados como incapazes ou coitados sem nenhum discernimento, apesar do preconceito. Pelo contrário, os três protagonistas demonstram ter autonomia e vontade em realizar seus sonhos, que muitas pessoas não portadores da síndrome não possuem.

De certa forma, o roteiro do filme já antevia, ao retratar três jovens com síndrome de down como pessoas com certa capacidade para entender o mundo a sua volta, uma situação jurídica prestes a ser mudada.

O estatuto encarou a forma de se analisar a incapacidade "juridicamente", passando de um modelo médico para o modelo social. Cada enfermidade requer uma medida diferente. Pessoas com síndrome de down podem têm semelhanças e singularidades, sendo tais diferenças decorrem de diversos fatores como fatores genéticos, estímulos adequados, educação, disciplina e outros.

Difere-se por exemplo, quanto ao desenvolvimento da capacidade cognitiva e grau de entendimento da realidade social, a pessoa com síndrome de down de uma pessoa com

esquizofrenia severa, em que o paciente não consegue distinguir o mundo real das alucinações constantes criadas em sua mente.

Pelo exposto, reitera-se a necessidade de uma análise especialíssima pelo magistrado, considerando caso a caso, sem utiliza-se de sentenças prontas, pois haverá de levar em consideração as diferenças individuais, buscando assim a decisão justa.

Este trabalho busca fazer uma análise da teoria da incapacidade vista aos olhos do Código Civil de 1916, passando pelo Código Civil de 2002 e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, alem de pesquisar o papel da ação de curatela e tomada de decisão apoiada conforme a nova lei vigente.

1. CÓDIGO CIVIL DE 1916 E NORMAS CORRELATAS

O código civil de 1916, instituído pela Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916, também conhecido como Código Beviláqua, ao tratar da incapacidade civil, o fez de forma a qualificar o indivíduo como absolutamente incapaz ou relativamente incapaz, conforme descreve o artigo 5º e 6º do referido código:

Art. 5. ° São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente aos atos da vida civil:

I - Os menores de dezesseis anos.

II - Os loucos de todo o gênero.

III - Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.

IV - Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Art. 6.° São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. I), ou à maneira de os exercer:

I - Os maiores de dezesseis e os menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).

II - Os pródigos.

III - Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à civilização do país. (Brasil, 1916)

Quanto ao inciso II, do artigo 5º, que traz a descrição " loucos de todo o gênero", se faz necessário compreender que esta classificação incluía não apenas os portadores de deficiência mental, mas, todo indivíduo com perceptível variação psíquica.

Diante da infeliz expressão utilizada pelo legislador, este, influenciado pelo Código Criminal do Império (1830), percebe-se o tratamento de exclusão dado ao deficiente mental à época da promulgação do referido código.

Contudo, Clóvis Beviláqua, comentando o Código Civil Brasileiro, já criticava a expressão "loucos de todo gênero" ao afirmar que:

esta é a expressão tradicional em nosso direita; mas não é a melhor. O projeto primitivo preferia a expressão alienados de qualquer espécie, parque há casos de

incapacidade civil que se não poderiam, com acerta, capitular como de loucura. (PEREIRA, 2008, p.2)

O código tratava também de normas de limitações contratuais; impedimentos para contrair núpcias; inadmissão como testemunha; proibição de testar; além de indenização decorrente de deformidades, interdição e curatela.

Ressalta-se que a preocupação do legislador foi a de proteger as pessoas cuja capacidade decisória, afetada por fatores fisiológicos, seria causa de problemas na esfera patrimonial do próprio indivíduo, acarretando perdas e frustrações.

Percebe-se que o código civil de 1916, sendo uma obra de seu tempo, possuía indissociável viés patrimonialista; onde, apesar da boa intenção do legislador em proteger indivíduos vulneráveis quanto à tomada de decisão; o tratamento dispensado aos deficientes mentais, teve como consequências a desqualificação de tais pessoas, fato perceptível pelos termos utilizados para trata-las, como por exemplo o termo "deficiente" que significa o oposto de "eficiente", a rubrica "louco de todos os gêneros" e a não atribuição da cidadania a tais indivíduos.

Com a evolução dos direitos humanos, já no decurso da 3º geração dos direitos fundamentais, iniciou-se movimentos de reivindicação de direitos para pessoas com deficiência, cujo resultado evidenciou-se em diversos diplomas legais, com valor significativo para toda a sociedade, conforme palavras de Rosana Beraldi Bevervanço:

A reivindicação de direitos e de integração social pelas pessoas portadoras de deficiência [..] é fenômeno iniciado no século XX, mais propriamente em sua segunda metade, com a mobilização de grupos e entidades variadas. Essa importante mudança de comportamento individual e coletivo, provocou em curto espaço de tempo avanços legais de valia sem par na área. (BEVERVANÇO, 2001, p.57)

Em nosso ordenamento jurídico podemos encontrar a seguinte legislação federal, fruto da mudança comportamental dos indivíduos e da coletividade:

- Lei n.º 909, de 11 de agosto de 1949 criou um selo destinado a obter recursos para hansenianos;
- Decreto-lei n.º 44.236, de 1º de agosto de 1958 instituiu a Campanha Nacional da Educação e Reabilitação dos deficitários visuais;
- Lei n.º 4.613, de 2 de Abril de 1965 criou isenções de impostos sobre veículos em favor de paraplégicos ou de pessoas portadoras de deficiência física;
- Lei n.º 7.070, de 20 de dezembro de 1982 concedeu pensão especial aos portadores de deficiência física conhecida como síndrome de talidomida;

- Decreto n.º 81.872, de 4 de novembro de 1985 instituiu comitê para traçar política de educação e integração das pessoas portadoras de deficiências, problemas de condutas e superdotadas;
- Lei n.º 7.045, de 12 de novembro de 1985 dispôs sobre o símbolo internacional de Acesso para utilização por pessoas portadoras de deficiência;
- Decreto n.º 93.481, de 29 de outubro de 1986 instituiu a coordenadoria para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência;
- Lei n.º 8.000, de 13 de março de 1990 concedeu isenção do imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis por paraplégicos.
- Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro garantiu à pessoa com deficiência mental a relativização da incapacidade.
- Por fim a Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015, o Estatuto da pessoa com Deficiência
 iguala as pessoas com deficiência aos demais cidadãos, tornando- as plenas em capacidade.

Com o inicio da vigência do Estatuto da pessoa com deficiência, além dos menores de dezesseis anos não restou outros absolutamente incapazes no atual ordenamento jurídico brasileiro. A Lei nº. <u>13.146</u>/2015 quebrou um antigo entendimento: o que relacionava e vinculava deficiência mental com incapacidade jurídica.

Sendo assim a pessoa com deficiência - seja física, mental, intelectual ou sensorial - tem de ser considerada plenamente capaz, não pode sofrer qualquer restrição, preconceito ou discriminação por isso.

Zeno Veloso, em seu artigo " Estatuto da Pessoa com Deficiência - Uma nota crítica, afirma que:

A não ser que não possa exprimir a sua vontade, e, então, é enquadrada não mais como absolutamente incapaz, mas como relativamente incapaz, sendo-lhe nomeado um curador num processo judicial, e esta medida é considerada excepcional. Notese: a incapacidade relativa não decorre, inexoravelmente, da deficiência, em si e por si só, mas pela circunstância de o portador de deficiência estar impossibilitado de manifestar a sua vontade. Mais: o ato praticado pelo curatelado sem a assistência do curador não é nulo, mas anulável (<u>CC</u>, art. <u>171</u>, <u>I</u>). (2016)

Diante das diversas alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, fica a pergunta: " A lei 13.146/ 2015, trouxe proteção ou desamparo para as pessoas com deficiência mental? Tentar-se-á responder está pergunta através da análise dos institutos da curatela e da decisão apoiada.

2. A INCAPACIDADE JURÍDICA E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Lei nº 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência foi instituída para se adequar a Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com deficiências. Tal diploma legal buscou retirar o estereótipo da pessoa com algum tipo de problema mental deixando de considera-la como incapaz. Anteriormente, era comum, por exemplo, que somente pelo fato de uma pessoa ser portadora de síndrome de down já fosse rotulada como civilmente incapaz.

Em nosso cotidiano, com frequência, pessoas portadoras da referida síndrome mostram capacidade de trabalhar nas mais diversas áreas; algumas inclusive demonstram aptidão para os estudos também. Como exemplo, o ator Ariel Goldenberg, que teve sua atuação reconhecida pelo público e pela crítica no filme Colegas, encenado em 2012. Nessa seara, o diploma legal objeto deste estudo, veio efetivar a igualdade jurídica para um grupo que, por muito tempo viveu à margem da sociedade e também, concretizar um dos objetivos da Constituição Federal, qual seja, promover o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito.

A revogação do item III do art. 4 do código civil, que dispunha sobre a incapacidade civil relativa das pessoas com alguma deficiência mental só veio corroborar a necessidade de inclusão e não de distanciamento das pessoas portadoras da síndrome de down.. Trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que é a extensão dos direitos humanos previstos na Constituição às relações particulares.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Tem-se observado um crescimento da teoria da eficácia horizontal (ou irradiante) dos direitos fundamentais, ou seja, da teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, especialmente em face de atividades privadas que tenham certo "caráter público", por exemplo, matrículas em escolas, clubes associativos, relações de trabalho etc. O entendimento é que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (eficácia horizontal imediata). Certamente essa eficácia horizontal ou irradiante traz uma nova visão da matéria, uma vez que as normas de proteção da pessoa, previstas na Constituição Federal, sempre foram tidas como dirigidas ao legislador e ao Estado (normas programáticas). Essa concepção não mais prevalece, pois a eficácia horizontal torna mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e de outros valores constitucionais. (GONÇALVES, 2011, p.45-46)

Nessa seara de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, o referido estatuto retirou do ordenamento a incapacidade absoluta daqueles que não podiam exprimir sua vontade, em decorrência de algum distúrbio mental, e também a incapacidade relativa dos excepcionais que não tinham o desenvolvimento completo. Pela legislação atual, o único

critério para uma pessoa ser considerada absolutamente incapaz é a idade, como depreende-se dos artigos já mencionados na primeira parte deste artigo.

A incapacidade absoluta no modelo antigo, preconizava que o incapaz tinha que ser representado em todos e quaisquer os atos da vida civil. Tratava-se flagrantemente de uma morte civil.

Tome-se como exemplo o filme objeto de análise deste artigo: os sonhos dos três jovens envolvem atos do direito civil. Pela legislação anterior, por exemplo, se Aninha estivesse interditada, o seu casamento seria considerado nulo. Quando se faz uma viagem de avião, tem- uma obrigação de fazer, cuja origem demanda a contratação por parte do viajante, o qual necessita ser um agente capaz.

O novo texto, trazido pela reforma, determina que a pessoa pode ser enquadrada como relativamente incapaz, para a prática de certos atos, o que significa que não haverá mais a total castração de direitos. De acordo com o Art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a pessoa com algum tipo de deficiência mental é plenamente capaz, em igualdade de condições com as demais pessoas: "Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas". (Brasil. Lei 13.146, 2015)

A alteração legislativa trazida em questão veio sedimentar a horizontalidade do direito constitucional, que nada mais é do que a aplicação dos princípios constitucionais às relações privadas.

Em vários trechos do filme, há personagens que vem os três protagonistas como retardados, apesar da abordagem bem humorada do filme. Na verdade este preconceito é resultado do clichê que a sociedade ainda cultiva.

Para muitos, mesmo que inconscientemente, uma pessoa com síndrome de down não pode se inserir no mercado de trabalho, estudar, casar, ter filhos, dentre outros direitos.

Na busca pela inclusão, a lei nº 8.213 de 1991 veio determinar que as empresas com mais de 100 empregados, preencham seus cargos em um percentual de 2 a 5%.

Igualmente na área educacional, a Resolução CNECEB nº 02 do Ministério da Educação instituiu as diretrizes para que a rede regular de ensino possa matricular e ofertar um ensino de qualidade para alunos com necessidades especiais.

O artigo 32 do Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece ainda que no mínimo 3% das unidades habitacionais sejam reservadas à pessoas com deficiência, nos

empreendimentos habitacionais de objetivo social desenvolvidos por entidades governamentais.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamiplona Filho

O Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser "rotulada"como incapaz, para ser considerada – em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos como a tomada de decisão apoiada, e extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2016, p.50).

De acordo com o Art. 6º do Estatuto, a pessoa com deficiência tem assegurado certos direitos de existência:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.(Brasil, 2015)

O rol é exemplificativo, como depreende-se da palavra" inclusive". Tais direitos enquadrados no artigo se inserem nas situações existenciais que qualquer pessoa tem.

Dentre os itens explicitados no artigo acima citado, o direito ao casamento foi, reconhecido como um salutar à pessoa com enfermidade, visto que é cruel supor que uma enfermo mental (redação dada pelo artigo 1.548 do Código Civil, revogado), não pudesse ter sentimentos por alguém e vontade de constituir uma família.

Vide o exemplo do filme em que se pode ver duas pessoas que têm discernimento sobre o que estão sentindo e a belíssima cena da noite de amor entre os dois jovens.

Mais uma alteração trazida é a impossibilidade de se alegar erro essencial à pessoa se esta possuir doença mental grave .

Nas palavras do decano Jones Figueiredo Alves, em seu artigo, O incapaz casado:

Como observado, o casamento é aspecto relevante no processo de inserção social que portadores de doenças e deficiências mentais devem obter. Mais que simples exercício de um direito, constitui uma afirmação de suas individualidades. Que assim seja, por dignidade de sua condição humana, para que se concretizem como pessoas. Suficiente entender que a expressão da vontade começa pelo permissivo da nova lei. (2015)

Destaca-se que parte da doutrina e algumas decisões judiciais já se posicionaram pela curatela total, inclusive de direitos existenciais. Tal discussão será mais explicitada no tópico

3. CONSEQUENCIAS DA PRESCRIÇÃO

Um ponto de controvérsia que a Lei nº 13.146/2015 trouxe é a questão do corrimento de prazos prescricionais contra incapaz. De acordo com o Código Civil atual, não há prescrição contra absolutamente incapaz. Ora a prescrição é uma garantia da segurança jurídica. Neste ponto, o expediente legal deixou em situação vulnerável a pessoa com deficiência. Tome-se como exemplo , uma pessoa que está em estado vegetativo de coma, e celebrou um negócio jurídico antes do advento da enfermidade; tal pessoa, pela lei, estará sem a proteção do instituto da prescrição. Um dos caminhos apontados é a teoria contra *non valentem* - "a prescrição não corre em face de quem não pode agir".

Seria a possibilidade de se considerar, outras situações que paralisariam ou suspenderiam o prazo prescricional.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvold:

De nossa parte, propomos como critério para a solução do problema o uso da teoria contra *non valentem*. Louvando-nos, declaradamente da teoria aludida, pensamos que em casos especiais, com fundamento em algum caso fortuito, não imaginado pelo legislador, mas que retirou, por completo, do titular da pretensão a possibilidade de agir, exercendo-a, poder-se-ia admitir a suspensão ou interrupção do prazo prescricional contra o relativamente incapaz. Tratar-se de situação nitidamente casuística e episódica. E a boa fé objetiva(comportamento ético do titular) deve ser o referencial a ser utilizado para a admissão de outras hipóteses suspensivas ou interruptivas não contempladas em lei. (FARIAS; ROSENVOLD, 2017, p. 356-357)

A questão do prazo prescricional é um dos pontos que o Estatuto da Pessoa com Deficiência deixou de proteger, quanto a pessoa com deficiência mental.

Nas palavras do professor José Simão, professor da Universidade de São Paulo, em seu artigo Estatuto da Pessoa com Deficiência, percebe-se perplexidade:

Isso significa que quando o absolutamente incapaz é credor não terá a desvantagem de ver suas pretensões prescritas. Assim, se um menor com 10 anos de idade é credor de aluguel, a prescrição fica impedida de correr até que ele complete 16 anos. O tempo decorrido não prejudica o absolutamente incapaz, mas apenas o favorece. Assim, se o mesmo menor for devedor, o prazo prescricional transcorre normalmente, pois isso o beneficia. Como, com o Estatuto, os deficientes e excepcionais são capazes, a prescrição correrá contra eles, prejudicando-os, portanto. Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma. (SIMÃO, 2015)

Resta evidente, portanto, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, de um lado trouxe benefícios, mas, por outro, acabou desprotegendo as pessoas com síndrome de down e

os demais indivíduos com variações cognitivas, quanto as suas relações patrimoniais.

4. A AÇÃO DE CURATELA

Dentre os institutos disciplinados pela legislação Brasileira para proteger o relativamente incapaz, esta a ação de curatela que segundo Maria Helena Diniz:

A curatela é o encargo público, cometido a defender a pessoa e administrar os bens de maiores que não estão em condições de fazê-los, em razão de enfermidade ou deficiência mental. Em regra é um múnus público conferido a um individuo para dirigir a pessoa e os bens de maiores incapazes; todavia alcança também outros casos, por sua natureza e efeitos específicos (DINIZ, 2009, p.647)

Evidentemente, o objetivo da curatela é proteger a pessoa que se encontra em uma situação de vulnerabilidade.

Não raro há doenças mentais que subtraem totalmente o discernimento. No entanto, há situações que não justificam medidas tão drásticas como no caso da síndrome de down, dependendo dos estímulos e desenvolvimentos a que a pessoa que é submetido.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seus artigos 84 e 85 buscou individualizar a sentença da ação de curatela, não cabendo mais sentenças padronizadas que, simplesmente, reproduziam a expressão " reger o interditando em todos os atos da vida civil".

Os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald utilizam a expressão projeto terapêutico individualizado para caracterizar a sentença de curatela.

Em suas palavras:

Assim, a decisão deve estabelecer um projeto terapêutico individualizado para o curatelado, a partir do respeito às suas preferências, vontades e laços familiares e afetivos externados na entrevista, indicando quais são os atos jurídicos a ele excepcionados. Até porque, não se esqueça, ele tem o direito de ser diferente, não podendo ser excluído do exercício de nenhum direito fundamental, sob pena de discriminação. Dai por que o magistrado tem o importante papel de apresentar um projeto terapêutico individualizado, com vistas à proteção da dignidade do incapaz, afastando-se a (falsa) ideia de que a simples curatela já lhe é protetiva. (FARIAS; ROSENVOLD, 2017, p.379)

A ação de curatela passa a ter um papel de auxilio ao curatelado, condizente com as necessidades de cada curatelado. Não há mais a curatela total, impedindo o curatelado de exercer direitos existenciais como o casamento, via de regra.

Em seu Artigo "É o fim da interdição", Pablo Stolze diz: "a curatela estará mais 'personalizada', ajustada à efetiva necessidade daquele que se pretende proteger".

Ainda quanto ao papel de castração de direitos que referido instituto tinha, na medida em que o Estatuto é expresso ao afirmar que a curatela é extraordinária e restrita a atos de

conteúdo patrimonial ou econômico, desaparece a figura da 'interdição completa' e do"curador todo-poderoso e com poderes indefinidos, gerais e ilimitados".

No mesmo entendimento, o autor Flávio Tarcuce:

Sujeitar uma pessoa à interdição total quando é possível tutelá-la adequadamente pela interdição parcial é uma violência à sua dignidade e a seus direitos. A curatela deve ser imposta no interesse do interdito; sujeitar uma pessoa à interdição total quando é possível tutelá-la adequadamente pela interdição parcial é uma violência à sua dignidade e a seus direitos fundamentais. A curatela deve ser imposta no interesse do interdito, com demonstração de incapacidade. A designação de curador importa em intervenção direta na autonomia do curatelado. Necessário individualizar diferentes estatutos de proteção, estabelecer a graduação da incapacidade. A interdição deve fixar a extensão da incapacidade, o regime de proteção, conforme averiguação casuística da aptidão para atos patrimoniais extrapatrimoniais. (TARTUCE, 2015, p. 436-437)

Ressalta-se que o próprio termo "interdição" é condenado por muitos autores, pela sua carga pejorativa.

Nas palavras de Paulo Lobo, diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família:

não há que se falar mais de 'interdição', que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos. (LOBO, 2015)

Os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvold também são contrários ao termo:

Com efeito, o vocábulo "interdição" revela-se incompatível com o pluralismo inerente ao Estado Democrático de Direito. Além de medida coercitiva e opressiva, que imprime uma marca indelével na pessoa, ela remete a uma sentença nulificante do exercício de situações existenciais e redutiva da complexidade e singularidade do ser humano a um quadro psíquico — o que, por si só, legitimaria a neutralização da subjetividade pelo altere ego do curador. Ao contrário, a eficácia positiva da dignidade da pessoa humana requer a potencialização da autonomia, para que cada indivíduo seja autor da própria biografia e desenvolva o seu modus vivendi. (FARIAS; ROSENVOLD, 2017, p.365-366)

Contudo, é preciso atentar, que muitas vezes, existem pessoas que devido à espécie de enfermidade que é acometida, não tem a mínima condição de exprimir sua vontade, seja em atos existenciais ou patrimoniais. Nesse caso, não pode expor o curatelado a situações que o deixem vulneráveis na vida civil. Dai a importância do papel do magistrado na entrevista com o mesmo e do apoio da equipe multidisciplinar, formada por assistentes sociais e psicólogos para uma análise mais humana de cada caso.

O Código de Processo Civil priorizou a dignidade do ser humano que está prestes a sofrer uma limitação em sua vida civil. A substituição das palavras audiência de interrogatório

por entrevista e a possibilidade da nomeação de dois curadores são medidas que buscam humanizar este processo.

Ressalta-se que não é o intuito do Estatuto da Pessoa com Deficiência mudar situações para se adequar qualquer caso a uma curatela parcial. Não se pode deixar uma pessoa que tenha um transtorno mental que lhe tire o total discernimento a mercê de situações que lhe possa prejudicar. O julgado do Tribunal de São Paulo, reproduz esta interpretação no seguinte julgado:

uma interpretação sistemática e teleológica do Estatuto da Pessoa com Deficiência impõe a conclusão de que as pessoas que nãoconsigam exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente devem ser consideradas relativamente incapazes, pois em geral conservam sua autonomia para a prática de atos de natureza existencial, relacionados aos direitos de personalidade, a exemplo dos direitos sexuais e reprodutivos, e aqueles relacionados ao planejamento familiar. Todavia, dependendo do grau de comprometimento das faculdades mentais da pessoa, poderá ela submeter-se à curatela total ou parcial, que abrangerá eminentemente aos atos de natureza patrimonial e negocial, (TJSP, 1 Câmara de Direito Privado, ApCív. 0307037-84.2009.8.26.0100 – comarca de São Paulo, rel. Des Francisco Loureiro, voto 29.643.

Tal questão remete a divergência se a natureza da sentença de curatela é declaratória ou constitutiva. Para doutrina majoritária, a referida tem sentença constitutiva, ou seja, os atos praticados pelo curatelado antes da sentença teriam validade. Para doutrina minoritária, estaríamos diante de uma sentença de natureza declaratória e a eficácia dos atos jurídicos seria *ex tunc*.

O que a jurisprudência e grande parte dos autores de direito civil pregam sobre o assunto é que deve haver o respeito ao princípio da boa fé objetiva. Por exemplo, se não era notório para o contratante a incapacidade civil e se o negócio não for maléfico para o incapaz, buscaria manter-se o negócio jurídico. A posição do Superior Tribunal de Justiça segue esta linha de pensamento:

Para resguardo da boa fé de terceiros e segurança do comércio jurídico, o reconhecimento da nulidade dos atos praticados anteriormente à de interdição reclama prova inequívoca, robusta e convincente da incapacidade do contratante (STJ, AC. 4 T., REsp.9077 RS, rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, j.25.2.92, DJU 30.3.92., p.3.992)

Para o autora Maria Helena Diniz, a sentença de interdição tem natureza mista conforme os seguintes trechos de sua obra:

Mas, como nem sempre tal ocorre, alguns autores, com os quais concordamos, chegam a afirmar que essa sentença é, concomitantemente, declaratória e constitutiva. Em regra, só depois de decretada a interdição é que se recusa a capacidade de exercício, sendo nulo ou anulável qualquer ato praticado (RT, 468:112) pelo doente mental, conforme seja considerado absolutamente ou relativamente incapaz, embora seja possível invalidar ato praticado por alienado

mental, mesmo antes da decretação judicial de sua interdição, desde que comprovado judicialmente, a existência de sua insanidade por ocasião da efetivação do ato negocial. (DINIZ, 2015, p.744)

Outra divergência entre juristas é se após o início da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, as pessoas interditadas seriam automaticamente consideradas plenamente capazes ou se haveria necessidade de pedir o levantamento da curatela ao Juízo competente. Para a maior parte da doutrina, há a necessidade de se peticionar, com realização de audiência e realização de perícia médica com equipe multidisciplinar.

Esta é a posição defendida por Pablo Stolze Gagliano, Nelson Rosenvold e Flávio Tarcuce, em respeito ao princípio da coisa julgada e da estabilidade jurídica.

Contrariamente a esta posição está José Fernando Simão, que em seu artigo publicado no site Conjur defende que a partir da vigência do referido diploma, os curatelados passariam a ser plenamente capazes, sem necessidade de pedido de levantamento.

5. TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Paralelamente à Ação de Curatela, existe a Tomada de Decisão Apoiada, prevista em na Lei n13.1462015 e disciplinada no Código de Processo Civil em seu artigo. Este instituto já é utilizado no direito argentino e alemão, por exemplo. Nele a pessoa conserva sua plena capacidade civil, sendo auxiliada por duas pessoas de sua escolha para a prática de determinados atos, durante um período de tempo. Da mesma forma que na Ação de Curatela, a participação do juiz é muito importante. Ele deverá ouvir o beneficiário da Tomada de Decisão Apoiada, a equipe multidisciplinar. Mais uma vez, privilegia-se o princípio da cooperação, que o magistrado participar ativamente no processo, não tendo como objetivo influir no resultado para uma das partes, mas sim para que se chegue a uma solução justa e benéfica para a pessoa que tenha uma limitação.

Na tomada de Decisão Apoiada, a pessoa tem um certo grau de entendimento dos atos da vida civil. Consoante Carlos Roberto Gonçalves:

"O novo dispositivo aplica-se aos casos de pessoas que possuem alguma deficiência, mas podem, todavia, exprimir a sua vontade. O caso típico é o portador da Síndrome de Down, que o torna uma pessoa deficiente, mas não acarreta necessariamente, impedimento para a manifestação da vontade. Nesse caso, não se justifica a classificação dessa pessoa, como relativamente incapaz, sujeita à curatela". (GONÇALVES, 2017, p.826)

Neste instituto é tão forte a autonomia do apoiado, que a escolha dos apoiadores cabe à própria pessoa que receberá o apoio.

CONCLUSÃO

Stallon, Marcio e Aninha eram amigos inseparáveis, conforme descreve o narrador no início do filme. Stallone foi abandonado pela sua família ainda bebê. Para ele, seu pai havia viajado para Hollywood fazer filmes; e sua mãe teve que viajar para Atlântida a cidade que ficava no fundo do mar, cuidar do castelo da família.

Os pais de Marcio o deixaram cedo também, faleceram bem jovens. Sobraram apenas irmãs, as quais o levaram para o instituto. No início as visitas eram constantes, e Marcio sempre as esperava sentado na escada em frente à porta principal do Instituto. Elas diziam para Marcio que seus pais haviam virado anjos, viajado para a lua, estavam construindo uma casa para eles morarem e logo viriam busca-lo. Com o passar dos anos Marcio continuava a espera-las nos dias de visita, mas elas nunca mais apareceram.

Já Aninha, nunca conheceu seus pais. Acredita que se no dia de São Judas Tadeu se casa-se com um cantor, seus pais voltariam.

Pelos exposto, fica fácil perceber porque Stallone sonhava em conhecer o mar, Marcio em voar e Aninha em casar-se com um cantor. Ambos sonhavam com algo externo aos Instituto; local onde tinham a proteção de suas integridades físicas, alimento, educação e carinho. E apesar de terem todo um campo de proteção no Instituto, tais benesses não foram suficientes para conter a vontade de realizar um sonho. Um desejo que queimava em seus corações. O Instituto os protegia, mas ao mesmo tempo limitava-os.

Resta evidente que o Estatuto da Pessoa Com deficiência, ao afirmar a capacidade plena dos deficientes mentais, efetuou uma quebra de paradigma, pois a partir de então garantiu-se a possibilidade para os mesmos, de casar-se e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, planejamento familiar, direito de decidir sobre a quantidade de filhos, exercer o direito a família podendo até mesmo ser adotando ou adotante, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, conforme art. 7.°.

Percebe-se clara intenção do legislador em afirmar os deficientes incluindo-os socialmente e garantido a eles todos os direitos fundamentais trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entre eles o de garantir o princípio chave que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não é difícil notar, assim, que o legislador ao garantir direitos fundamentais para os deficientes mentais, com a intenção de eliminar toda discriminação sofrida por anos e anos

pelos mesmos, através de uma legislação inclusiva, acabou por desprotegê-los ao afirmar a plena capacidade, pois assim, a partir da vigência do Estatuto, passaram a poder realizar atos da vida civil, como por exemplo comprar e vender sem a necessidade de representação ou assistência. Sabe-se claramente que elementos cognitivos influenciam em decisões, e que esta é elemento essencial do negócio jurídico pois trata-se da vontade das partes.

Nota-se também que nosso diploma normativo referente aos deficientes tem evoluído, pois há um século praticamente todos os deficientes mentais eram classificados como "loucos de todos os gêneros", e hoje, com a promulgação da lei n.º 13.146 de 2015 todos os deficientes mentais são considerados plenos em sua capacidade de direito, cabendo ao magistrado analisar a necessidade de tutela, curatela ou decisão apoiada.

Com isso, salienta-se a importância do tema, tanto quanto a fomentarmos meios de garantir a aplicação do diploma legal aludido, bem como pela importância atribuída pelo CNJ ao editar a resolução nº 230 de junho de 2016, tornando obrigatória disciplina que abarque os direitos das pessoas com deficiências.

Por fim, cabe a nós cultores do direito lapidar o Estatuto da Pessoa com deficiência, através de estudos e debates sobre os benefícios e eventuais espaços de vulnerabilidade gerados pelo dispositivo legal. Quanto a Stallone, Marcio e Aninha, pode-se afirmar que atingiram a plena capacidade ao enfrentarem suas limitações para alcançar seus sonhos. E alcançaram!

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. Publicação oficial da coordenadoria Nacional para integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, Brasília, p. 24-25, 994.

BENJAMIN, Antônio Hernan de Vasconcelos e. A tutela das pessoas portadoras de deficiência pelo Ministério Público. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Advocacia Pública & Sociedade, São Paulo, a. 1, n. 1, 1997.

BEVERVANÇO, Rosana Beraldi. Direitos da pessoa portadora de deficiência (Da Exclusão à Igualdade). Ministério Público do Paraná. Curitiba, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família. 24. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2009.

FRANÇA, Arthur da Gama; Os últimos cem anos do instituto da incapacidade no Código Civil. 2016. Disponível em https://jus.com.br/artigos/47286/os-ultimos-cem-anos-do-

instituto-da-incapacidade-no-codigo-civil. 2016. Acesso em 31/03/2018

FARIAS, Cristiano Chaves de
; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil e LINDB – 15 ed
. Salvador . Editora Jupodivm:, 2017

GAGLIANO, Stolze Pablo; É o fim da interdição. 2015. Disponível em https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano. Acesso em 02/02/2018

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Parte Geral, volume 1. 9.ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2011

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil 3: Responsabilidade Civil – Direito de Família-Direito das Sucessões. 4 . ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; Todo gênero de louco – uma questão de capacidade. 2008. Disponível em

www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rodrigo_da_Cunha/Generolouco.pdf. Acesso em 20/03/2018

TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil: Impactos, Diálogos e Interações – . São Paulo, 2015.

VELOSO, ZENO; Estatuto da Pessoa com deficiência. 2016. Disponível em https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/338456458/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-uma-nota-critica, Acesso em 31/03/2018

"EU, TU E ELA": UMA ANÁLISE DA POLIAFETIVIDADE FRENTE ÀS NOVAS REALIDADES SOCIAIS

Kerolyne Pamela FANTINELLI⁴⁷ Daniel Marques de CAMARGO⁴⁸

RESUMO

O ser humano é desejante por natureza, todo mundo quer amar alguém e se sentir amado. Mas o amor romântico passa por mudanças, relativizações e vem perdendo espaço para relações mais multifacetadas, embasadas pelo desejo sexual e afetivo. Com efeito, o estudo tem por fim ponderar a série "Eu, tu e ela" sob o viés da atual conjuntura jurídica e social e as suas transformações ao longo do tempo, focando na poliafetividade como uma nova espécie de família dentro do ordenamento jurídico, que deve ser respeitada e reconhecida. Coloca-se em evidência como as normas infraconstitucionais carecem de atualização, para que assim, os indivíduos sejam vistos como seres dotados de dignidade e tratamento igualitário. Importante realçar a necessidade de intervenção mínima estatal nas relações familiares, assegurando a autonomia privada dos entes, para que só então esteja garantido a todos um Estado Democrático de Direito. Finalmente, o trabalho se utiliza da legislação constitucional e infraconstitucional brasileira, pautando-se pelo método dedutivo, voltado para a pesquisa científica e considerações a respeito dos aspectos gerais até as particularidades acerca do tema, demonstrando a necessidade da regulamentação das uniões plurais e a negação da coletividade em aceitar os novos arranjos familiares.

PALAVRAS-CHAVE: Família; Dignidade; Igualdade; Poliafetividade.

ABSTRACT

Humans are beings of desire by nature, every person wants to love someone and feel loved. But romantic love undergoes changes, devaluations, and it's been losing ground to multifaceted relationships, based on sexual and emotional desire. Hence, the study aims to contemplate the tv show "You Me Her" under the bias of the current legal and social scenario and its transformations throughout time, focusing on polyamory as a new kind of family inside the legal order, that must be respected and acknowledged. It is put in evidence how subconstitutional laws lack updating, so that, individuals are seen as beings endowed with dignity and equal treatment. It is important to highlight the need of minimal government intervention in family relationships, ensuring the private autonomy of beings, so that it is guaranteed to everyone a Democratic State of Law. Finally, the work uses Brazilian constitutional and infraconstitutional legislation, based on the deductive method, focused on scientific research and considerations on the general aspects to the particularities about the theme, demonstrating the need for regulation of plural unions and denial to accept the new family arrangements.

KEY WORDS: Family; Dignity; Equality; Polyamory.

⁴⁷ Acadêmica de Direito do 7º Termo das Faculdades Integradas de Ourinhos, Estagiária na Vara da Família e Sucessões, Comarca de Cambará\PR. E-mail: fantinellikerolyne@gmail.com.

⁴⁸ Doutorando (2016) e Mestre (2006) em Ciência Jurídica (UENP – Jacarezinho/PR), Especialista em Direito Processual Civil (UNAERP – Ribeirão Preto/SP). Advogado e professor universitário. E-mail: danielmcamargo@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Por muito tempo se acreditou que só era possível amar uma pessoa de cada vez, o parceiro é único, quem ama sentirá desejo pela mesma pessoa a vida inteira e que um dia todos encontrarão o seu par ideal.

A partir de meados do século XX, tal parâmetro de amor deparou-se com novas subjetividades e núcleos de relacionamentos e familiares mais complexos, até mesmo em face dos anseios humanos, por vezes geradores de infelicidade e frustação, dada a busca incessante das pessoas em obter o parceiro perfeito. Cada vez mais os indivíduos têm buscado liames que correspondam à real conjuntura em sociedade.

Precipuamente os indivíduos têm sido autores de sua própria história, visto que é costumeiro constatar que os sujeitos aceitam uma vida solitária, não ter um parceiro estável ou mesmo ter múltiplos parceiros.

Nesta esteira de pensamento, o presente estudo tem o propósito de analisar a série "*Eu*, *tu e ela*" e o "*trisal*" formado por Jack, Emma e Izy, enaltecendo os novos arranjos familiares, especialmente no que diz respeito à poliafetividade.

É indubitável que a poliafetividade, também chamada de poliamor, ainda é uma instituição deveras recente e que apesar do significativo avanço em relação ao tema, a sociedade atual, seguindo os preceitos judaico-cristãos, principalmente os mais conservadores, contestam e negam as mutações e anseios humanos.

Em contrapartida, a Constituição Federal de 1988 adaptou os novos modelos fáticos ao mundo jurídico, derrubando o modelo patriarcal de família, fundado exaustivamente no casamento entre homem e mulher.

O afeto também ganhou lugar dentro das novas estruturas familiares, ocupando o espaço das famílias, que eram constituídas exclusivamente por interesses econômicos e patrimoniais. Dessa forma, abre-se área para as novas instituições familiares, em particular a poliafetividade, que se mostra uma matéria tão complexa e fatual.

Portanto, diante do exposto, o estudo se utiliza da legislação constitucional e infraconstitucional brasileira, demonstrando a carência de posições jurisprudenciais e doutrinárias e a ausência de referências regulamentadoras do tema. O trabalho se emprega do método dedutivo, voltado para a pesquisa científica e considerações a respeito das premissas principiológicas e gerais sobre o assunto, até se atingir nível maior de detalhamento do tema,

revelando a importância da autonomia privada dos indivíduos nas uniões poliafetivas, e a necessidade do Estado positivar o assunto.

1. BREVE EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE FAMÍLIA E O SEU CONCEITO MODERNO

A Constituição Federal de 1988 consagrou um novo panorama para os ditames da sociedade brasileira, no que diz respeito à instituição familiar. Conquistando um Estado Democrático de Direito, a Carta Magma trouxe valores fundamentais que alicerçaram todo o ordenamento jurídico.

Rodrigo na Cunha Pereira (pag. 5, 2012) explica que a Constituição de 1824 não estabelecia nenhuma referência à família. Entretanto, a segunda Constituição brasileira e primeira da República (1891) tratou brevemente do casamento civil em seu art. 72, § 4°. Já a segunda Constituição da República (1934) trouxe regras que disciplinavam o casamento indissolúvel. E nestes mesmos passos as Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969 trataram também do casamento indissolúvel como a única forma de se constituir uma família.

No Brasil, anteriormente à Carta de 1988, as regras e princípios inerentes à família impunham ainda muita desigualdade. Tem-se como exemplo a mulher, a qual era considerada como relativamente incapaz, e o seu marido deveria assisti-la em todos os atos da vida civil ou até mesmo em relação aos filhos, pois aqueles havidos fora do casamento eram considerado ilegítimos.

Tenha-se presente que a família foi um dos primeiros institutos que sedimentou o núcleo social. Criada há mais de 4.600 anos, essa família era desprovida de afeto entre seus componentes, sendo baseada primordialmente no patriarcado.

As principais transformações do instituto familiar se deram em razão do movimento feminista e do espaço que a mulher alcançou perante a sociedade, pois consagradamente a mulher ocupou posição inferior ao homem, sendo o seu sexo sinônimo de fraqueza e inferioridade, entretanto hoje esta deixou de ser/estar em situação de sujeição ao homem e aos filhos, ganhando autonomia e igualdade de direitos.

Muito se progrediu em relação a princípios e direitos fundamentais, e atualmente a família busca o caminho do afeto e da solidariedade, sendo baseada nos valores sociais e da realidade que a cerca.

Já dizia João Guimarães Rosa:

O senhor... mire, veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas — mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam, verdade maior. É o que a vida me ensinou. Isso que me alegra montão (Guimarães Rosa, 1958, Grande Sertão Veredas).

Atualmente a Lei Maior garante proteção especial do Estado à família, conforme disciplinado em seu art. 226:

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. § 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.

Outrossim, percebe-se que a Constituição Federal ampliou em seu texto o conceito familiar, assegurando reconhecimento jurídico à família composta por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como equiparando a união estável ao casamento. O Texto mostra a pluralidade da família, exemplificando que esta pode se dar de diversas maneiras, cada uma com as suas particularidades, que devem ser respeitadas, toleradas e protegidas. Esse avanço exterioriza o progresso conquistado em relação ao assunto, juntamente com a constante evolução da sociedade como um todo.

Mister se faz ressaltar as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

Famílias monoparentais, recompostas, binucleares, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, mães criando filhos sem os pais por perto e viceversa, casais sem filhos, filhos sem pais, meninos de rua e na rua; casais homossexuais, parentalidade socioafetiva, inseminações artificiais, útero de substituição... A lista dos diversos arranjos familiares é grande. Estará mesmo a família pervertida de sua função de célula básica da sociedade?

Assinale-se ainda que a Carta Magna de 1988 viabilizou a igualdade de gênero, idade, cor e orientação sexual, provendo o bem estar social, o direito à saúde, moradia e tantos outros. No mais, foi sedimentada uma nova realidade familiar, a qual traz preceitos que eram antes inconcebíveis.

Ainda nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

A partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico e de reprodução para ser espaço do afeto e do amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela. (PEREIRA, 2002, p. 226-227)

Por derradeiro, a tal respeito, há que ter em conta que não há uma conceituação única e exata para definir a família, que está muito além de um texto fechado, em constante transformação; o que é visto como família hoje não é o aceito pela sociedade há vinte anos e nem será daqui a mais vinte.

2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A dignidade da pessoa humana, considerada como fundamento da República e estampada no art. 5º da Carta Magna, revigorou toda a ordem infraconstitucional e serviu de base para todos os demais princípios do ordenamento.

Os princípios são o alicerce de toda a ordem jurídica, promovendo uma aplicação mais justa e correta das normas ao caso concreto, bem como sendo aplicáveis quando há ausência de regras explícitas acerca de determinado tema jurídico.

Neste passo Robert Alexy preceitua:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. (ALEXY, 1997, p. 162)

É de ser relevado que não há um número delimitado de princípios dentro da ordem jurídica, vários princípios aplicados ao direito de família, são também gerais e aplicáveis a outros ramos do direito, outros estão positivados e alguns podem ser encontrados de forma implícita dentro do texto normativo. Logo, há que se ter em vista que o objetivo básico dos princípios é conferir proteção, igualdade e respeito a toda coletividade.

2.1 Dignidade da pessoa humana

Apenas com o advento do Diploma Constitucional de 1988 que a dignidade da pessoa humana ganhou força e se tornou o princípio basilar de todo o ordenamento jurídico e demais princípios. Esse princípio encontra-se previsto no art. 1º da CF, III, como se depreende:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

Assim, como o conceito de família, a dignidade da pessoa humana não é um termo exato ou que possa ser elucidado de forma objetiva, com facilidade. Na verdade, o referido princípio tem caráter subjetivo e deve ser interpretado dentro do caso concreto, observando sempre o respeito a uma vida digna e a não coisificação do ser humano.

Todavia, o que significa dignidade?

É inegável que com a evolução dos tempos, muda-se a cultura, a sociedade e com isso todo o ordenamento jurídico deve se atualizar em relação à realidade que está inserido. Logo, a conceituação da dignidade da pessoa humana também sofre alteração, há quem diga que viver com dignidade atualmente é ter direito a um lar, liberdade, igualdade, saúde básica, acesso aos meios de comunicação, direito de ir e vir e de fazer o que bem entende com a sua vida privada.

Vale ratificar os ensinamentos de Gustavo Tepedino:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido de não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento. (TEPEDINO, 1999, p. 48)

Em verdade, a dignidade vem como o núcleo que embasa a pessoa humana em todos os aspectos e ramos sociais, logo também deve ser usado e interpretado obedecendo às normas do direito de família, pois somente assim se estará conquistando um Estado Democrático de Direito, no qual as pessoas têm liberdades e os seus direitos garantidos, e se impede a coisificação do ser humano.

2.2 Pluralismo

A pluralidade familiar está consubstanciada nos novos arranjos familiares, pois felizmente a sociedade não é estática, se (a)molda, aperfeiçoa e cresce com o passar dos tempos, e com isso o direito e seus princípios devem estar também em consonância com as mutações sociais, justificando dessa forma o princípio da pluralidade familiar. Segundo Lôbo.

No caput do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução "constituída pelo casamento" (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução "a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos". A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.

A Constituição Federal de 1988 consagrou um novo panorama às instituições

familiares, principalmente quando atribui à união estável o mesmo tratamento dado ao casamento, bem como o reconhecimento da família monoparental.

Vale mencionar ainda o reconhecimento das uniões de pessoas do mesmo sexo, conforme disciplina o enunciado 524 do Conselho de Justiça Federal: "As demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família".

Além da disposição, a pluralidade familiar ainda ampara as famílias simultâneas, o que também é uma realidade dentro da nova esfera familiar. Não há como negar que existem uniões paralelas ao casamento e que essas merecem o devido reconhecimento. Pois uma mulher (ou homem) que viveu uma relação, nutrida de boa fé e transparência, merece amparo jurídico no caso de separação ou morte do parceiro, ainda que o mesmo fosse casado com outra mulher.

Para Maria Berenice Dias:

Negar a existência de famílias paralelas — quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis — é simplesmente não ver a realidade. [...] Verificada duas comunidades familiares que tenham entre si um membro em comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades. São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes têm filhos, e há construção patrimonial em comum. Não ver essa relação, não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes e filhos porventura existentes. (DIAS, 2009, p. 51)

Assim, o princípio do pluralismo familiar vem alcançando o seu lugar dentro do direito de família, para então promover aos entes uma vida digna, justa e livre.

2.3 Igualdade

O princípio da igualdade, previsto nos art. 5°, I e art. 226, § 5° do diploma Constitucional, é considerado como pilar de todos os outros concernentes ao direito de família, pois fomenta tratamento isonômico entre homens e mulheres, aos filhos e a toda formas de família existentes na sociedade atual.

Além da previsão constitucional, o diploma civil também contempla o referido princípio:

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. [...] Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Nas palavras de Elisangela Padilha:

O princípio da igualdade está intimamente ligado ao princípio da liberdade, haja vista que só existe liberdade se existir, concomitantemente e proporcionalmente, com a isonomia. Não existindo igualdade, existe dominação e sujeição, mas não liberdade. (PADILHA, 2017, p. 82)

Importa realçar que o princípio da igualdade protege também a união estável, pois a Constituição Federal de 1988 a equipara ao casamento, bem como se estende aos filhos que não poderão sofrer óbice de nenhum tipo de segregação, até porque "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" (arts. 227, §6°, CF e 1596, CC).

Dado isso, o princípio da igualdade não tem o objetivo de proporcionar privilégios a determinados entes, mas dar tratamento isonômico, baseado na igualdade material, o que significa que existem indivíduos diferentes dos demais e que merecem um amparo mais efetivo.

2.4 Solidariedade

A solidariedade familiar, dentro da órbita do direito de família, deve ser entendida como o respeito e a assistência mútua entre os membros, o dever de prestar alimentos aos filhos ou aos idosos, o dever de respeito e amparo, a assistência mútua dos cônjuges, dever de guarda e cuidados dos filhos e tantos outros direitos e deveres existentes dentro da ordem jurídica.

O mais interessante desse princípio é que ele surge de um dever conjunto do Estado e da família, sendo necessária a atuação de ambos para efetivação da dignidade humana, vale dizer, é preciso que haja a atuação de um para garantir o direito de outro.

A solidariedade vem prevista no art. 3°, I da CF:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Flávio Tartuce explica:

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento de alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil.

Com base nesse princípio é que o art. 226 da Constituição vislumbra a família como a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado, e desse modo é a importância da

atuação conjunta de ambos para a garantia de direitos e proteção dos demais membros.

2.5 Afetividade

A afetividade, embora não prevista na Carta Constitucional, é o instituto que une os entes familiares e guarda correlação com uma convivência saudável, feliz e duradoura entre os mesmos.

Cada família tem o seu jeito próprio de ser, de se constituir e de se amar, e tal panorama é visto com o conceito de família Eudemonista, a qual prima pela desburocratização do instituto, deixando de lado modelos ultrapassados e desumanizados de família, visando reconhecê-la por uma ótica social e afetiva.

Nas palavras de Andrade:

Eudemonista é considerada a família decorrente da convivência entre pessoas por laços afetivos e solidariedade mútua, como é o caso de amigos que vivem juntos no mesmo lar, rateando despesas, compartilhando alegrias e tristezas, como se irmãos fossem, razão para quais os juristas entendem por bem considerá-los como formadores de mais de um núcleo familiar.

Nestas pegadas, vale dizer que a família contemporânea tem como base o amor, sendo este construído e aprimorado ao longo do tempo, e cada família com as suas particularidades. O afeto deve ser interpretado como direito fundamental, levando em consideração que este fomenta a igualdade, o respeito, a união e a solidariedade entre os membros familiares.

3. O CONCEITO DA POLIAFETIVIDADE E O SEU RECONHECIMENTO COMO FAMÍLIA

O amor é múltiplo e infinito, ama-se independente da raça, classe social e opção sexual. É nesta linha de pensamento que surge a poliafetividade ou poliamor, como também é conhecido.

A concepção poliafetiva baseia-se na ideia de união entre mais de duas pessoas, estando as mesmas definidas pela noção de intimidade e reciprocidade. O poliamor muda com as peculiaridades do tempo e se aprimora de acordo com os sujeitos que se envolvem.

Importante se faz acentuar a elucidação de Maria Berenice Dias:

Há coração de todos os tamanhos e a capacidade de amar é infinita. Certamente todos já sentiram afeto por mais de uma pessoa. Ama-se pai e mãe; igual é o amor que se dedica aos filhos. Também se amam irmãos, tios, primos. Além destes, colegas e vizinhos. E de uma maneira muito, muito especial, se ama os amigos. Não mais se acredita que só se ama uma vez na vida. Mas quando se fala vínculos

afetivos sobrepostos – que sempre existiram – ainda são mal vistos.

Para Pablo Stolze Gagliano "Poliamor é a união de mais de duas pessoas, em que os seus participantes se aceitam dentro de uma relação múltipla e aberta" (GAGLIANO, 2008, p. 51-61).

Numerosas podem ser as formas de relações poliafetivas, existem uniões em que os membros relacionam-se somente entre si, ou os monogâmicos que decidem viver outro relacionamento fora do vínculo a dois, até aqueles que têm múltiplos parceiros, mas que escolhem viver sozinhos, sem nenhum tipo de vínculo amoroso.

Cada vez mais o poliamor tem mostrado as suas facetas, e isso não quer dizer que antes as pessoas não sentiam desejos e paixões. Um indivíduo pode ser poliamorista, entretanto, não demonstrar suas vontades, daí que surge o mito da monogamia e a prática constante do adultério. O ser humano é desejante por natureza, estudos demonstram que a sociedade nunca foi monogâmica, e que a prática da poligamia é comum no oriente e continente africano.

De acordo com psicóloga Noely Montes Moraes:

A etologia (estudo do comportamento animal), a biologia e a genética não confirmam a monogamia como padrão dominante nas espécies, incluindo a humana. E, apesar de não ser uma realidade bem recebida por grande parte da sociedade ocidental, as pessoas podem amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo. (Revista Galileu, reportagem "O Fim da Monogamia?" 2007, p.41)

Regina Navarro Lins, em seu livro "Novas Formas de Amar" comenta o relacionamento dos Na, conhecidos em chinês como "*Mosou*". Os Na vivem um relacionamento em que a mãe é o centro/base da família, adota-se um sistema de "casamento de visitas", no qual os homens saem de casa para visitar suas companheiras e o mais interessante é que tanto homens como mulheres podem ter vários parceiros.

Nota-se, no entanto, uma sociedade evoluída culturalmente e que não tem os seus desejos retraídos em razão de preconceito e da reprovação de terceiros.

A poliafetividade encontra-se cercada de intolerância, principalmente por parte do Judiciário brasileiro. Vale mencionar, que no ano de 2012, na cidade de Tupã, interior de São Paulo, foi elaborada a primeira escritura pública de reconhecimento de união estável entre um homem e duas mulheres.

Intensa foi a polêmica em relação ao reconhecimento desse núcleo afetivo, e o questionamento da validade dessa união, todavia não parece razoável que o Estado possa interferir nesse tipo de relação privada e reprimir direitos fundamentais, tais como liberdade,

afetividade e a dignidade humana desses entes, a ponto de frustrar reconhecimento jurídico a um relacionamento fundado na boa fé e transparência pública, bem como impor a monogamia a sociedade como princípio jurídico. Nota-se ainda, que a ordem jurídica não prevê nenhuma disposição em contrário, então por qual razão não reconhecer o instituto também como família sob o viés legal?

No entendimento de Maria Berenice Dias:

O princípio da monogamia não está na constituição, é um viés cultural. O código civil proíbe apenas casamento entre pessoas casadas, o que não é o caso. Essas pessoas trabalham, contribuem e, por isso, devem ter seus direitos garantidos. A justiça não pode chancelar a injustiça.

Neste passo, mostra-se talvez incompleto e inadequado à atual conjuntura o art. 1566 do Código Civil de 2002. Neste artigo o legislador tem a intenção de impor o modelo de família ideal, que se diz como aquele fundado no casamento, dispondo ainda a respeito da fidelidade recíproca dos entes e vida em comum no domicílio conjugal. Ora, será que o Estado deve dizer ao casal como se constituirá a sua relação conjugal?

Com a realidade atual, ambos os cônjuges podem optar por liames extraconjugais e se aceitarem e amarem igualmente ou até mesmo não morarem no mesmo domicílio, em razão de trabalho ou escolha própria.

A família é a base da sociedade e cumpre função social dentro dela, logo o papel do Estado deve ser garantir proteção integral à mesma, assegurando o seu desenvolvimento e promovendo aos seus membros a realização como ente humano, dotado de dependência, liberdade e igualdade. Uma vez desrespeitado isso, estará se configurando intervenção estatal desmesurada, e uma afronta aos anseios humanos e sua constante busca pela felicidade.

3.1 A Poliafetividade como entidade familiar na série "Eu, tu e ela"

"Eu, tu e ela" é uma série da Netflix que vem chamando atenção, principalmente pela polêmica do assunto abordado, que consiste no poliamor e na bissexualidade.

A trama exibe o conflito entre Jack e Emma, um casal que já esta há alguns anos juntos e sonham em ter filhos. Ocorre que a relação já caiu na rotina e aborrecimento, principalmente no que diz respeito à vida sexual, que consiste especialmente na reprodução. Mesmo frequentando a terapia Jack e Emma não conseguem colocar fim às adversidades e chegam ao ápice de mentir para terapeuta a respeito da frequência de suas relações.

Consequentemente, Jack, influenciado por um amigo, procura preservar o seu

casamento combinando um encontro com uma acompanhante. A moça em questão não prestava serviços sexuais, mas estava disposta a realizar passeios, jantares e ser alguém a quem Jack pudesse cortejar.

A acompanhante chamada Izzy é uma jovem bonita e sensual com cerca de 20 e poucos anos, que se encanta por Jack no momento do encontro, e Jack por ela. Hipnotizados pela química do momento o casal quase faz sexo. Entretanto Jack se sente culpado e vai para casa contar o ocorrido a sua esposa.

Emma fica enfurecida com o marido, mas deseja conhecer a acompanhante, marcando um encontro com a mesma. Tudo começa nessa ocasião, Emma e Izzy se sentem também atraídas e dão o seu primeiro beijo no banheiro do bar em que se encontraram.

O enredo retrata a realidade de um casal monogâmico que se apegou nos hábitos e rotina e viu a sua união ganhar um "upgrade" com a chegada de Izzy. O "trisal" por assim dizer, tem a mesma conexão e intensidade de afeto compartilhada, as suas relações sexuais de forma conjunta, moram na mesma casa e se aceitam entre si.

Contudo, Jack e Emma, enfrentam o preconceito e a rejeição dos vizinhos, parentes e amigos, arriscando até a sua carreira para manutenção da relação. É evidente que uma relação monogâmica tem infortúnios e obstáculos, seja heterossexual ou homossexual, pois conviver com outro indivíduo, seus defeitos e manias não tende a ser fácil, imagine-se então uma relação formada por mais de um membro.

Em contrapartida, em busca da felicidade e realização pessoal Jack e Emma assumem Izzy para o meio em que vivem como membro da união. Em síntese, a série pretende demonstrar o drama que os indivíduos que optam por viver relações livres estão sujeitos, principalmente por terem os seus desejos retraídos em razão da hostilidade de terceiros causando com isso a ruína de sua vida profissional e social.

É bem verdade que não é comum que os indivíduos se assumam poligâmicos. Quando alguém está em uma relação monogâmica e se sente atraído por um terceiro o primeiro instinto é ocultar o desígnio, e em seguida retrair o desejo e ter uma vida infeliz ou ser insidioso com o parceiro.

Em consonância com o acatado, cumpre colocar a questão sob a seara legal, há que se analisar a questão da monogamia dentro do ordenamento legal brasileiro, verificando se esse modelo de união merece espaço no instituto familiar e se as relações poliamorosas têm o condão de constituir união estável, dada a sua relevância e avanço na coletividade.

A poliafetividade não significa irrelevância para o direito, e embora não disciplinada expressamente no texto legal, não significa que o instituto seja proibido, pois é manso e pacífico que para surgir no direito é necessário que antes esteja presente no mundo dos fatos, é o que ocorre com o poliamor. O preconceito e a imposição da sociedade não devem servir de impulso para que esse tipo de união não tenha o devido reconhecimento jurídico.

Observa-se que a união demonstrada na série equivale ao "*trisal*" de Tupã, que realizou escritura pública para o reconhecimento de união estável entre um homem e duas mulheres. Neste passo, o enredo de "*Eu*, *tu e ela*" demonstra perfeitamente uma união embasada pela boa-fé, afetividade e reciprocidade, estando ainda presentes os requisitos caracterizadores da união estável, tal qual a convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família (art. 1723, CC).

Assim, ao mesmo momento em que a Constituição Federal de 1988 abre espaço para os novos arranjos familiares em seu artigo 226, a codificação civil afronta toda a ordem jurídico constitucional, impondo a monogamia à sociedade.

A monogamia, que pode ser uma opção desejável, particular e adequada a muitas pessoas, não ampara a simultaneidade familiar atual, pelo contrário, pode gerar exclusão e segregação de minorias que lutam pelo reconhecimento de seus direitos e de sua relação, não só no campo jurídico, mas também no meio social.

Postas tais premissas, seguem os ensinamentos de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

[...] se o enfoque do jurídico não mais se dirigir a um ente abstrato, mas à pessoa concreta, que na relação com seus familiares busca, mutuamente, à satisfação de uma felicidade coexistencial, a simultaneidade familiar — muito mais ampla e multifacetada que a bigamia — pode se apresentar como realidade com alguma relevância jurídica, não mais na seara do desvalor, da sansão, mas, sim, da proteção das pessoas que se inserem no âmbito dessa pluralidade de relações familiares em núcleos distintos. (RUZYK, 2005, p. 23-24)

É inegável que o tema ainda é muito recente e carece de discussão e amadurecimento jurídico, entretanto deve-se afirmar que a concepção de poliamor vai além do mero desejo sexual e pode representar a real intenção de constituir família.

A Carta Magna de 1988 garante a todos os indivíduos indistintamente direito a igualdade, liberdade e a uma vida digna, refletindo na autodeterminação sócia afetiva e sexual dos indivíduos.

Portanto, diante do exposto, cabe assinalar que não há legislação que vede a constituição de união estável por mais de duas pessoas, quando estas agirem de acordo com a boa-fé e estando presentes os requisitos caracterizadores da união estável, tais como

sentimento de afeto, relacionamento duradouro, público, honestidade, respeito e intenção de constituir família.

Finalmente, insta salientar que o Estado não tem aptidão para interferir nas relações privadas dos entes, a ponto de constranger direitos da personalidade e ferir valores fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de família sofreu diversas mutações ao longo do tempo. A Revolução Industrial e a Revolução Francesa trouxeram os ideais de dignidade, igualdade e fraternidade, priorizando as realizações pessoais, o afeto e a dignidade humana.

No Brasil, a instituição familiar ganhou novos moldes a partir da chegada da Carta Magna de 1988, especialmente no art. 266, que ampliou os arranjos familiares, deixando de lado a família formada exclusivamente pelo casamento, e abrindo espaço para a união estável e as famílias monoparentais.

A interpretação do art. 266 deve se dar de forma ampla e de modo que garanta igualdade e respeito a todos os novos núcleos familiares. A família cumpre função social dentro da sociedade hodierna, promovendo os requisitos essenciais para a existência humana.

Mesmo diante da carência de legislação, posições doutrinárias e jurisprudenciais, a poliafetividade não deve ficar desamparada em relação ao ordenamento jurídico, pois não é razoável nem aceitável a Constituição Federal promover igualdade e direitos fundamentais e a legislação infraconstitucional, afrontando a Carta, restringir tais direitos.

Logo, o Código Civil de 2002 consolida texto normativo que pode ser considerado desatualizado em tal aspecto, e que não corresponde às transformações sociais e aos desejos humanos, pois além de ir de encontro com valores fundamentais, não garante direitos que são inerentes às novas formas de família.

Vale dizer que a monogamia não deve mais ser vista necessariamente como único trilho ou opção de vida, ou como princípio orientador do direito de família, e as relações plurais também podem se estabelecer e serem respeitadas. Assim, diante da questão exposta, há que se deixar a ênfase de que o Estado tem função protetiva e a sua intervenção deve ser mínima, respeitando-se assim a autonomia privada dos indivíduos e os seus direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade dos sujeitos refletem na sua autodeterminação como

pessoa e ente humano, os seus desejos, pensamentos, sonhos, particularidades, valores e crenças. Dessa forma, as relações poliafetivas merecem reconhecimento jurídico, quando estão fundadas na boa-fé, transparência, afeto e intenção de constituir família.

Embora, o tema ainda mereça amadurecimento jurídico e discussão, fica claro que todas as formas de união devem ser protegidas, seja a família parental, monoparental, homoafetiva, sociafetiva, simultânea ou paralela, pois o Estado deve promover garantias e não chancelar direitos é causar prejuízo às minorias.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. 208p.

ANDRADE, Camila. **O que se entende por família eudemonista?** Artigonal. Diretório de Artigos Gratuitos. 03 out. 2008. Disponível em: https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/117577/ o-que-se-entende-por-familia-eudemonista-camila-andrade>. Acesso em: 02 mar 2018.

Assessoria de comunicação do IBDFAM. **Escritura reconhece união afetiva a três**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite. Acesso em: 05 ab. 2018.

BRASIL. Código civil, 2002. Código civil. 53.ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

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

DIAS, Maria Berenice. **Amores plurais**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13072)Amores_plurais.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª edição, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) amante - na teoria e na prática (dos Tribunais)**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1841, 16 jul. 2008. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/11500. Acesso em: 09 mar. 2018.

LINS, Regina Navarro. **Novas formas de amar**. São Paulo : Planeta do Brasil, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Repersonalização das Relações de Família**, in O Direito de Família e a Constituição de 1988, Coord. Carlos Alberto Bittar, São Paulo : Saraiva, 1989.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Cidadania**. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte. Del Rey, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: para além do numerus clausus. Disponível em: Acesso em: 14 de março de 2018.

PADILHA, Elisângela. **Novas estruturas familiares**: Por uma intervenção mínima do estado.

1ª edição, São Paulo : Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo Código Civil**. Coord.: Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 4º edição, Rio de Janeiro : Forense, 2012.

REVISTA GALILEU, reportagem "**O Fim da Monogamia**?", Editora Globo, outubro de 2007.

ROSA, João Guimarães. **Grande sertão**: veredas. 2. ed. Rio de Janeiro : José Olympio Editora, 1958.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios de direito de família brasileiro**. Seminário Virtual Temas Atuais do Direito de Família. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_%20artigos_leitura&artigo_id=1036. Acesso em: 20 ab. 2018.

TEPEDINO, GUSTAVO. **Temas de direito civil**. Editora Renovar : Rio de Janeiro, 1999.

V Jornada de Direito Civil. Disponível em:

http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/593. Acesso: 20 fev. 2018.

"NOJOOM, 10 ANOS, DIVORCIADA": DIALOGANDO SOBRE O "CASAMENTO INFANTIL" A PARTIR DA PERSPECTIVA JURÍDICA BRASILEIRA

Carla BERTONCINI⁴⁹ Fabiani Daniel BERTIN⁵⁰

RESUMO

Partindo de uma análise interdisciplinar, o Direito é apresentado sobre as lentes cinematográficas para um convite à análise de um dos temas mais intrigantes da atualidade: os casamentos infantis. Primeiramente, a discussão é desenvolvida através da análise do filme "Nojoom, dez anos, divorciada", baseado em fatos reais, no qual é tratada diretamente a temática. Em seguida, a análise é embasada por dados encontrados em pesquisas de âmbito internacional sobre o assunto, para, só então, adentrar, especificamente, sobre a (in)existência do problema no território brasileiro. É um convite à reflexão partindo da vida conturbada de uma criança de dez anos. Mesmo a história tendo, como pano de fundo, o contexto histórico cultural do Iêmen, será possível perceber a existência de Nojoon's muito mais perto do que se pode imaginar.

PALAVRAS-CHAVE: Interdisciplinaridade - Casamento Infantil - Direitos Humanos

ABSTRACT

Based on an interdisciplinary analysis, the Law is presented on cinematographic lenses for an invitation to the analysis of one of the most intriguing themes of the present: children's marriages. Firstly, the discussion is developed through the analysis of the film "Nojoom, ten years, divorced", based on real facts, in which the subject is addressed directly. Then, the analysis is based on data found in international research on the subject, only then to enter, specifically about the (in) existence of the problem in the Brazilian territory. It is an invitation to reflection from the troubled life of a ten-year-old child. Even history taking into account Yemen's cultural historical context, it will be possible to perceive the existence of Nojoon's much closer than one can imagine.

KEY WORD: Interdisciplinarity - Children's Marriage - Human Rights.

INTRODUÇÃO

Partindo de uma perspectiva interdisciplinar, tendo o cinema como instrumento, este

- 49 Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino ITE (2001) e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC (2011). Atualmente é professora adjunta (Direito de Família e Sucessões) da Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP, Campus de Jacarezinho, e professora de Direito de Família das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). E-mail para contato: bertoncinicarla@uol,com.br
- 50 Mestranda em Ciência Jurídica, Bacharela em Direito (2016) e Licenciada em História (2011), ambos pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus de Jacarezinho. Especialista em Gestão Pública pela Faculdade São Brás, Curitiba (2015). Pós graduanda em Direito Público pelo Complexo de Ensino Luiz Flávio Gomes (2017-2018). Integrante dos Grupo de Pesquisa "INTERVEPS Intervenção do Estado na vida das pessoas", e "Direitos fundamentais e a sistematização precedentalista vinculante no Brasil", ambos da Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail para contato: fabi.direito.ziron@gmail.com

trabalho tem, como destinação principal, refletir sobre um dos temas mais complexos e atuais: os casos de casamento infantil.

No primeiro momento, e não poderia ser diferente, será analisada a necessidade do diálogo do Direito com outras disciplinas, ainda que de forma breve, o que só tem a contribuir para o enriquecimento, interpretação e aplicabilidade da Ciência Jurídica, especialmente através do uso do cinema como ferramenta de trabalho interdisciplinar.

Posteriormente, será apresentado o instrumento pilar desta proposta: a obra cinematográfica "Nojoom, dez anos, divorciada", filme baseado em fatos reais no qual narra a conturbada vida da pequena Nojoom ao expor um de seus principais dilemas: a realização de seu casamento e divórcio aos dez anos de idade. Embora seja contada a partir de um contexto histórico social típico do Iêmen, não há como negar as similitudes do caso com o que tem ocorrido por todo o mundo. O filme dará início à reflexão, sendo notável que Nojoom transpõe barreiras geográficas, podendo ser encontrada nas mais variadas culturas.

Em seguida, o tema central do trabalho será abordado. Por óbvio que a limitação espacial deste trabalho muito limitará a análise do tema, sendo este demasiadamente complexo para ser tratado ao longo de um artigo. Entretanto, tal proposta é para chamar a atenção do leitor sobre a existência do problema, agindo como um convite à reflexão. Dito isso, o tópico levantará a questão dos casamentos infantis em esfera mundial, apresentando algumas das pesquisas sobre o assunto, bem como as possíveis justificativas, embora todas sejam descabidas e injustificáveis, para tal prática.

Por fim, chega-se à última parte e, por que não, a mais intrigante dela: refletir se no Brasil, haveria casos de casamentos infantis ou se estaria o país imune a esses fatos. Como se verá ao longo do exposto, o termo casamento infantil — quando referente ao Brasil — será usado mediante uso de aspas ao passo em que no país não há previsão jurídica formal para tal ocorrência.

Desse modo, o trabalho, tem como função, despertar a análise de um tema, ainda hoje, tão pouco explorado - apesar da relevância a ele atribuída em razão das consequências práticas nele imbricadas — convidando o leitor, através da história de Nojoom, a um início de reflexão sobre algo que está mais presente do que se pode imaginar.

O DIÁLOGO ENTRE DISCIPLINAS A SERVIÇO DA MELHOR COMPREENSÃO JURÍDICA: CINEMA E DIREITO COMO POSSIBLIDADE

A formação profissional nunca esteve tão em evidência como nos últimos tempos, não sendo menos expressiva na área jurídica. Isso porque já não basta ser diplomado e pós graduado em um curso de nível superior, há que se ir além, há de se buscar pelo destaque como alguém disposto a romper as entranhas de uma formação pautada pelo viés tradicional, tomando caminho, sobretudo, rumo à construção de um indivíduo apto a desenvolver seu trabalho a partir de uma perspectiva cada vez mais humanizada.

No Direito, isso é pulsante, emergencial, especialmente por conta da função social a ele atribuída, como ressaltado por Mossini (2010, p. 36) "Ao perseguir a excelência acadêmica, o ensino jurídico deve buscar formar profissionais autônomos, intelectual, moral e eticamente, para atuar na realidade, conscientes do papel que devem desempenhar no fortalecimento da democracia, na busca da atenuação das desigualdades sociais."

Por óbvio pelo simples fato de ser essa ciência a responsável por manter o equilíbrio harmônico da sociedade. Assim, envolve diretamente relações entre os mais diversos indivíduos, cada qual com suas peculiaridades, sendo fundamental que o seu trato seja pautado por valores humanísticos. Quanto a isso, explica Rodrigues (1992, p. 267): "Constata - se, portanto, a necessidade de um estudo interdisciplinar do Direito, englobando uma análise que leve em consideração de um lado as várias disciplinas jurídicas e de outro aquelas que lhe são afins e que podem contribuir na sua compreensão."

Daí a importância de pensar a Ciência Jurídica pelos olhos do grande amálgama de possibilidades, dialogando o Direito com as mais diferentes disciplinas — não somente às denominadas de "afins", tradicionalmente falando, mas de tantas outras das quais seja possível filtrar algo produtivo e inovador - contribuindo para que seus estudiosos e aplicadores desenvolvam um alargado campo de formação, lucrando com isso todos aqueles que, com tal ciência, cruzarem pelos caminhos. Desses novos rumos e sobre tal diálogo necessário, Mossini (2010, p. 46) esclarece:

Portanto, a formação do jurista para estabelecer uma adequada sintonia com os novos rumos do Direito vai exigir um *ethos* cultural claramente interdisciplinar, a partir de certa ênfase no ensino e na prática dos Direitos de nova geração, com o estudo também de todas as dimensões sociais, políticas, econômicas e culturais que esses Direitos encerram naturalmente.

Como sabido, no Direito, essa dimensão de diálogo é mais palpável, quando considerado o fato de ser ele próprio uma ciência mesclada pelo forte enlace cultural. Historicamente, como apresentado por Unger (1979) em sua obra "O Direito na Sociedade Moderna: contribuição à crítica da teoria social", a construção jurídica ganha moldes e, ao

mesmo tempo, se refaz numa constante transformação de culturas, cada qual herdada de seu tempo, influências e perspectivas. Assim, não há como concebê-lo como algo pronto, acabado ou, ainda, isolado. Ao contrário, o Direito se apresenta com suas mais variadas facetas, devendo ser analisado e compreendido por meio do contexto no qual se refaz e, conjuntamente, às demais ciências com as quais coexiste.

Dentre tais diálogos, eis que um ganha, aqui, maior destaque: o cinema. Timidamente, o mundo da arte tem mantido cada vez mais proximidade e coerência junto à abertura de diálogos sobre os mais diversificados temas jurídicos, o que se apresenta como algo positivo. Isso porque torna efetiva a proposta interdisciplinar e, ao mesmo tempo, leva debates, por meio de suas produções, até então restritos à academia, a um número significativo e pluralista de telespectadores, articulando Arte e Ciência Jurídica de uma forma promissora no que tange à proposta de um trabalho interdisciplinar. Quanto a isso, ressalta Almeida (2009, p. 38):

O cinema é um produto da cultura humana e, sendo assim, retrata intencionalmente ou não a condição do homem, de seu tempo, de seu lugar no mundo. O Direito, como fenômeno histórico que é, expressa-se num contexto humano de poder, de interações, vez que se propõe a estabelecer, dirigir e controlar comportamentos para assegurar um convívio humano conveniente.

O estudo do Direito exige, atualmente, uma formação geral, ampla e articulada com outras áreas do saber e do conhecimento humano, ainda que se expresse em linguagem e textos, que a ele são peculiares. De forma idêntica, o cinema – arte e indústria própria do século XX – para se fazer linguagem combina texto, música, cor, artes cênicas para expressar situações humanas que também podem ser estudadas numa visão jurídica.

Não restam dúvidas do quanto é o cinema um instrumento convidativo. Se atrelado ao ensino jurídico, há se convir que seu uso em conjunto às doutrinas e debates jurídicos, tendem a despertar interesse por temas que, vistos de forma tradicional, não chamariam tamanha atenção.

Por certo, e há de ser feita tal ressalva, não se pretende, aqui, apontar uma banalização das disciplinas jurídicas, desvinculando-as do modo como até hoje são ensinadas, o que seria demasiadamente perigoso. Ao contrário, a intenção é justamente propor que aquilo que, por tanto tempo, foi passado aos moldes tradicionais, ganhe nova roupagem sem, contudo, romper com o até aqui conquistado, almejando uma ressignificação, uma possibilidade de trabalho como trazido por Pereira (2012, p. 103): "Nesse sentido, o direito pode se aproveitar da prestação de complexidade que a arte lhe oferece e produzir novas semânticas, ressignificar as já existentes."

E além do exposto sobre a contribuição do uso interdisciplinar aplicado ao Direito,

há, também, de ser ressaltado o fato de o filme favorecer no que tange ao desenvolvimento do altruísmo, tão ausente nos dias de hoje, ao passo em que o apelo de vida trazido por seus personagens despertam a sensação de se colocar no lugar do outro, de pensar como o outro e de sentir os medos e angústias representadas pelo personagem, ainda que, muito rapidamente, assumindo o filme o status de instrumento para análise da percepção da realidade, como anunciado por Modro (2009, p.26):

O filme pode ser um estímulo para uma aprendizagem mais ampla de determinado assunto, visto que o cinema incorpora diversas linguagens abrindo inúmeras possibilidades semióticas de percepção da realidade circundante. Pode-se trabalhar a linguagem visual dos filmes explorando as possibilidades de interpretação de suas imagens, diálogos, reconstrução de períodos históricos, as marcas enunciativas, as relações pessoais e sociais, os possíveis valores morais, éticos, educacionais e didáticos.

Assim, o cinema como mecanismo, estabelece diálogo com o Direito e contribui ao desenrolar de uma aprendizagem direcionada ao viés mais humanitário e menos tecnicista. Sobre isso, explica Lima (2010, p 11):

O cinema mostra-se propício para facilitar a experiência de colocar-se no lugar do outro, devido à fusão quase entusiástica de várias artes numa só. O espectador identifica-se com os personagens, num movimento em que imagina outras vidas possíveis, aquelas dos personagens e que podem atrair ou causar forte repulsa, levando-o a refletir de modo diferente do habitual. Essa seria uma espécie de educação moral pelo olhar, porque o leva a experimentar diversas visões de mundo para formar a sua própria, pois a ideia de um conhecimento que venha a ser a exata correspondência com a realidade é uma ilusão

Desse modo, relacionar e utilizar a arte cinematográfica ao ensino jurídico é promover a interação de áreas tão distintas - nas quais o uso da emoção e da razão são apresentadas em eixos tão opostos, mas ao mesmo tempo tão imbricados – mas prol de um mesmo objetivo: ensinar sobre o prisma da reflexão, da humanização do debate, devendo ser o mais aberto possível às variações culturais, sociológicas, históricas e metodológicas nas quais o Direito está inserido. Quanto ao desenvolvimento dessa sensibilidade, no que diz respeito à educação jurídica, explica Dobarro (2006, p. 144):

Como ferramenta educacional na educação jurídica o cinema é extremamente útil para a sensibilidade e para a imaginação, já que o mesmo em sua locução audiovisual proporciona o assunto, o tópico, a epístola, a efetivação.

Dessa forma, como mecanismo, e não como fim em si mesmo, a aplicabilidade cinematográfica ao ensino jurídico possibilita que seu intérprete, estudioso e aplicador possam refletir sobre variados contextos - ainda que em ordenamentos jurídicos diversificados, de modo atemporal – sobre temáticas que, por vezes, passam despercebidas aos olhos práticos, mas que existem às sombras e podem ser vislumbradas através de uma releitura da arte

denunciadora pelo prisma de cada legislação pátria, como trazido por Modro (2009, p. 37):

Enfim, ainda que haja diferenças no sistema jurídico, em sua essência há possibilidades de leituras pertinentes e que possibilitam não apenas o aproveitamento daquilo que é análogo como ainda possibilita, em muitos casos, uma possível linha de análise comparativa

Isso porque a proposta advinda da interdisciplinaridade na formação de profissionais do Direito tem como escopo avançar e ir além das muralhas teóricas de uma ciência que já não pode mais sobreviver às mínguas de um engessamento em si mesma, mas que deve, sobretudo, alçar voos em busca de uma melhor efetividade em seu campo prático social, visando à humanização de algo que, por si só, tem por dever ser humanizado.

"NOJOOM, 10 ANOS, DIVORCIADA": A DENÚNCIA POR TRÁS DAS TELAS

O real, o surreal, a arte, o cinema... assim, fatos cotidianos – e algumas vezes nem tão cotidianos assim – dão ensejo a um mundo imaginário por traz das telinhas de cinema. Seja sonhando com mundos irreais, seja inspirando romances, ou mesmo relatando dor, paixões, sofrimentos intrínsecos ao homem, quando as luzes do cinema se apagam, a expectativa é a mesma: transcender os limites da emoção e desfrutar de momentos capazes de aflorar a sensibilidade dos mais durões. Luz, câmeras, ação! A história começou...

Ou, no caso da obra aqui abordada, a história terminou e o filme é apenas o sussurro aliviado de quem viveu na pele as incertezas de um roteiro que poderia não ter tido um desfecho feliz. Assim, é a intrigante, provocante e não tão incomum história da pequena Nujoodi Ali, a pequena, mas tão desafiadora criança que, aos dez anos de idade, recorreu às portas do judiciário, mesmo envolta num contexto culturalmente limitador aos direitos da mulher, a fim de obter seu divórcio, fruto de um casamento arranjado por seu pai, de um homem cerca de duas décadas mais velho do que ela.

A história se passa no Iêmen, onde não há limitação de idade para o instituto do casamento, o qual se dá através de arranjos, geralmente, estipulados e consentidos pelo pai na noiva e, como troca, é dado um dote. Se considerada a pobreza disseminada do lugar, a família da mulher, também, considera o casamento como uma forma legítima de reduzir "uma boca"; afinal, as famílias são numerosas e quanto mais cedo os filhos saírem da casa dos pais, mais tranquila seria a sobrevivência daqueles que permanecem na casa com eles.

No enredo, a família de Nujoodi, na trama chamada por Nojoom, é extremamente pobre e vulnerável às mais adversas situações econômico sociais para os que lá vivem. Além

disso, a tradição religiosa, severamente seguida, a concepção de que as mulheres devem obediência ao pai e a interpretação da lei local de que quanto mais novas se casarem melhor para a honra da família foram atributos nos quais se baseou a decisão paterna de que era o momento propício para selar o casamento da pequena.

Entretanto, apesar da pouca idade e das condições desfavoráveis, a menina, desde a notícia do casamento, se mostrou contrária ao ato. Ela era apenas uma criança e, ao seu modo, sabia disso. Em uma das cenas, o pai, ao fechar o acordo matrimonial perante um chefe religioso, menciona e define que a consumação se daria somente quando a menina menstruasse. Para eles, a menstruação é sinal de que a menina seria mulher, sendo irrelevante o fato de que a mesma poderia menstruar aos onze ou doze anos, sendo, portanto, uma criança ainda.

Outro fator destacado é, quando já com trajes de noiva, a pequena retira o vestido e sai para brincar, exercendo sua infância, mal sabendo o que a esperava. Também, nessa cena, outro ponto que chama a atenção é que a menina passa em frente a uma loja e se encanta por uma boneca. Sabendo que não poderia pedir aos pais, tem a ideia de vender sua aliança para compra o brinquedo, o qual será destruído por seu marido num ato continuo de fúria, violência, covardia.

Mesmo sendo criança, ela destoava das meninas de sua idade e não aceitava a ideia de se casar tão cedo. Contudo, apesar de não entender ao certo sobre o porquê de sua resistência ao matrimonio, a menina foi forçada a se casar, sob as ordens do pai.

Após a cerimônia, a criança acompanhou o marido e foi morar com ele e a sogra. Lá aconteceria uma das piores formas de violência que a pequena poderia ter enfrentado. Já tendo sua voz negligenciada, seus sonhos ofuscados e sua infância roubada, a pequena seria, também, alvo de uma tortuosa e sangrenta violência sexual. Seu marido, que havia se comprometido em não consumar a união, o fez na primeira oportunidade, destruindo, também, a dignidade de mulher que ainda restava à pequena.

Daí em diante, uma série de sucessivos atos das mais variadas formas de violência cercam a trama. A menina era abusada, espancada, estuprada, morta em vida. O agressor era o marido honrado, viril, proprietário da esposa de dez anos, senhor bem visto aos olhos da aldeia e, principalmente, temente a Deus. A sogra a fazia de empregada e sempre deixava claro o fato de que a esposa deve honrar com seus deveres e não fazer seu marido esperar, possivelmente resquício cultural de seu povo.

Após muitas surras, feridas, tanto do corpo quanto de sua dignidade, a menina, cansada de clamar por ajuda - principalmente por sua família, quando, em uma das cenas, foge para ser acolhida pelos familiares e seu pai a devolve ao marido — e desesperada pela sequência de estupros físicos e psicológicos praticados pelo esposo, após tentar o suicídio, decide por viver, e dá início a mais uma tentativa de fuga, dessa vez tendo como destino o tribunal.

Quase pega pelo marido, a pequena adentra em um taxi que a deixa às portas do tribunal. Para ela. a certeza de que aquela seria sua última tentativa, pois sabia que as forças já lhe eram ausentes e que não sobreviveria por muito tempo. Lá, foi recebida e, meio perdida de quem ao certo procurava, entrou na sala de um dos juízes, aguardando sua vez para falar. Não falou! Era criança, estava sozinha, era mulher. Não lhe cabia sequer estar ali, muito menos se queixar de algo. Porém sua presença incomodou o juiz de plantão que, ao término das audiências, indagou à pequena sobre o que a levara ao tribunal.

Em tom meio acanhado, mas certa do que queria, Nojoom apenas disse "Quero me divorciar." O juiz surpreso disse que ela era apenas uma criança e ficou inconformado com fato da pequena ser casada. Ele disse que não havia leis proibitivas do casamento, apesar da idade da menina, mas que pensaria numa forma de ajudá-la, pois ficou perplexo de uma criança passar por tudo o que Nojoom lhe contou que havia passado.

Após isso, vendo a solidão da menina e ciente de que seus pais a obrigariam a voltar para a casa do marido, o magistrado a levou para a casa dele, onde sua esposa e sua filha – com pouco mais idade do que Nojoom - a receberam com muito carinho.

Após isso, tanto o pai quanto o marido da menina foram encontrados e levado presos perante o juiz. À menina foi concedida uma advogada a fim de ajudá-la na defesa e batalha pelo divórcio. Pai e marido usaram do mesmo argumento: o pai consentiu com o casamento e não havia mal algum em sua consumação. Para eles, a religião permitia e como a lei não proibia não haveria crime algum em ser a menina casada e ter relações com seu esposo. Era algo normal e o juiz é que havia se intrometido em questões referentes à família, excedendo seu limite de interferência e prejudicando a vida dos dois que eram homens de bem.

Já a menina, a maior vítima, era novamente violentada, agora em público, ao ter que ouvir que todas as violências por ela sofrida eram apenas exercício do direito de esposo, ao qual nem deveria questionar.

Indignados com situação que, aos olhos do pai e do marido era uma vergonha para

eles, repercutia na mídia, os presos pediram a presença de seu chefe religioso que deveria auxiliar na audiência como se fosse um advogado. A intenção de tal chefe era de que a menina fosse devolvida ao marido, ao passo em que ela a ele pertencia.

Entretanto, ao notar o desespero da criança, a inflexibilidade do juiz no que tange à desistência do divórcio e da repercussão do caso, o chefe questionou Nojoom se ela desejava voltar para a casa com seu esposo. A resposta, desesperada como se percebe da cena, por óbvio, foi negativa. Frente a isso, o chefe determina que o marido dê o divórcio, o que é aceito por ele e confirmado pelo juiz.

Ao fim, Nojoom aparece feliz entrando em uma escola. Ela reconquista seu espaço, tem sua voz devolvida e cria expectativas de, a partir da busca pelo conhecimento, construir um futuro melhor.

O filme é fruto da história real da pequena Nujood Ali que, em 2008, chocou o mundo com a notícia alarmante de seu divórcio, isso aos dez anos de idade. O filme trata de um assunto de extrema relevância, o casamento infantil, que tem vitimado crianças ao redor do mundo, mas que ainda muitos fazem vistas grossas justificando o ato como aceitação religiosa ou cultural.

Tentativa frustrada de se justificar o que não se justifica. Casamento infantil é sinônimo de violação de direitos, de perda de dignidade, de massacre da infância, de morte em vida, de milhares de Nojoom's encarceradas e estupradas por insanos, por covardes, e por todos os que negligenciam o problema.

CASAMENTO INFANTIL E VIOLAÇÕES DE DIREITOS: UM GRITO DE SOCORRO

Dentre os inúmeros temas preocupantes em âmbito internacional está o casamento infantil. Alvo de críticas, comoções, indignação, reflete o sofrimento, a tortura e a violação de direitos pelos quais milhares de crianças, em sua maioria meninas, têm passado, muitas das vezes, com justificativas respaldadas pelo prática da obediência a religiões, ou por questões culturais nas quais se acredite que, ao casar precocemente, a criança estaria protegida e a honra da família livre de quaisquer máculas e, ainda, sobre a possibilidade de que o casamento traga vantagens econômicas aos pais, como apontado pela página da MINIONU (on-line, 2017) sobre pesquisas a respeito do assunto. Quanto a isso, ressalta Alcantara (2016, online):

O casamento infantil é uma prática que ocorre em todo mundo, seja por motivos culturais ou sociais; há lugares que crianças são forçadas a contrair matrimônio por costumes de seus ancestrais, leis religiosas, sociedades arcaicas, mas estatisticamente o casamento infantil é uma das consequências da pobreza, aumento populacional, desestrutura das famílias ao redor do mundo. A desestrutura é tanta que há pais que alegam que o casamento é uma forma de proteger as crianças ou aliviar as dificuldades econômicas.

Sem dúvidas, esse ato viola direitos, restringe liberdades e acarreta consequências a curto, médio e longo prazo na vida daqueles que figuram como vítimas do ato. Os dados são alarmantes e, infelizmente, têm aumentado ao longo desses últimos anos. Conforme expresso pela página MINIONU (on-line, 2017):

Segundo a UNICEF, o maior índice de crianças que sofrem com o casamento precoce está localizado na África Subsaariana, onde 40% das crianças do sexo feminino se casam antes dos 18 anos. Em seguida, podemos citar a América Latina e o Caribe. De acordo com dados da Organização das Nações Unidas (ONU), cerca de 23% dos casamentos no continente acontecem quando uma das pessoas são menores de idade. Já no norte do continente africano e no Oriente Médio, a ocorrência é de 18%. Por fim, no continente asiático cerca de 5% das crianças são vítimas da prática (UNICEF, 2017). Ademais, de acordo com a ONU (2017) em 2030, o número de mulheres que poderão ter se casado na infância e adolescência pode chegar a 1 bilhão.

Trata-se de um problema, como visto, de abrangência mundial. Nos mais variados países há a incidência da prática, contudo, sua maioria ainda é encontrada na África Subsaariana. Entender as causas e consequências de tai união tem sido a meta de ONG's espalhadas pelo mundo a fim de que esse quadro estatístico possa ser drasticamente reduzido.

A urgência maior é o trabalho de conscientização. Isso, porque em grande parte dos casos, o casamento infantil se apresenta como algo normal à determinadas culturas, sendo um trajeto comum e sem obstáculos a ser percorrido por meninos e meninas. O que precisa mudar!

Conforme divulgado ao fim do ano de 2017 por jornais de circulação mundial, a exemplo do *G1-GLOBO*, o casamento infantil tem atingido cerca de 20 mil meninas por dia, sendo que há casos com pouco mais de dez anos de idade: "De acordo com estimativas do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), 15 milhões de meninas se casam todos os anos antes de completarem 18 anos de idade – algumas delas pouco depois do décimo ano de vida. Metade desses casamentos são ilegais."

Quando isso acontece, há uma sequência de direitos afastados, tais como: ficam impossibilitadas de um crescimentos e desenvolvimento sadio ao lado do convívio com seus familiares; são privadas do acesso à educação; sofrem os mais variados tipos de violência – principalmente a sexual, pois são molestadas, estupradas e espancadas; muitas engravidam

precocemente, vindo a óbito por conta de seu corpo não estar preparado para uma gestação; assumem a responsabilidade do cuidado de uma casa e de uma família, trabalho este descabido a qualquer criança; são espancadas física, moral e psicologicamente por seus companheiros, em sua maioria duas ou três décadas mais velhos do que elas. A infância lhes é roubada, a dignidade lhes é arrancada. Não há nada de normal nisso. Em relação a isso, adverte Tavares (2017, online):

> Uma menina casada antes de ter capacidade jurídica para tomar suas próprias decisões e ter atingido sua plena maturidade física, emocional ou mental pode sofrer consequências negativas, incluindo a gravidez precoce, abuso e menos oportunidades educacionais. Esses danos afetam não só a própria menina, mas também suas famílias e comunidades. Entender melhor tais consequências tem sido em parte um catalisador para mudanças.

A batalha tem sido árdua, embasada em legislações e pesquisas de cunho internacional, isso porque é um problema que transcende fronteiras e suas consequências causam danos irreversíveis. Com base nisso, uma das principais bases legais consiste na aplicação da CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, oficializado, no ano seguinte, como lei internacional. Conforme dados da UNICEF, é o instrumento que trata de direitos humanos mais aceito em nível mundial, exceto pelos Estados Unidos da América, ao passo em que busca pela vigilância e efetivação da defesa de direitos da criança nos mais diversos aspecto, tal como a proibição do casamento antes de completado os 18 anos de idade.

Em relação a esse documento, é possível notar que, consta expressamente em parte de seu preâmbulo, a preocupação com a criança vai além dos limites individuais de cada nação, mas trata-se de um preocupação coletiva em que a todos cabe o zelo pela observância de tais direitos, a fim de que os pequenos estejam menos expostos a riscos capazes de macular sua dignidade como próprios seres humanos que são. Quanto a isso, o fim de seu preâmbulo (1990, p. 4) contido em cópia da referida Convenção disponibilizada na página online da UNICEF, anuncia:

> Reconhecendo que em todos os países do mundo há crianças que vivem em condições particularmente difíceis e que importa assegurar uma atenção especial a essas crianças;

> Tendo devidamente em conta a importância das tradições e valores culturais de cada povo para a proteção e o desenvolvimento harmonioso da criança;

> Reconhecendo a **importância da cooperação internacional** para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países, em particular nos países em desenvolvimento;

Acordam no seguinte:

(grifo nosso)

Como visto, trata-se de uma união de nações em prol de um bem comum: dar maior segurança e efetividade aos direitos da criança, sendo elas a prioridade em grande parte delas. E, logo em seu artigo 1º, o texto cuida da limitação de idade na qual conceitua os indivíduos considerados crianças: "Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo."

Portanto, como regra geral, são considerados crianças os indivíduos menores de 18 anos, havendo a possibilidade de que a lei do país que lhe for aplicável preveja que o alcance da maioridade seja alcançado mais cedo. E a preocupação se deve ao fato de que, conforme estimado por pesquisas realizadas pela UNICEF, em parceria com demais ONG's, o número de casos tem aumento desenfreadamente, podendo chegar a cerca de 1 bilhão até o ano de 2030. Nesse sentido, é o alerta de Alcantara (2016):

O art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que criança é todo ser humano com menos de dezoito anos de idade[1], logo casamento infantil é todo e qualquer ato que une uma criança a outra criança ou a um adulto. Segundo a UNICEF, Fundo das Nações e a UNFPA apesar das proibições cerca de 37 mil casamentos de crianças ocorrem todos os dias[2] e há uma previsão de que até 2030 o número de mulheres e meninas que terão casado durante a infância chegue a 1 bilhão

Por certo, o texto todo da Convenção dispõe sobre diversos eixos temáticos, mas, tendo em vista da proposta aqui assumida de levantar o debate, especificamente, sobre o casamento infantil, há de ser restrito a isso o enfoque da análise de tal Convenção. Quando o casamento infantil é permitido, uma gama de direitos previstos na referida Convenção sofre violações.

Na sequência de violações, tendo como base a destruição da dignidade humana de tais indivíduos, seguem a violação do acesso à exprimir suas vontades e expressões (art. 12, 13); a dificuldade em usufruir de um nível de vida suficiente ao seu desenvolvimento intelectual, físico, mental, espiritual e moral (art.27); o acesso negado à educação (art. 28); o impedimento de ter de momentos de laser, típicos à sua condição e idade (art. 31); do direito de ser protegido de toda e qualquer forma de violência sexual, dentre tantos outros direitos assegurados pela Convenção e estraçalhados frente à disseminação dos casos de casamento infantil. Sobre tais violações, complementa Alcantara (2016, online):

A Convenção sobre os Direitos da Criança, conforme dados da Unicef, é o instrumento de direitos humanos mais aceito e mesmo tendo força de norma cogente a referida convenção é violada quase que em sua totalidade quando permite-se que casamentos infantis aconteçam todos os dias. Uma criança ou adolescente que se casa perde o direito de ser livre; de viver em um ambiente sem violência; de ter

saúde, educação, enfim perde o direito de ser criança.

A repercussão e gravidade da questão é tamanha que a dedicação para enfrentá-la tem ganhado força e auxilio de ONG's localizadas pelo mundo, todas com o mesmo intuito: reverter esse quadro e minimizar as consequências dos atos já consumados. Através de pesquisas e de diálogos acerca do assunto, a intenção tem sido gerar maior conscientização entre os dirigentes das nações e, consequentemente, entre seus povos, a fim de que, por meio da informação, esse cenário drástico possa ser alterado. Entretanto, como já mencionado, a expectativa não tem sido das mais positivas, visto que, aproximadamente, 1 bilhão de crianças estarão nessa condição até o ano de 2030.

Dentre tais organizações está a FNPA (Fundo de População das Nações Unidas, a qual trabalha diretamente em conjunto com a ONU), atuante no Brasil desde 1973 e grande idealizadora de projetos visando à redução de desigualdades e promoção do desenvolvimento entre os povos.

Tal instituição, em parceria com o Banco Mundial e com a ONU Mulheres, apresentou, em março de 2017, um relatório sobre casamento infantil, a âmbito mundial e também focado na questão brasileira, no qual confirmou a urgência de ser dedicada mais atenção a esse problema tão delicado.

O relatório denominado "FECHANDO A BRECHA: MELHORANDO AS LEIS DE PROTEÇÃO À MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA", vem como proposta de reflexão sobre a violência praticada contra a mulher, sendo o casamento infantil uma de suas vertentes (2017, p. 1) e inquestionável a gravidade de sua repercussão no futuro de suas vítimas. Segundo a página das Nações Unidas no Brasil (2017, online) a respeito do referido estudo: "A cada ano, 15 milhões de meninas em todo o mundo se casam antes de completar 18 anos. Atualmente, mais de 700 milhões de mulheres casadas firmaram a relação de matrimônio antes de chegar a essa idade."

Embora não seja possível mensurar em números exatos o casamento de meninos, é notório que eles existem. Entretanto, resta claro que, quantitativamente, o número de meninas, nessa condição, é, demasiadamente, maior. Isso, inclusive, sendo percebido pelo gráfico apresentado no estudo, no qual relata a previsão de diferenças para idade núbil, sendo permitido às meninas se casarem, legalmente, anos antes dos meninos, restando evidente o fato de que tais diferenças são heranças advindas de uma construção histórico-cultural referente ao gênero.

Via de regra, a idade núbil é alcançada aos 18 anos, porém diversas legislações possibilitam que isso seja antecipado. Quanto ao assunto ressaltam as autoras do relatório (2017, p. 3):

A exceção mais comum permitindo que as meninas com menos de 18 anos se casem é o consentimento parental. Isso significa que as meninas podem noivar precocemente se seus pais assim o decidirem. Nesses casos, as meninas têm pouca — ou nenhuma — influência sobre quando se casarão. De fato, meninas menores de 18 anos podem se casar com consentimento de seus pais em mais da metade das economias onde a idade legal para o casamento é 18 anos. Equador e El Salvador, por exemplo, estabelecem a idade legal para o casamento aos 18 anos, mas uma menina pode se casar aos 12 anos com consentimento parental

Há, também, a Fundação Promundo que, em fins de 2015, apresentou estudo pioneiro realizado no Brasil - momento no qual foi constatado que o pais ocupa o lamentável 4º lugar no ranking mundial de países nos quais a prática do casamento infantil é constante, e o pior índice da América Latina, o que será melhor abordado no próximo tópico.

Como visto, embora de forma muito breve, a situação é extremamente delicada. Ainda que haja esforços conjuntos de variadas organizações governamentais e não governamentais quanto ao enfrentamento do problema, muito ainda há de ser feito – especialmente no que tange à conscientização – para que esse cenário tome novos rumos.

Mesmo com o surgimento de legislações e acordos em âmbito mundial, o número de vítimas — muitas delas sem ao menos terem consciência de sua condição como tais — tem aumentado desenfreadamente. Passos têm sido dados no sentido de um maior enfrentamento. Contudo, necessário é que mais e mais autoridades se debrucem sobre a questão, buscando por políticas de enfrentamento mais eficazes, tais como a possibilidade de responsabilizar, efetivamente, os Estados que se omitirem e negligenciarem o problema. Não há como simplesmente aceitar tais fatos sob o manto da cultura ou de quaisquer outras justificativas descabidas. É preciso mais, é preciso enxergar a situação como um transposição fronteiriça e combatê-la; não há tempo para esperas; essas meninas crianças clamam por socorro.

A (IN) EXISTÊNCIA DOS "CASAMENTOS INFANTIS" NO BRASIL: UM CONVITE À REFLEXÃO

Expresso no Texto Maior, um dos mandamentos pilares no que tange à família é o que a qualifica como base da sociedade, coberta sob os mantos da proteção do Estado, art. 226, *caput*. Por opção do legislador originário, tal instituição foi resguardada de maiores cuidados ao ser vinculada à Constituição - sendo os direitos e deveres a ela inerentes

atribuídos de modo mais analítico, em livro próprio, no próprio Código Civil – tendo em vista a grandiosidade do impacto social que dela se origina.

Tanto que, atualmente, o próprio conceito de família tem se concebido como algo aberto a mudanças, sendo possível a formação de arranjos familiares diversificados, fugindo da tradicional ideia de que para configurar a unidade familiar deveria a composição ser restritamente formada por homem, mulher e seus filhos. Por sorte, um avanço, fruto de uma batalha infindável de rompimentos de barreiras no que tange ao reconhecimento de igualdade e de efetiva aplicação de liberdade e isonomia, sendo irrelevante se nasce de um casamento ou mesmo de uma união estável, sendo o afeto o requisito essencial, como ponderado por Souza (2011, p. 117)

Tornou-se irrelevante perquirir se a família foi formada por meio do casamento, da união estável, de um simples namoro, de uma parceria entre pessoas do mesmo sexo ou da adoção realizada por uma pessoa solteira. Neste sentido, o direito à afetividade ou ao afeto é um direito de personalidade no tocante à estruturação da entidade familiar. O que se percebe é o desvínculo a um formalismo exacerbado que segregava socialmente alguns indivíduos. Não subsistem, dessa maneira, hierarquia entre filhos, distinções entre sexos ou preconceitos de qualquer espécie. O sujeito, a partir da nova perspectiva relatada, passou a escolher a forma de constituir sua família, sendo tal escolha sempre pautada no afeto.

Como visto, independe da forma como se constrói, desde resguardada pelos limites legais, pautada pelo afeto, pelo consentimento mútuo e pelo ânimo de constituir a unidade familiar, deve a instituição ser reconhecida pelo Estado. E quando se fala em requisitos legais, que sejam aqui compreendidas as exigências mínimas de respaldo de direitos, sem as quais a instituição familiar correria o risco de encontrar obstáculos à sua formação.

Assim, a fim de que não se fuja ao aqui proposto, há de ser fixado um certo limite quanto à análise de tais limitações, direcionando o enfoque para o instituto do casamento, mais especificamente, quanto à idade núbil permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto a isso, a Constituição Federal nada dispôs. Entretanto, o assunto foi regulamentado pela legislação civil, entre os art. 1517 e 1520 do referido Código. Assim determina a lei sobre a capacidade para o casamento:

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do <u>art. 1.631</u>.

Art. 1.518. Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.

Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não

alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

Da leitura dos artigos, percebe-se que, como regra, o casamento é permitido aos que atingem a maioridade civil, ou seja, completam os dezoito anos. Isso como regra, sendo que já a partir dos dezesseis anos tal união será possível, desde que com autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais, autorização passível de revogação até a celebração do casamento. Ainda prevê o caso mais excepcional tratando-se de gravidez. Como visto, a capacidade para o casamento é bem clara pelo texto, não restando dúvidas sobre sua aplicabilidade.

Em tese, não restariam dúvidas; porém, na prática, esse tem sido um dos maiores dilemas enfrentados pelo Estado brasileiro no que tange à violações de direitos humanos, intrinsecamente relacionado ao direito da criança.

Mas há quem pergunte: o que a capacidade para o casamento pode ter de tão duvidoso ao ponto de ser possível violar direitos humanos? A resposta é simples e direta: tudo! Como já discutido acima, um dos enfrentamentos mais complexos a nível mundial é o referente aos casos de casamento infantil. Trata-se de um problema seríssimo e urgente no qual o Brasil se encontra plena e diretamente envolvido.

E, novamente, pode surgir outro questionamento: se a idade núbil brasileira é conquistada a partir dos 16 anos completos, mediante autorização dos genitores, e o ECA prevê que criança é todo individuo com doze anos incompletos, não haveria a possibilidade jurídica de se ter um casamento infantil em solo brasileiro, sendo absurdo o raciocínio contrário. Mais uma vez o leitor seria levado a erro!

Por certo que legislação não prevê expressamente a possibilidade de realização de um casamento infantil, o que seria um retrocesso incalculável. Porém, o direito não se constrói somente pautado por textos jurídicos, mas, especialmente, pelo acompanhamento de fatos sociais, devendo ser revisto sempre que necessário.

Feito esse primeiro alerta, resta refletir sobre outro ponto: não somente pelo casamento, instituto formalizado sob a égide de inúmeros requisitos, é possível dar início a uma instituição familiar — que por sinal é um dos objetivos do casamento — mas, também, como previsto pela Constituição, em seu §3º, através da união estável que terá a mesma proteção do Estado.

Ocorre, ainda, que além da referida união estável, passível de reconhecimento por meio de um contrato, existe a figura das "uniões de fato", sendo nelas a porta de acesso à

problemática dos chamados "casamentos infantis". Há de ser feita uma ressalva quanto ao termo vir escrito entre aspas. Como não existe a figura prevista no ordenamento jurídico, e pelas razões já expostas, eis que todas as vezes em que o referido termo aparecer, deve ser compreendido como as já denominadas uniões de fato.

Pois bem, dito isso, e feitas as observações quanto ao instituto do "casamento infantil" em âmbito brasileiro, é necessário apresentar os índices desse dilema em números, até para que se possa mensurar a gravidade da situação. No ano de 2015, uma pesquisa pioneira realizada no Brasil quanto ao tema revelou algo preocupante. Encabeçada pela Fundação Promundo, um relatório intitulado "*Ela vai no meu barco*" alertou para o fato de ocupar o Brasil a lamentável posição de 4º lugar no ranking mundial nos casos de "casamentos infantis". E não sendo isso suficiente, estando no topo, 1º lugar, dos países da América Latina com o mesmo problema.

E tendo em vista o fato de não ser, no Brasi,l previsto os referidos "casamentos" a pesquisa direciona para as uniões de fato, que, no caso, mascaram o problema. De acordo com Promundo (2015, p. 10):

A pesquisa analisa tanto uniões formais quanto informais (ou seja, coabitação), já que estes últimos são as formas mais comuns de casamento na infância e adolescência praticadas no Brasil, mas que carregam implicações semelhantes para as meninas e para as comunidades em que vivem em comparação aos casamentos formais.

E, além dos índices altamente preocupantes, a referida pesquisa enfatiza a forma negligente como o Estado Brasileiro tem se manifestado sobre o assunto em âmbito internacional, como se tal situação fosse inexistente em terras brasileiras, estando o pais dispensado de quaisquer reflexões quanto ao enfrentamento da questão. Quanto a essa indiferença estatal, completa Promundo (2015, p. 11):

Apesar de elevados números absolutos e prevalência do casamento na infância e adolescência no Brasil, o problema não tem sido parte constitutiva das agendas de pesquisa e de formulação de políticas nacionais de proteção dos direitos das meninas e das mulheres, ou na promoção de igualdade de gênero. O Brasil – assim como no restante da América Latina – também esteve ausente de discussões globais e de ações em torno desta prática, que em grande parte se concentra em áreas "hotspot", tais como na África Subsaariana e no Sul da Ásia. Embora exista um conjunto relevante de pesquisas e debates sobre políticas públicas em torno de assuntos relacionados ao casamento na infância e adolescência no Brasil – tais como gravidez na adolescência, evasão e abandono escolar, exploração sexual na infância e adolescência, trabalho infantil e violência contra mulheres e crianças – nenhum estudo aborda esta prática diretamente ou suas causas e as consequências para as vidas de milhões de meninas e jovens mulheres.

Conforme apresentado, há uma grande dificuldade por parte do Estado Brasileiro em

lidar com a situação, embora aborde alguns eixos do problema de forma isolada, sendo a discussão central do problema, "os casamentos infantis" postos sobre o tapete do esquecimento.

Além desse relatório apresentado pela Fundação Promundo, também outros estudiosos têm se debruçado sobre a questão, embora ainda de forma muito tímida, tais como a ONU MULHERES e o Banco Mundial que, em parceria com UNFPA, se dedicaram a elaborar um relatório intitulado "FECHANDO A BRECHA: MELHORANDO AS LEIS DE PROTEÇÃO À MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA", apresentado no início de 2017 ao governo brasileiro, e dentre os variados eixos sobre a violência contra a mulher, enfatiza a urgência de ser discutida a questão dos casamentos infantis, inclusive no Brasil.

Ao apresentar o documento, a página eletrônica das Nações Unidas no Brasil (2017, online) resume de forma enfática a gravidade dos fatos, dando dimensão da abrangência prática da situação, levando ao questionamento do início desse tópico: haveria, então, "casamentos infantis" no Brasil?

No Brasil, 3 milhões de jovens de 20 a 24 anos tiveram o matrimônio formalizado antes da maioridade. O número — que é o maior da América Latina e o 4º mais alto do mundo em valores absolutos — representa 36% do total de mulheres dessa faixa etária casadas. No mundo, anualmente, 15 milhões de meninas se casam antes de completar 18 anos.

Sem dúvidas, a partir do apontado, ainda que de forma muito célere, é evidente que o "casamento infantil" é realidade presente no ordenamento jurídico brasileiro, embora não conste de previsão legal expressa, ocorrendo no obscuro caminho da ilegalidade, vitimando crianças e adolescentes, sob as mesmas justificativas já apresentadas anteriormente, agindo silenciosamente e ofuscando gritos de socorro.

E o mais inaceitável é que a mesma Constituição prevê a defesa da criança e do adolescente em sua integralidade, inclusive como dever atribuído à família, à sociedade e ao Estado, art. art. 227, *caput*; prevê, ainda, em inúmeros artigos do Código Civil que aos pais é destinado o dever de proteção da pessoa dos filhos; e reforça, através do ECA, os mais variados direitos atribuídos ao menor, sendo vedada quaisquer forma de negligencia quanto ao exercício de tais direitos.

Ainda assim, com tanto aparato legal, bem como com ratificação do Tratado sobre direitos da criança, o Brasil se apresenta nessa vergonhosa posição de casos de "casamento infantil", empurrando a legislação existente em seu ordenamento a um nível de ineficácia plena e, porque não, de letra morta da lei no que tange ao assunto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado, desde o início deste trabalho, já em seu título, a proposta residia, justamente em analisar, utilizando como base o filme "Nojoom, dez anos, divorciada", sobre os dilemas dos casamentos infantis e, especificamente, se, no Brasil, existiriam tais fatos. Isso tudo partindo do que o ordenamento jurídico conceitua como idade núbil.

Como visto, o assunto é complexo, amargo e inquietante. Embora não exista, juridicamente, previsão sobre os ditos casamentos — tanto que, quando referido ao caso brasileiro, o termo foi empregado entre aspas — na prática, foi possível constatar sua existência, ainda que estabelecidos por meio de uniões de fato, ou seja, pela informalidade. De acordo com instituições sérias, amparadas pela cooperação e confirmação de dados das Nações Unidas, o país lidera o ranking latino americano nos denominados "casamentos infantis", ocupando o expressivo e lamentável lugar em patamares mundiais.

Embora o filme trate de fatos em culturas muito diferentes das brasileiras, mantêm em comum a incontroversa violação de direitos a que tais crianças são expostas. Tais violências são as mesmas em qualquer parte do mundo e ocasionam as mesmas consequências futuras, repercutindo drasticamente na vida dessas crianças. Assim, apesar de contextos diferentes, aqui não há a previsão jurídica expressa sobre o assunto, o Brasil tem sido berço para incontáveis Nojoom's, caminhando de encontro a suas bases constitucionais de defesa da dignidade humana, bem como pisoteando a legislação pátria no que tange à proteção integral da criança e do adolescente. Muitas são as Nojoom's brasileiras, ao passo que essa violência transcendeu fronteiras, mas o grito de socorro é o mesmo!

REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Sarah. **O casamento infantil sobre uma visão do direito internacional.** Disponível em < https://sarahlivia.jusbrasil.com.br/artigos/348506924/o-casamento-infantil-sob-uma-visao-do-direito-internacional Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

ALMEIDA, José Rubens Demoro. **Cinema, direito e prática jurídica: uma introdução**. Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – v. 7 (2009) – Porto Alegre: (PÁGINA 38-47). Disponível em:

http://www.faccamp.br/direito/revista/revista faccamp 7.pdf#page=38 Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 11
de fevereiro de 2018.
Código Civil Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil 03/leis/2002/L10406.htm Acesso em 11 de fevereiro de 2018.
Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990.
Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/leis/L8069Compilado.htm Acesso em 11
de fevereiro de 2018.
. MINIONU. O casamento infantil e os direitos humanos. (2017). Acesso em <
https://minionupucmg.wordpress.com/2017/06/14/o-casamento-infantil-e-os-direitos-
<u>humanos/</u> Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

CORREA, Melissa. **Nojoon, 10 anos, divorciada**. Disponível em http://www.quadroporquadro.com.br/index.php/2017/01/28/qpq-resenha-nojoom-10-anos-divorciada/ Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

DOBARRO, Sergio Leandro Carmo, and André Villaverde. "Quanto vale ou é por quilo?: O cinema proporcionando a reflexão do trabalho escravo brasileiro no século XVIII e na contemporâneidade a luz da dignidade da pessoa humana." formas contemporâneas de trabalho escravo: 141- 153. Acesso em Acesso em 11 de fevereiro de 2018. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao e divulgacao/doc biblioteca/ bibli servicos produtos/bibli boletim/bibli bol 2006/e-book-gt1b-final.pdf#page=142

LIMA, Alexandre Costa. **Direito e Cinema: a dialética da Ética e da Arte**. (2010). Disponível em

http://asces.edu.br/publicacoes/revistadireito/edicoes/2010-1/direito e arte.pdf. Acesso em Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

MODRO, Nielson Ribeiro. **O mundo jurídico no cinema.** *Joinville: Nova Letra*, 2009. Disponível em http://www.modro.com.br/cinema/Livros/mundo juridico.pdf. Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

MOSSINI, Daniela Emmerich de Souza. "Ensino jurídico: história, currículo e interdisciplinaridade." Biblioteca Digital. PUC, São Paulo. 2010. Disponível em https://tede2.pucsp.br/handle/handle/9534 Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

NOJOON, 10 ANOS, DIVORCIADA. Direção: Khadija al –Salami. Iêmen.2014.96min.

PEREIRA, Felipe Chaves. "Luzes! Câmera! Direito! Reflexões sobre uma aproximação Direito e Cinema a partir da matriz teórica de Niklas Luhmann." *Revista dos Estudantes de Direito da UnB* 10 (2012): 79-117. Disponível em:

http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/viewArticle/7097 Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

RODRIGUES, Horácio Wander1ei. A crise do ensino jurídico de graduação no brasil

contemporâneo: indo alem do senso comum. Diss. UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, 1992. Disponivel em

https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/76811 Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

TAVARES, Paula. **Casamento não é "coisa de menina".** Disponível em < https://nacoesunidas.org/artigo-casamento-nao-e-coisa-de-menina/ Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

UNICEF. **Convenção sobre direitos da criança**. Disponível em < https://www.unicef.pt/docs/pdf publicacoes/convençao direitos criança2004.pdf Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

UNGER, Mangabeira; RAPOSO, Roberto. **O Direito na sociedade moderna: contribuição à Crítica da Teoria Social.** Civilização Brasileira, 1979.

WELLE, Deutsche. **Casamento infantil atinge 20 mil meninas por dia.** *G1- O Globo*. Brasil, 24 de outubro de 2017. Disponível em https://g1.globo.com/mundo/noticia/casamento-infantil-atinge-20-mil-meninas-por-dia.ghtml Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

OS PRECEDENTES VINCULANTES E "SUITS": UM DEBATE SOBRE A CHAMADA "COMMONLIZAÇÃO" DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Gabriel Teixeira SANTOS⁵¹

RESUMO

O presente trabalho buscou fazer uma análise do atual processo brasileiro, sobretudo pela ótica introduzida pelos precedentes vinculantes (originários dos sistemas jurídicos da *Common Law*) do atual Código de Processo Civil, traçando, para tanto, um paralelo com o seriado "Suits", criado e escrito por Aaron Korsh.

PALAVRAS-CHAVE: precedentes; processo; processo civil; "Suits".

ABSTRACT

The present work sought to make an analysis of the current Brazilian procedure, especially and mainly from the perspective introduced by the binding precedents (originating in the Common Law legal systems) of the current Civil Procedure Code, thus drawing a parallel with the series "Suits", Created and written by Aaron Korsh.

KEY WORDS: precedents; proceedings; civil lawsuit; "Suits".

1 INTRODUÇÃO

O advento de uma nova legislação, especialmente um novo código, traz em seu bojo inovações e desafios. Partindo-se desta premissa, o atual Código de Processo Civil de 2015, ao ser concebido e inovar na ordem jurídica, criou diversas aventuras ao exercitador do direito.

Dentre estas novidades, destaca-se o instituto dos precedentes judiciais, inovação esta, que para considerável parte da doutrina, é importada do modelo da tradição jurídica da *common law*. Tamanha é a sua importância que recebeu um capítulo exclusivo (Livro III, Título I, Capítulo I).

Sob este panorama, os precedentes judiciais formam a "espinha dorsal" da atual ciência processual brasileira, em seus diversos âmbitos e matérias, incluindo-se, aqui, o processo penal.

De fato, o emprego deste instituto representa uma revolução cultural. Seja em um paradigma social com o escopo de evitar a litigiosidade amplamente difundida no Judiciário,

51 Pós-graduando em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pósgraduando em Direito Civil e Processo Civil no Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. teixeirawritter@gmail.com.

137

sendo que este, rotineiramente, é bombardeado com "aventuras jurídicas", ou em um paradigma processual, como, por exemplo, sendo motivo para improcedência liminar do pedido ou até mesmo na necessidade de seu enfrentamento quando da fundamentação de qualquer pronunciamento judicial.

É imperioso, assim, a utilização deste instituto para que se evite um futuro colapso do Judiciário, isto porque há um notório excesso de demandas, passando o problema até mesmo pela grave falha institucional existente, que abrange desde os pronunciamentos judiciais que seus representantes emitem, até a organização física e estrutural da instituição.

Dentro deste contexto, é marcante a utilização dos precedentes no seriado abordado. De fato, a solução da grande maioria dos casos enfrentados pelas personagens se relaciona, de alguma forma, com algum *case* anterior.

Por óbvio, o sistema brasileiro divorciou-se dos países que detém a tradição da *common Law*, como será discorrido adiante, criando um sistema próprio. Todavia, subsiste a necessidade de o instituto ser estudado por ambas as óticas (sendo a do *common law* trazida pelo seriado), de modo a aperfeiçoar o sistema (e sua respectiva aplicação) então existente.

2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A VINCULAÇÃO DO JULGAMENTO

Nesta seção, o presente trabalho tratou, especificamente, dos precedentes judiciais, fazendo uma análise desde a origem histórica das tradições do *civil law* e *common law*, bem como sobre a conceituação do que seria um precedente e sua respectiva distinção com os demais institutos.

2.1 Origem Histórica das Tradições do Civil Law e Common Law e Formação dos Precedentes

O direito romano, por diversos doutrinadores, é apontado como o fator essencial para criação das duas tradições jurídicas predominantes existentes, sendo elas criadas de acordo com a interpretação e sistematização deste direito, dando origem ao *Civil Law* e, posteriormente, ao *Common law*.

Frise-se que na primeira foram utilizados os textos romanos como fonte do direito. Entretanto, na outra tradição ocorreu o inverso, dando azo a um rumo diverso ao direito inglês. É fato que ambas as tradições, como dito, remetam a uma origem comum, contudo, a

formação de cada uma se deu em momentos históricos distintos.

A tradição jurídica da *Common law*, também chamada de *English Men Tradition* (por conta do seu predomínio nas nações que adotam o idioma inglês como língua oficial), é um "direito" intitulado como costumeiro, uma vez que leva outros dogmas em consideração além da interpretação literal do dispositivo legal, sendo que o faz, na maioria dos casos, através dos costumes existentes à época (em que é utilizado ou interpretado).

Por meio de suas elaborações dogmáticas, poderia se constituir e ser interpretada através da descoberta, a qual também é chamada de Teoria Declaratória da Jurisdição (segundo posição defendida por Blackstone), como se essa escola estivesse sempre à disposição do legislador, e, assim estando, corresponderia sempre as necessidades de uma pretensão em tela de forma que sempre atenderia a necessidade de quem viria a interpretar o ordenamento jurídico – podendo ser comparado a uma farmácia, na qual, o doente se socorre ao farmacêutico por conta de sua enfermidade, e este possui um remédio para cada tipo existente, curando-o.

Por outro lado, também se defendia que esta tradição deveria ser criada por meio do caso concreto, sendo criada pelo magistrado, a qual é chamada de Teoria Constitutiva da Jurisdição (defendido por Austin e posteriormente por Benton).

Essas duas teorias ensejam uma disputa na doutrina alienígena entre Dworking e Hart. Enquanto este sustenta que o Direito deve ser descoberto através da interpretação da Constituição, descobrindo o direito (com um olhar interpretativo mais neoconstitucionalista), aquele diz, por ser positivista, que o juiz (a palavra juiz pode ser substituída por jurista, em decorrência da interpretação que é feita por todo e qualquer operador do direito, abarcando uma hipótese mais ampla) é quem cria o Direito, por meio da interpretação, o que parece um tanto contraditório se observado por meio de uma ótica positivista. Entretanto, na doutrina alienígena, a posição defendida pelos positivistas é a de que justamente o juiz cria o direito.

Primeiramente, tange observar que os precedentes se formaram através da tradição da *Common Law*, justamente porque os *english men* admitiam fontes diversas para a construção do Direito. No tocante ao seu ordenamento jurídico, contudo, torna-se erro comum pensar que sempre existiram precedentes como fontes integrantes dessa tradição, pois, no início, não existiam as chamadas *rules of precedent* (regras para formação de precedentes).

De fato, o seriado "Suits" deixa isso bem claro, uma vez que as personagens, advogadas, ao se debruçarem sobre as questões e demandas jurídicas que são submetidas,

comumente se valem de normas exauridas por agências controladoras, órgãos governamentais e a própria constituição.

Assim sendo, nota-se que a existência desta tradição não se deu exclusivamente por conta dos precedentes. Todavia, para que se possa analisar de forma crítica, deverá ser levado em conta alguns aspectos formados pela criação da tradição, a qual distingue-se do *Civil Law* justamente por conta dos valores.

Por seu turno, a tradição da *Civil Law* foi formada através dos valores extraídos da Revolução Francesa (no ano de 1789), a qual tinha por escopo a retirada da nobreza (da época) do poder, destruindo o direito outrora existente e, ao mesmo tempo, criou-se um ordenamento jurídico capaz de tutelar o interesse da classe que era revolucionária (constituída pela burguesia, em sua maioria).

Para tanto, afastou-se e destituiu-se o Poder Judiciário então instituído (pois os juízes eram cargos de confiança da nobreza, de modo que por vezes eram transmitidos hereditariamente e comprados), buscando-se a criação de um ordenamento jurídico que afastava o poder jurisdicional.

Atento a isto, Montesquieu, em sua Teoria da Separação dos Poderes, tornou o juiz um mero reprodutor da lei, alguém que não poderia interpretar a própria lei (de modo que justamente desta teoria retira-se a frase de que os juízes eram *bouche de la loi* – a boca da lei), devendo meramente reproduzi-la. Dessa arte, retira-se todo o poder do Poder Judiciário exclusivamente pela ausência de confiança.

Na França e nos demais países em que a burguesia ascendeu ao poder ou conseguiu maior representatividade pós-revolução (através dos ideais da revolução francesa [liberte, égalité, fraternité], cujos reflexos se observam no nosso ordenamento jurídico vigente), ao ocorrerem dúvidas decorrentes da lei (leiam-se interpretativas da lei), deveria o magistrado se socorrer de uma Corte Revisional (ou também chamada de consultiva).

Esta corte, posteriormente, foi substituída pela famosa Corte de Cassação, que, inicialmente também era composta por membros do Legislativo (ressalta-se aqui o caráter positivista e a ausência de confiança) e que possuía a função de cassar toda e qualquer decisão na qual não era seguido o propósito do legislador (o espírito legislador).

Isso se justifica porque, para que a Revolução continuasse a existir, o Judiciário deveria ser enfraquecido para fazer valer a força do parlamento ora constituído, evitando-se que os juízes se tornassem óbices (por conta dos laços com a nobreza supracitados) para a

concretização do ideal revolucionário.

Cabe aqui um parêntese para enfatizar esse cunho político e jurídico da revolução de que Maximilien de Robespierre, uma das figuras mais importantes da dita revolução, dizia: que os *judge men* (juízes) eram as figuras mais abomináveis, e, justamente por isso, deveriam ser exterminadas.

Portanto, esse é o contingente histórico que deu origem a tradição vigente no Brasil, com seus reflexos e desdobramentos nos dias atuais.

A distinção entre as tradições, se torna mais nítida a partir do momento em que, na *Common Law*, no ano de 1688 e 1689, o rei Jaime II foi destronado (leia-se destituído), sendo que o próprio Parlamento se sobrepôs.

Entretanto, em nenhum momento, há a ideia de criação de um novo direito, destruindo-se o antigo. Este é o ponto fulcral de distinção entre as duas escolas.

Pelo contrário, o Parlamento passou a lutar contra as arbitrariedades cometidas pelos magistrados por meio da força desse *Common Law*. Conforme, textualmente dito por Edward Cock (através do caso Bonhan, em 1610, em uma luta também contra abusos de monarca) as leis estão submetidas a um direito maior – leia-se aqui a tradição do *Common Law*, sendo este o embrião do instituto da *Judicial Review*.

Por meio da Revolução Gloriosa, restou consagrado que os juízes e demais operadores do direito deveriam extrair seus convencimentos através do próprio *Common Law*. A partir dessa premissa, é notório que o juiz brasileiro (que analisa o caso através das leis e da própria Constituição Federal) possui um poder discricionário maior que um juiz britânico ou americano.

Neste diapasão, em um prisma de coerência do direito, por conta do plano de fundo (que a tradição em si abarca), a *Civil Law* entende que a lei é o suficiente para que o juiz julgue, supondo que a lei deveria ser apenas declarada e assim supriria o caso em tela. Já na *Common Law*, por entender que há uma interpretação por todo magistrado quando lê e interpreta a lei, a igualdade e coerência do direito se constataria pela igualdade de todos os cidadãos perante as decisões judiciais.

Assim sendo, na *Common Law*, havia a suposição de que as leis da colônia se submeteriam as leis da metrópole, sendo que os juízes, ao interpretarem as leis, não poderiam divergir daqueles constantes das metrópoles.

Registre-se que as cartas da Inglaterra controlavam os juízes americanos, entretanto,

com a Revolução Americana do ano de 1776, através da qual deu origem ao artigo 6º da Constituição Americana, os juízes estaduais deverão se submeter as leis do país, havendo assim uma cláusula de supremacia.

Nesse ponto, especificadamente com relação à força vinculante dos precedentes, esta, apenas no de 1958, foi expressa pela Suprema Corte Americana, quando do caso Cooper vs Aaron, sendo que a Corte aplica pela primeira vez a cláusula de supremacia do artigo supracitado.

Ademais, no tocante ao *common law* britânico/inglês, a doutrina ressalta quatro períodos importantes para sua formação e consolidação, sendo o primeiro aquele que precede a conquista normanda em 1066. Por sua vez, o segundo, é aquele compreendido até a dinastia dos Tudor (1485). O terceiro, o da denominada *equity*. E por fim, o quarto, que teve como marco a Lei de Organização do Judiciário.

2.2 A Stare Decisis no Brasil

Em um contexto de globalização (de informações e especificamente de conhecimento), o direito, como ciência, é afetado diretamente por este panorama. Assim, com a comunicação de fontes jurídicas de outras nações, os operadores jurídicos têm a possibilidade de rever e discutir o seu ordenamento interno e principalmente solucionar questões atinentes ao mesmo. Ocorre, assim, a globalização do direito ou então o chamado transconstitucionalismo.

Este panorama global, permite a comunicação das tradições jurídicas, o que por vezes pode levar a sua confusão.

No entanto, na atualidade, nota-se uma troca recíproca de influências, em que países do *civil law* passam por uma valorização da teoria dos precedentes e aqueles que estão inseridos no *common law*, por um aumento na utilização da legislação, dentre outras formas de aproximação. (PEIXOTO, 2016, p. 120)

Principalmente, com a inserção no ordenamento jurídico brasileiro do modelo de controle de constitucionalidade existente (após o caso Marbury vs Madson, em 1803) na *Common Law* (norte-americano), houve uma maior aproximação com o que viria a ser um modelo brasileiro atual.

Posteriormente, ao ser incorporada a valorização da teoria (sistema) dos precedentes, referida aproximação se torna ainda mais íntima, pois esta é um dos pilares da tradição jurídica do *common law* (mesmo a doutrina sempre tendo declarado o Brasil um país

"civilista").

Assim, inova o CPC/15 ao providenciar (ou aprimorar) diversos mecanismos para consolidar a teoria dos precedentes, os quais se destacam: a desnecessidade de reexame necessário quando os fundamentos da decisão proferida em primeiro grau for consonante com o entendimento dos tribunais superiores, a concessão de efeito vinculante às decisões na sistemática do controle concentrado de constitucionalidade, súmula vinculante, repercussão geral, recursos repetitivos e consequentemente o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Claro que o ordenamento brasileiro ainda engatinha para a compreensão e aplicação do sistema dos precedentes. A alteração normativa (artigos 926 a 928) é apenas o primeiro passo para se criar as primeiras bases deste sistema, o qual tem seu alicerce nas premissas específicas do artigo 926 (integridade, coerência e estabilidade, fortemente inspirada no *law as integrity* de Ronald Dworkin e nas ponderações realizadas por Lenio Luiz Streck) para a solidificação desta teoria.

Apenas quando houver, de fato, uma maior doutrinação do legislador brasileiro sobre esta teoria, é que realmente a mesma poderá alcançar uma efetividade (quase) plena.

Impõe-se, desta forma, um "respeito ao que foi decidido", que vinculará os casos posteriores a prolação deste (ou daquele) precedente com eficácia vinculante, dentro da própria corte que prolatar o pronunciamento judicial (eficácia horizontal), quanto ao juízo *a quo* (eficácia vertical).

2.3 O que são os Precedentes e sua Distinção de Jurisprudência, Súmula e *Obter dictum*

Após realizada uma breve abordagem histórica, torna-se necessário primeiro conceituar o que são os precedentes, e, após isso, diferenciá-los da jurisprudência, súmula e *obiter dictum*.

É fato que a própria doutrina encontra algumas divergências em tal conceituação, entretanto, parece-nos adequada e didática a definição apresentada por NEVES (2016, p. 1297):

Precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido. Dessa forma, sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento, a decisão anteriormente prolatada será considerada um precedente.

Assim sendo, em síntese e de forma simples, precedente seria uma decisão anterior utilizada para justificar uma decisão posterior.

Por sua vez, PEIXOTO (2016, p. 128) identifica dois conceitos de precedentes:

Um primeiro sentido faz referência a todo ato decisório, abarcando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Nesse aspecto, o precedente é *texto*, é fonte do direito. A partir dele e das decisões posteriores é que será formada a norma geral. Nesse aspecto denominado de *próprio* ele atuará como referência para as decisões posteriores, servindo de ponto de partida para a resolução de casos concretos semelhantes. A influência desse modelo é que será determinada por cada ordenamento jurídico.

Um segundo aspecto, denominado de *impróprio*, refere à *ratio decidendi*, ou seja, a norma jurídica a ser extraída da decisão. Este aspecto, conforme será destacado quando se fizer referência ao conceito de *ratio decidendi*, não se confunde com a decisão do caso concreto. A construção dessa norma é extraída principalmente da fundamentação e vai sendo consolidada por outras decisões que mantenham aquele entendimento.

Portanto, de ambos os conceitos, é retirada a primeira diferenciação, entre decisão e precedentes. Nem toda decisão proferida mesmo por tribunal, será um precedente.

Conforme NEVES (2016, p. 1297/1298) "uma decisão que não transcender o caso concreto nunca será utilizada como razão de decidir de outro julgamento, de forma que não é considerada um precedente".

Por seu turno, também explica a diferença entre precedentes e jurisprudência:

Jurisprudência, por sua vez, é o resultado de um conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre uma mesma matéria proferida pelos tribunais. É formada por precedentes, vinculantes e persuasivos, desde que venham sendo utilizados como razões de decidir em outros processos, e de meras decisões. NEVES (2016, p. 1298).

Portanto, esses precedentes para constituírem jurisprudência deverão estar sendo utilizados como as razões de decidir em outros processos, ou seja, serem parte ou até mesmo a própria fundamentação da decisão que o contém.

Conforme leciona MADEIRA (2011, p. 527):

Apenas um precedente já é o suficiente para fundamentar a decisão do processo julgado posteriormente, enquanto a utilização da jurisprudência como razão de decidir exige do julgador a indicação de vários julgados no mesmo sentido.

Por sua vez, a *obter dictum*, pode ser conceituada como as questões não relevantes e periféricas que são enfrentadas durante o julgamento e, que embora possam gerar vinculação, não serão utilizadas em julgamentos posteriores, não integrando a *ratio decidendi* (mesmo que por vezes se aproximem). Nos dizeres de MARINONI (2011, p. 235):

Algumas questões são indiscutivelmente desnecessárias ao alcance da decisão, e, assim, são certamente *obiter dicta*. Como esclarece Neil Duxbury, as passagens que são *obiter dicta* se apresentam de diversas formas, como as que não são necessárias ao resultado, as que não são conectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas

a um ponto que nenhuma das partes buscou arguir. De outro lado, informa Robert Summers, em trabalho voltado a explicar o funcionamento dos precedentes em seu país, que a espécie de *dicta* mais comum nos Estados Unidos consiste em declarações da Corte sobre questões que ela não está realmente decidindo ou foi chamada a decidir.

Porém, há questões que nada têm a ver com o caso que está sendo julgado e questões que, embora não necessitem ser apreciadas para se chegar à decisão, têm intima relação com o caso *sub judice*. De outra parte, algumas questões podem ter sido enfrentadas de forma aprofundada pela Corte e, além disso, acolhidas à unanimidade pelos juízes.

Desse modo, a *obiter dicta* se resolve em questões que não são necessárias para o exame do caso.

Por sua vez, as súmulas constituem uma obrigação do tribunal. Ora, essa obrigação se constitui após a verificação de que um entendimento deverá ser formalizado, pelo que é chamado de enunciado ou verbete, o qual deverá conter a jurisprudência daquela corte a respeito do tema ali tratado. Nos dizeres de STRECK e ABBOUD (2014, p. 55):

Essa equiparação doutrinária de súmula com precedente é apenas um reflexo do relativismo que grassa em nosso cenário jurídico. Trata-se de um relativismo que *tudo salva*, qualquer decisão jurídica ou opinião doutrinária desde que não seja teratológica, deixa de poder ser inquinada como errada.

Além dos regimentos internos para a criação dessas súmulas, a Constituição Federal, através do artigo 103-A, refere-se especificadamente às súmulas vinculantes. No mesmo sentido, o atual Código de Processo Civil, em seu artigo 926, §1º, também traz a obrigatoriedade dos tribunais emitirem súmulas a respeito de sua jurisprudência dominante (*stare decisis*).

Outrossim, há de se observar que as súmulas, aprovadas e editadas antes da vigência do Código de Processo Civil (necessária a observação do artigo 927, IV, do NCPC) serão precedentes. Contudo, deverá ser observado se as mesmas preenchem os requisitos materiais previstos pelo legislador, a exemplo dos artigos 489, §1º (dever de fundamentação) e do inciso V, §2º, do artigo 926, do NCPC.

Tal corpo normativo preocupa-se com a jurisprudência, uma vez que tem por escopo a buscar pela segurança jurídica e a uniformização da jurisprudência, para assim evitar a chamada *jurisprudência banana boat*, facilmente constatada no Superior Tribunal de Justiça.

Cabe ressaltar nesta oportunidade que o legislador prevê diversos dispositivos para que seja alcançado esse fim, buscando tanger uma jurisprudência estável, como por exemplo no IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) ou no IAC (Incidente de Assunção de Competência), no qual o legislador, através dos artigos 985, inciso II, e 947, §3°,

expressamente prevê a aplicação da tese jurídica formada em tela.

Contata-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro adota uma teoria, como bem mencionada pelo Professor Alexandre Freitas Câmara⁵², dos "precedentes dolosos", ou seja, o legislador brasileiro, previamente, já identifica quais espécies de julgamentos serão predestinados a se tornarem precedentes (predeterminação legal imposta pelo legislador).

2.4 A Classificação Vinculante dos Precedentes

Segundo o Professor Hermes Zanetti Jr.⁵³, há uma classificação, em três tipos, conforme o nível de vinculação, em atenção aos ensinamentos do professor italiano Michele Taruffo (o qual menciona que para a teoria dos precedentes ser uma teoria racional, antes de qualquer coisa deverá ser uma teoria para as Cortes Supremas, o que nos implica dizer que os precedentes vinculam as próprias cortes, na chamada eficácia horizontal).

O primeiro nível é o denominado precedente normativo vinculante, que é aquele no qual os precedentes possuem uma força de vinculação, entretanto apenas de caráter cultural, criando-se uma tradição jurídica de respeito ao instituto, muito comum nos países de *Common Law*. É o que se verifica durante o seriado "Suits", uma vez que comumente os *cases* ditam condutas culturais (gerais) e são acatados de forma indiscutível.

Por sua vez, o segundo, denominado precedente normativo formalmente vinculante é aquele constante da nossa tradição jurídica (*Civil Law*), sendo que a vinculatividade conferida a esses precedentes decorrem de expressa previsão legal.

Sob este prisma, o Código de Processo Civil promove uma mudança nitidamente cultural, introduzida através de seus artigos 926 e 927 (a expressão "observarão" deverá ser introduzida ou interpretada como "seguirão"), pois rompe com a ideia de que a lei é a fonte exclusiva e principal do direito.

Essa mudança cultural pode ser exemplificada através da lei que proíbe fumar em lugares fechados ou a determina a necessidade de utilização de cinto de segurança. Portanto, essa nova sistematização permite que as hipóteses não previstas no Código de Processo Civil como formadoras de precedentes judiciais, serão chamadas de jurisprudências persuasivas (que persuadirão o julgador a se manter adstrito).

E, por fim, existirão os precedentes normativos formalmente vinculantes fortes.

⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2015, *passim*.

⁵³ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**/Hermes Zaneti Jr. – 2. ed. rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016, *passim*.

Serão constatados esses precedentes quando a vinculatividade possui uma força de tal sorte, que, além da impugnação por via recursal (vias ordinárias), também haverá a hipótese *per saltum*, ou seja, haverá uma via própria e autônoma que levará diretamente aos tribunais superiores.

Entretanto, torna-se imperioso observar que nem todo precedente será vinculante, já que, conforme preceitua NEVES (2016, p. 1312/1313):

Nem todo precedente é vinculante – obrigatório – já que continuam a existir no sistema processual brasileiro julgamentos proferidos em processo subjetivo que não decidem casos repetitivos e nem o incidente de assunção de competência, e que poderão servir como fundamento de decidir de outros julgamentos a serem proferidos supervenientemente,

Tem-se, portanto, um tratamento diferente de formação de precedente a depende de sua eficácia vinculante (*binding precedentes*) e de sua eficácia persuasiva (*persuasive precedentes*). Enquanto os precedentes vinculantes são julgamentos que já nascem precedentes, os precedentes persuasivos se tornam precedentes a partir do momento em que são utilizados para fundamentar outros julgamentos.

Nos EUA, segundo o Professor Luiz Guilherme Marinoni⁵⁴, é preciso observar que houve respeito aos precedentes por conta de uma herança do *Common Law* inglês, como já debatido no trabalho. Neste sentido, a ética calvinista derivada da Revolução Puritana, colaborou para fortalecer a autoridade da decisão judicial, vislumbrando que os juízes deverão estar emanados pela justiça da decisão.

Esse respeito aos precedentes é derivado do princípio da necessidade de isonomia (de todos) perante as decisões judiciais, da necessidade de coerência do direito (*law as integrity*) e da necessidade de segurança jurídica (enfocada na previsibilidade). Portanto, nesta ótica, os precedentes deverão ter força para que assegurem a imparcialidade do magistrado.

O legislador, expressamente através do §5° do art. 927 do NCPC, preceitua que os tribunais deverão dar publicidade a seus precedentes, divulgando-os preferencialmente na rede mundial de computadores. Não se olvida que a doutrina critica este dispositivo, haja vista que algumas súmulas terão assumido eficácia vinculante e tal cuidado não foi destinado a elas. Conforme ressalta NEVES (2016, p. 1.316), "a interpretação extensiva do art. 927, §5°, do Novo CPC é imperiosa".

Após a qualificação e a busca pela conceituação de precedentes nas suas diversas formas, torna-se imperioso se debater especificamente sobre a tradição jurídica atual existente em nosso país.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Aplicação do Precedente no Sistema Norte Americano – 2/4 – Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=RamphLk0ZKw Acesso em 17/04/2018, às 11:48.

3. A PRIMEIRA TRADIÇÃO JURÍDICA MISTA (A FUSÃO ENTRE CIVIL LAW E COMMON LAW)?

De fato, como já dito, tendo em vista que os precedentes judiciais, originalmente, são aplicados e mais comuns na cultura dos *english men* (os quais adotaram por modelo judicial a tradição da *common law*), há na doutrina quem diga que houve uma "commonlização do direito brasileiro" ou até mesmo a criação do "brazilian law" (se não bastasse a utilização do mecanismo controle de constitucionalidade norte-americano). Como se nota pelo seguinte ensinamento:

O lugar comum da doutrina comparatista é a afirmação de que os juízes no *common law* aplicam um método indutivo, partindo do caso para a norma; enquanto, no *civil law* os juízes usariam o método dedutivo, partindo da norma em abstrato para o caso. No primeiro caso, teríamos lógica argumentativa-indutiva; no segundo, lógica formal-dedutiva. Esta distinção começa arrefecer. (ZANETI JR, 2016, p. 328)

Entretanto, não parece adequada referida afirmativa. Para elucidação do entrave, torna-se imperiosa a lição de ZANETI JR (2016, p. 389/390):

[...] é incorreto confundir o modelo de precedentes com um modelo de common law e o modelo da legalidade com um modelo de civil law, não somente porque existe uma forte aproximação entre as tradições jurídicas contemporâneas, como também porque a antiga identificação simplista entre lógica indutiva (common law) e lógica dedutiva (civil law) não é correta. Isso porque os precedentes são identificados a partir de uma lógica indutiva e aplicados a partir de uma lógica dedutiva. Também no common law, os juízes estão vinculados à lei independentemente dos precedentes. Seria muito simplista pensar o contrário, mas o common law reconhece que os precedentes são fonte do direito e, portanto, podem limitar ainda mais a discricionariedade dos juízes. Desta maneira, não é estranho reconhecer que, nos ordenamentos de common law, temos uma ambivalência importante, nunca bem compreendida pelos juristas de civil law. De um lado, uma maior estabilidade do ordenamento jurídico (vinculação aos precedentes), de outro, uma maior amplitude de tutela (remedies precede right).

Conclui-se que os precedentes, no sistema brasileiro, não constituem fonte do direito (ainda, muito embora José Rogério Cruz e Tucci já os reconheça como fonte desde sua obra, em 2004⁵⁵). E, outro fator interessante a ser ressaltado é que os próprios precedentes judiciais são descrevidos e delimitados pelo novo código, especialmente no artigo 927 e incisos. Sendo, assim, de forma *contraintuitiva*, não há que se falar em uma importação (pura) da sistemática utilizada na *common law*.

Assim, notoriamente ocorre uma reinterpretação do *civil law*, na qual o legislador preferiu em determina-los por via legislativa, diversamente do que é feito na *common law*. Portanto, o legislador brasileiro quis criar precedentes vinculantes.

⁵⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Referidos precedentes vinculantes podem ser "olhados" sob duas perspectivas. Por meio da perspectiva ou eficácia vertical, os juízes das instâncias inferiores (mais especificamente o magistrado de primeiro grau) devem aplicar os motivos que criaram os precedentes (*ratio decidendi*, generalizados e criados pela Corte Superior) em caso subsequente (posterior) e diferente do que foi julgado naquele caso (inexiste aqui litispendência).

Sob o panorama ou eficácia horizontal, encontra-se uma assertiva de "respeito ao que foi decidido" (*stare decisis*), de forma a manter a própria Corte, que emite estas razões, vinculada aos seus próprios pronunciamentos.

Portanto, "dizer que os juízes do *common law* apenas aplicam precedentes é uma equivocada caricatura do que realmente ocorre nos ordenamentos jurídicos contemporâneos" (ZANETI JR, 2016, p. 329).

E, de igual maneira, "negar a progressiva e expressiva admissão da força normativa dos precedentes no *civil law*, seria deixar de enxergar o óbvio" (ZANETI JR, 2016, p. 329).

Da mesma maneira, insta salientar que o que se procura no ordenamento brasileiro não é sua "commonlização", mas sim como ensina PEIXOTO (2016, p. 123/124):

Não haverá, no Brasil, um sistema de precedentes inglês ou norte-americano. O que será desenvolvida é uma *teoria brasileira dos precedentes*, adaptada ao regime jurídico particular do direito pátrio e à sua forma peculiar. A circulação de modelos sempre dependerá de uma adaptação do país importador e os precedentes obrigatórios não passarão por uma situação diferente. Tal argumentação reforça a inadequação das críticas de que o Brasil não possui uma cultura de precedentes. A tradição histórica será formada aos poucos e adaptada ao direito brasileiro.

Assim, ressalte-se que ambas as tradições jurídicas podem se aproximar (e assim estão). Resultado este que advém das mesmas preocupações jurídicas e consequentemente do mesmo método para resolução de conflitos (precedentes), de modo a abranger ainda mais proximidade quando os mesmos são emanados por Cortes Superiores.

Ademais, a própria aplicação dos precedentes para casos posteriores ocorre de forma distinta nas tradições jurídicas. Na *common law*, há a teorização sobre os precedentes (desde o ensino na universidade, através dos chamados *cases*), debatendo-se sobre técnicas e sua interpretação contextual (a fusão de horizontes). Assim, comparam-se diferentes *cases* a fim de ressaltar as particularidades semelhantes e, consequentemente, as normas que a eles se aplicariam.

Registre-se aqui que, durante o seriado "Suits", comumente as personagens protagonistas (Mike Ross e Harvey Specter) debruçam-se sobre *cases*, sendo estes a chave

para a solução do litígio a elas submetido. Inclusive, no início da série, fica mais nítido este respeito à cultura dos precedentes durante o período universitário.

Já na *civil law*, inexiste dito estudo (e aos poucos é difundido), especialmente no seio doutrinário.

Assim, o sistema dos precedentes (de maneira óbvia) irá avançar e se aprimorar substancialmente a medida que a doutrina e os próprios precedentes emanados pelas cortes superiores terem seu caráter vinculante respeito.

Claro que, tudo isso pautado pelos artigos 11 e 489, §1º, do NCPC e artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, de modo que a *stare decisis* seja inserida em um modelo condizente com o seu adequado desenvolvimento.

4 CONCLUSÃO

Desse modo, por tudo que foi exposto, nota-se que a tradição jurídica constante do seriado "Suits" (*common law* norte-americana) não é diametralmente oposta ao modelo existente no país. Há semelhança, especialmente com a previsão expressa dos precedentes, no artigo 927, do Código de Processo Civil.

Todavia, não houve a chamada "commonlização do direito brasileiro". O que houve, efetivamente, foi o avanço e desenvolvimento da própria tradição jurídica da *civil law*, na qual, em constante desenvolvimento e diálogo com o direito comparado (em um contexto de globalização) incorporou o sistema de precedentes. Há uma tradição jurídica própria brasileira, fruto do desenvolvimento da *civil law* tradicional e da busca incessante pela segurança jurídica e respeito ao que foi decidido (*stare decisis*).

Também é fato que, muito embora ambas as tradições compartilhem da similitude dos precedentes, cada qual detém uma forma distinta de estudo, aplicação e formação dos mesmos.

Para além, não se olvida que a inserção deste sistema no direito brasileiro, especialmente diante de suas diferentes formas de vinculação, efetivamente fará com que o exercitador do direito se atente não somente a um caso específico, mas também quanto à própria construção e formação do direito (como um todo). O próprio ensino jurídico deverá dedicar parte de seu tempo e esforço aos precedentes.

Claro que, como todo instituto novo, incumbirá a doutrina e a jurisprudência ditar os liames e caminhos a serem perseguidos pelos precedentes, ressaltando-se os ideiais previstos

no artigo 926, do Código de Processo Civil: integridade, estabilidade e coerência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil.** *Precedentes.* Coords. Fredie Didie Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Barril de Mâcedo. Salvador: JusPodivm, 2015.

MADEIRA, Daniela Pereira. A Força da Jurisprudência. *In*: FUX, Luiz (coord). **O Novo Processo Civil Brasileiro. Direito em Expectativa. Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único – 8ª Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**/Ravi Peixoto – 2. ed. ver. ampl. e atual – Salvador: JusPODIVM, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD; Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editoria, 2014.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**/Hermes Zaneti Jr. – 2. ed. rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

OS REFLEXOS DA ABORDAGEM DA FAMÍLIA EM "LILO & STITCH"

Bárbara Vitória Corrêa de LUCCA⁵⁶ Natália Araújo RODRIGUES⁵⁷

RESUMO

O presente artigo traz uma análise acerca do instituto da família, principalmente em relação a sua evolução histórica e ao seu conceito e extensão na atualidade, diante das transformações ocorridas na sociedade, bem como, por fim, os existentes desafios a serem superados na legislação pátria quanto a sua proteção e tratamento. Ainda, busca-se analisar a abordagem da família na animação "Lilo & Stitch", tecendo considerações sobre sua importância para a sociedade e os reflexos positivos dela decorrentes, com vistas a superar os desafios atualmente constatados no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da constatação de novos conceitos familiares, igualmente merecedores de proteção jurídica. O referencial teórico foi embasado, principalmente, nas lições de Maria Berenice Dias. A metodologia de pesquisa utilizada foi a bibliográfica. Dessa forma, vislumbra-se a necessidade da observância dos princípios norteadores do tema, previstos tanto na Constituição da República como no Código Civil, a fim de que haja uma completa proteção a todos os tipos de entidades familiares visualizados na sociedade atual.

PALAVRAS-CHAVE: Família; Proteção jurídica; Transformações; Lilo & Stitch.

ABSTRACT

This article presents an analysis about the family institute, mainly in relation to its historical evolution and to its concept and extension in the present, in face of the changes that have occurred in society, as well as, finally, the existing challenges to be overcome in the national legislation protection and treatment. It also seeks to analyze the approach of the family in the animation "Lilo & Stitch", making considerations about its importance to the society and the positive reflexes of it, with a view to overcoming the challenges currently verified in the Brazilian legal system, from the observation of new family concepts, equally deserving of legal protection. The theoretical reference was based mainly on the lessons of Maria Berenice Dias. The research methodology used was the bibliographical one. In this way, the need to observe the guiding principles of the subject, foreseen both in the Constitution of the Republic and in the Civil Code, is observed, so that there is complete protection for all types of family entities seen in today's society.

KEY WORDS: Family; Legal protection; Transformations; Lilo & Stitch.

INTRODUÇÃO

É evidente que o instituto da família passou por grandes transformações históricas até chegar ao que se pode visualizar na atualidade. Essas mudanças foram de extrema

⁵⁶ Graduanda em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

⁵⁷ Graduanda em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

importância para a garantia de princípios fundamentais que norteiam o instituto, tais como o princípio da solidariedade e da dignidade humana, bem como para que a estrutura familiar fosse baseada tanto na consanguinidade como na afinidade entre os membros.

Desse modo, conforme será demonstrado no presente estudo, a família, antigamente, era guiada e subordinada ao *pater familias*, que exercia um papel totalmente autoritário perante os demais integrantes. Somente após o período do Imperador Constantino, quando uma noção cristã passou a fazer parte do âmbito familiar, é que a moral ganhou espaço e o poder do chefe de família foi um pouco restringido. Apenas com o advento da pósmodernidade é que novos horizontes foram sendo conquistados e a família passou a ter um caráter mais aberto e diversificado.

Nesse cenário, tem-se que doutrinadores e até mesmo os legisladores começaram a proteger a entidade familiar, visto que que ela é um dos pilares de toda a sociedade. No âmbito brasileiro, há proteção tanto na Constituição da República quanto no Código Civil. O estudo do direito de família revela-se como de elevada iminência para conseguir regular de fato as relações dele decorrentes.

Destarte, fica evidente que há inúmeros princípios que devem ser respeitados a fim de gerar uma maior proteção da família. A dignidade da pessoa humana é o mais abrangente e universal, desse modo tenta proteger o desenvolvimento pessoal e psíquico de todos os entes. Também vale ressaltar que o princípio da liberdade integra um dos pilares da entidade familiar como forma de dar um tratamento isonômico no ambiente familiar e afastar, de uma vez por todas, o caráter arcaico e autoritário que a família traz desde o período do direito romano. Outros princípios como o da igualdade e respeito à diferença, solidariedade e pluralismo das entidades familiares constroem, estruturam, protegem e guardam hoje o que pode se chamar de família.

Também será trilhado durante o presente estudo que, embora o direito de família tenha passado por grandes transformações ao longo dos anos, ainda há muito que se conquistar. É notório que as relações, com o passar dos anos, tornaram-se muito mais voláteis e líquidas, dessa forma o direito tenta acompanhar essas modificações. Várias conquistas já podem ser celebradas como a o reconhecimento da união homoafetiva, da união estável como entidade familiar e a estrutura monoparental. Dessa forma, há muito que se comemorar e alcançar. É nítido que o futuro será traçado com bases no melhor para toda a sociedade e sempre buscando continuar o processo de tudo já conquistado.

Por derradeiro, deixa-se como questão cardeal que, para ajudar a difundir uma ideia mais expandida e protetiva do conceito de família, os desenhos infantis possuem um papel de fundamental importância. É possível trabalhar desde a infância até o período da vida adulta que a família não deve carregar um espírito autoritário, devendo, por outro lado, ser um ambiente em que os entes se sintam confortáveis, bem como que o que realmente importa é o afeto entre os mesmos. Nessa vertente, o longa-metragem "Lilo & Stitch" traz uma concepção de família diferente do convencional, e mostra de forma clara que o conceito familiar arcaico não possui mais espaço e que a imagem da família eudemonista está muito presente nos dias atuais, de maneira a, felizmente, ganhar espaço perante a sociedade.

Por conseguinte, o trabalho aborda de forma límpida a respeito da origem e principais características da família, bem como seu conceito e evolução durante o tempo, como uma maneira de mostrar a sua iminência para toda a sociedade. Para tanto, foram realizadas pesquisas doutrinárias, bem como legislativas, com o intuito de materializar uma exploração ampla sobre o tema ora discutido, tudo com o intuito de uma melhor compreensão da entidade familiar na sociedade atual, resguardando-se os principais princípios aplicáveis, e, principalmente, proteger os membros que a constituem, consequentemente possibilitando uma análise crítica sobre os desafios ainda existentes.

1. O INSTITUTO DA FAMÍLIA

1.1. Evolução histórica

A família pode ser considerada como a primeira célula de organização social. Há quem diga, inclusive, que a família se constitui como célula germinal da comunidade estatal, sendo mais antiga que o próprio Estado, conforme afirma Noé Medeiros (1997, p. 24).

Como tal, evidente que teve sua forma e seu conceito evoluídos e ampliados gradativamente até a atualidade, se comparada aos tempos mais remotos.

Tendo como ponto de partida o direito romano, nota-se que a principal característica da família nessa época é, sem dúvidas, sua organização baseada no princípio da autoridade, a qual era exercida pelo chamado *pater familias*, que era o ascendente masculino comum mais velho do grupo, que exercia plenos direitos, inclusive de vida ou morte, sobre seus filhos e sua mulher, sendo estes personagens totalmente subordinados a essa autoridade exercida pelo pai e marido, respectivamente. E, mais do que isso, o *pater* exercia sua autoridade também sobre todos os seus descendentes não emancipados e as mulheres casadas com estes.

Visualizava-se na família, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Isso porque incumbia ao *pater* ser administrador do patrimônio familiar, sacerdote, chefe político e juiz, comandando todas as esferas da vida dos que estavam sob sua autoridade.

Apenas com o tempo é que tais regras foram sendo atenuadas. Nesse sentido, vale destacar que, com o Imperador Constantino, a partir do século IV, foi instalado no direito romano uma concepção cristã da família, predominando-se as preocupações de ordem moral. Assim, também houve evolução no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do *pater*, na medida em que foi dando-se maior autonomia aos demais integrantes do núcleo familiar, que passaram, embora lentamente, a administrar seus patrimônios.

Ainda entre os romanos, era necessária a existência da chamada *affectio* em matéria de casamento, sendo que a sua ausência era, inclusive, causa necessária para a dissolução do casamento pelo divórcio. No entanto, os canonistas opunham-se à ideia de dissolução do vínculo conjugal, vez que consideraram o casamento como um sacramento, não podendo os homens dissolver a união realizada por Deus.

Já durante a Idade Média, constata-se que as relações familiares eram regidas exclusivamente pelo mencionado direito canônico, marcado pelo advento do cristianismo, sendo que as instituições de família, através do casamento, só aconteciam através de cerimônias religiosas, embora o direito romano continuasse a exercer bastante influência, aliado à crescente importância de diversas regras de origem germânica.

Destaca-se dentro do modelo canônico de família a importância destinada ao sexo, sendo que a relação carnal entre os nubentes se tornou requisito de validade para a convalidação da união. Esta condição estabelecida pelo direito eclesiástico é fruto da indissociação entre o matrimônio e a procriação, função primordial da união e que poderia ocorrer após o sacramento do casamento.

Com o fortalecimento do poder espiritual, a Igreja começou a interferir de forma decisiva nos desígnios familiares. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, (2002, p. 16/17), a partir desse momento a Igreja passou a empenhar-se em combater tudo o que pudesse desagregar o seio familiar, a exemplo do aborto, do adultério, e, principalmente, do concubinato.

Também nessa época, ainda era acentuada a autoridade do homem, visto como chefe do lar e sacerdote da família, estando a mulher condenada aos afazeres domésticos e ao

cuidado com os filhos.

A partir do século XIX, na época conhecida como "pós-modernidade", a família começou a voltar-se à afeição, caracterizando-se pela constituição por laços de afeto, deixando para trás o modelo autoritarista e institucional.

Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p. 05) menciona que a evolução da estrutura jurídica familiar se desencadeou a partir da evolução científica, dos movimentos sociais e o crescente fenômeno da globalização, sendo que essas profundas mudanças possuem suas raízes atreladas a acontecimentos como a Revolução Industrial, a redivisão do trabalho e a Revolução Francesa, tendo como ideais a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

A família contemporânea caracteriza-se, sobretudo, pela diversidade, assim como pela busca pelo afeto e pela felicidade. Todos os seus integrantes passam a ter o dever de reciprocidade em suas relações, baseados no princípio da solidariedade, que significam os pilares de base para a existência da família moderna. Chega-se, assim, a uma concepção nuclear de família.

A filiação também tem suas bases no afeto e na convivência, abrindo-se espaço para a possibilidade de não ser somente aquela que deriva dos laços de sangue, mas também do amor e da convivência.

Ainda, os avanços científicos e tecnológicos criaram novas expectativas sociais e novas possibilidades para o Direito de Família, que não tem alternativa, senão sensibilizar-se com essas novas formas de organização social, em conformidade com o que destacam Andréa Aldrovandi e Rafael Lazzarotto Simioni (2006, p. 6).

1.2. Influências sobre o direito de família brasileiro

Entende-se que a família brasileira, como atualmente é conceituada, foi influenciada tanto pela família romana, como pela família canônica, além da família germânica.

Em relação ao direito de família romano, os conceitos de família e filiação eram alicerçados no casamento e no autoritarismo, imposto pela figura do *pater*, dando origem ao termo "pátrio poder", hoje denominado poder familiar. Esses conceitos incorporaram-se ao Código Civil Brasileiro de 1916, sendo que, ainda hoje, se percebe a sua influência e seus resquícios na legislação vigente.

Já no que tange ao modelo de estrutura familiar nuclear, conforme o direito canônico, entende-se que este persiste, sendo reconhecida pela maioria das legislações ocidentais

vigentes o casamento tanto como ato jurídico formal quanto como sacramento religioso, como por exemplo no Brasil.

Apenas recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, é que o direito de família brasileiro passou a seguir seus próprios rumos.

1.3. O conceito na atualidade

O conceito de família foi se amoldando conforme a evolução ocorrida em toda a sociedade. Atualmente, a família é uma realidade sociológica e que constitui a base do Estado, ou seja, é o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerado, esse instituto aparece como necessário e merecendo ampla proteção do Estado.

O vocábulo "família" pode possuir vários significados para as diversas áreas das ciências humanas, mas o que interessa para os fins do presente estudo são os conceitos trazidos pela ciência jurídica.

A legislação pátria não apresenta um conceito definido da família. A Constituição da República e o Código Civil, atualmente vigentes, apesar de reportarem a ela e de estabelecerem sua estrutura, não a definem, inclusive tendo em vista que não há identidade de conceitos, tanto na sociologia como no próprio direito.

Assim, para efeitos didáticos, costuma-se fazer menção a três acepções do vocábulo, elencadas por Maria Helena Diniz (2008, p. 9/10). No sentido denominado de amplíssimo, seria aquela em que os membros estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção lato sensu do termo refere-se à união que "além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (parentes do outro cônjuge/companheiro)"; ou seja, abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Por fim, em seu sentido restrito, como a própria denominação sugere, restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e pela filiação.

Saliente-se, conforme entendimento explanado por Orlando Gomes (1998, p. 33), que a legislação pátria abrange as três acepções apresentadas, sendo aplicável cada uma em diferentes aspectos das relações familiares, graduando os direitos e obrigações de acordo com a proximidade do círculo familiar.

Depreende-se dos conceitos trazidos por esses e outros doutrinadores a intenção do legislador em considerar a família não apenas enquanto instituição jurídica, mas em sua importância social, em suas várias formas e variações. Na lição de Paulo Lôbo (2009, p. 2):

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).

Assim, para o Direito, família consiste na organização social formada a partir de laços sanguíneos, jurídicos ou afetivos.

Importante ressaltar que há uma tendência de ampliar o conceito de família, para abranger situações ainda não mencionadas pela legislação vigente.

Dessa forma, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 35), tem-se também as seguintes espécies de entidades familiares visualizados na sociedade atual: a) matrimonial (decorrente de casamento); b) informal (decorrente da união estável); c) monoparental (constituída por um dos genitores com seus filhos; d) anaparental (constituída somente pelos filhos); e) homoafetiva (formada por pessoas do mesmo sexo); e f) eudemonista (caracterizada pelo vínculo afetivo).

2. A PROTEÇÃO E O TRATAMENTO DA FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

2.1. Noções gerais

Tendo em vista a importância a que é atribuída à família à atual organização social, como proclama o art. 226 da Constituição da República, que a ela se refere como "base da sociedade", a ela é dispensada especial proteção do Estado, com o intuito de fortalecê-la, estabelecendo, assim, normas de ordem pública, que não podem ser revogadas pela vontade dos particulares.

Tais normas compõem o chamado "Direito de Família", que constitui ramo do direito civil e que disciplina as relações familiares, nascidos, portanto, do fato de uma pessoa pertencer a determinada família, na qualidade de membro desta.

O direito de família é, dentre os ramos do direito, visto como o mais intimamente ligado a própria vida, vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar, conservando-se a ele vinculadas durante a sua existência.

2.2. Princípios norteadores

A atual legislação pátria vem procurando adaptar-se à evolução social, bem como às mudanças legislativas sobrevindas nas últimas décadas. Diante desse cenário, revela-se a importância da aplicação dos princípios, previstos, explícita ou implicitamente, tanto na Constituição da República como no Código Civil, frente às alterações introduzidas, visando preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades e aos elevados interesses da sociedade.

Assim, rege-se o novo direito de família, precipuamente, pelo princípio do respeito à dignidade da pessoa humana. Assim, a remota proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução de valores, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em especial no que concerne ao pleno desenvolvimento da personalidade da mulher e dos filhos, possibilitando a plena realização de todos os seus membros.

Outro importante princípio é o da igualdade jurídica dos cônjuges/companheiros, no que tange ao exercício de seus direitos e deveres, afastando-se completamente o poder marital e o sistema de encapsulamento da mulher, anteriormente vigentes. Atualmente, todos os direitos e deveres são exercidos pelo casal, em sistema de cogestão, de acordo com as possibilidades de cada qual.

Como decorrência, encontra-se o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, sejam havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, sendo que todos terão os mesmos direitos e qualificações, vedada qualquer forma de discriminação relativa à filiação.

Quanto ao princípio da paternidade responsável e planejamento familiar, tem-se que este é de livre decisão do casal, em igualdade, sendo vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas ou privadas.

Em relação ao princípio da comunhão plena de vida, baseada na afeição entre os cônjuges/companheiros, refere-se ao aspecto espiritual da união conjugal e ao o companheirismo que nela deve existir. Demonstra a intenção de tornar essa relação mais humana, alterando-se o anterior delineado como aglutinação formal, adotando-se, agora, um conceito flexível e instrumental, que tem em mira um liame substancial, voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Assim, é priorizada a convivência familiar e os laços de afeto entre os membros.

Por fim, dentre os essenciais princípios que norteiam o atual direito de família, encontra-se o princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, em todos os seus aspectos, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado, o que tem largos e positivos reflexos.

2.3. A Constituição de 1988

A Constituição de 1988 dispensou um tratamento especial ao Direito de Família, reservando um capítulo destacado apenas para este ramo do Direito (Capítulo VII do Título VIII), que sofreu profunda transformação. Em contraposto ao modelo autoritário e patriarcal definido pelo Código Civil de 1916, o modelo de família depreendido do texto constitucional é fundado em preceitos como a igualdade, a solidariedade e o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamentos e ao mesmo tempo objetivos do Estado brasileiro, conforme ensina Paulo Lôbo (2009, p. 5).

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, incompatível com as atuais relações familiares.

Assim, a Constituição de 1988, nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias (2001, p. 5), "absorveu essa transformação de valores e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos".

O primeiro eixo seria de que, em conformidade com o afirmado pelo art. 226, a entidade familiar é plural, e não mais singular, vez que tem várias formas de constituição. O segundo eixo transformador, previsto no § 6º do art. 227, é a alteração do sistema de filiação, proibindo-se tratamentos discriminatórios. Já a terceira grande revolução situa-se no art. 5º, inciso I, assim como no § 5º do art. 226, que consagram o princípio da igualdade entre homens e mulheres, o que se aplica às relações familiares, principalmente entre cônjuges/companheiros.

O atual texto constitucional também abriu outros horizontes ao instituto jurídico da família, dedicando especial atenção ao planejamento familiar e à assistência direta à família, conforme art. 226, §§ 7º e 8º. Quanto a esse último ponto, foi estabelecido que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, inclusive criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

2.4. O Código Civil de 2002

Todas as mudanças sociais ocorridas na segunda metade do século passado, assim como o advento da Constituição de 1988, com as importantes inovações supramencionadas, levaram à aprovação do Código Civil de 2002.

Tal diploma destina o Livro IV da Parte Especial ao Direito de Família, dispondo sobre os direitos pessoais, em especial regras sobre o casamento e relações de parentesco, assim como sobre os direitos patrimoniais decorrentes, dando ênfase ao regime de bens e a alimentos. Ainda, dedica-se à regulamentação do instituto da união estável e seus efeitos, como inovação e consequência de seu reconhecimento como entidade familiar pela Constituição, em seu art. 226, § 3º. Por fim, normatiza os institutos protetivos da tutela e da curatela.

A partir de então, ocorre a assunção de uma realidade familiar concreta, com sobreposição dos vínculos afetivos. Assim, uma vez declarada a convivência familiar como direito fundamental, prioriza-se o modelo de família socioafetiva, com consequente não discriminação dos filhos, corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e reconhecimento do núcleo monoparental como entidade familiar.

Especificamente quanto ao conceito de família, ocorre uma ampliação com o novo diploma, principalmente a partir da regulamentação da união estável como entidade familiar.

Assim, tem-se que as inovações dão uma visão panorâmica das profundas modificações introduzidas no direito de família. Tais alterações demonstram e ressaltam a denominada "função social da família" no direito brasileiro.

2.5. Desafios

É possível constatar que muito tempo foi necessário para que fossem vencidos os focos de resistência e prevalecesse uma visão mais socializadora e humana do direito de família. Ao longo dos séculos XX e XXI, as transformações sociais foram gerando uma sequência de normas que alteraram, gradativamente, a feição desse ramo do direito brasileiro.

Um importante marco foi o reconhecimento da união estável como entidade familiar, conforme instituído pela Constituição, em seu art. 226, § 3º, e regulamentado pelo Código Civil, possibilitando essa opção aos casais que pretendem estabelecer uma comunhão de vida baseada no relacionamento afetivo, sem aderir às formalidades inerentes ao casamento.

Além disso, a Carta Magna também alargou o conceito de família, passando a integrá-lo as reações monoparentais. Esse redimensionamento, de acordo com Ivonete Coelho de Souza e Maria Berenice Dias (2001, p. 65), "calcado na realidade que se impõe, acabou afastando da ideia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração, deixou-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, consequentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação".

Todavia, apesar das alterações legislativas introduzidas ao ordenamento jurídico pátrio, nota-se que as mesmas ainda não são capazes de proteger integralmente esse importante instituto social.

Nesse sentido, observa-se que praticamente todas as definições e menções a família se referem a uniões entre homem e mulher e seus respectivos filhos. Essa visão da família é chamada de "tradicional", e não mais se coaduna com a atual realidade social.

Isso porque, em relação ao requisito de que a união seja entre pessoas de sexo diferente, este foi afastado pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu expressamente as uniões homoafetivas como igualmente dignas da proteção do Estado, vez que possuem os mesmos núcleos axiológicos.

Além disso, o conceito de família deve ser necessariamente ampliado, sob pena de não proteção de relações familiares como a informal, monoparental, anaparental e a homoafetiva.

Assim, apesar dos avanços, em alguns aspectos o legislador optou por se omitir, como é o caso da ausência de dispositivos que regulamentassem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mesmo em relação à proibição quanto à celebração não solene do casamento, tratando-o inexistente. Outrossim, Maria Alice Zaratin Lotufo (2007, p. 65) destaca que o legislador se omitiu na regulamentação, no que diz respeito à família monoparental, apesar de as estatísticas mostrarem que cerca de vinte e seis por cento dos brasileiros vivem dessa forma.

Diante desse cenário, o reconhecimento e a proteção dessas diversas relações familiares, ainda não expressa e devidamente regulamentadas em lei, permanecem, até o momento, dependendo da doutrina e da jurisprudência, na maioria das vezes, oscilante.

Dentro dessa caminhada evolutiva, conclui-se que o direito deve necessariamente acompanhar os anseios sociais, sob pena de transformar-se em letra morta.

Todavia, não se pode perder de vista que, da análise das mudanças ocorridas no

âmbito do direito de família, decorrentes de mudanças sociais, verifica-se que nem sempre o comportamento familiar corresponde às normas em vigor. Isto é, sendo a família uma instituição pré-legal, tem-se que as leis vêm depois, pois o fato social surge primeiro.

Essa ideia dá ensejo a acreditar que a legislação pátria que trata do direito de família tende a evoluir, com vistas a dar maior proteção ao instituto, de forma completa e abrangendo as diversas formas de relações familiares visualizadas no atual contexto social.

3. A ABORDAGEM DA FAMÍLIA EM "LILO & STITCH"

3.1. O filme

Faz-se mister começar a salientar que "Lilo & Stitch" é uma animação de longametragem realizada pela Walt Disney e dirigida por Dean DeBlois e Chris Sanders. A equipe que ajudou a construir o filme se deslocou até o Havaí para buscar inspirações artísticas e conceituais como, por exemplo, a noção de família havaiana.

Em síntese, a história retratada no filme é de que a União Federativa da Galáxia julga o cientista Jumba Jookiba Rick pela realização do Experimento 626. Com a condenação de ambos ao exílio, o Experimento 626 acaba fugindo para a terra por meio de uma nave sequestrada.

Assim sendo, ele aterrissa no Havaí, local em que reside uma menina órfã chamada Lilo, que está ameaçada de ter sua guarda retirada de sua irmã mais velha, Nani. Como toda criança de oito anos, ela deseja muito adotar um animal de estimação, logo, Nani, satisfazendo sua vontade, vai até um abrigo onde encontram o Experimento 626, batizado de Stitch.

Durante todo o longa-metragem, Lilo cria um afeto muito grande pelo seu novo companheiro e o ensina formas de amor e o que é ter uma família. Por ser uma alienígena ele começa a compreender com atitudes o que ela sempre fala: "Ohana significa família, família significa nunca abandonar".

3.2. Os reflexos e a importância para a sociedade

Com todo o enredo do filme explanado, é necessário tecer considerações a respeito da definição de família abordada pela animação. É visível que as irmãs escapam da concepção tradicional de família e alcançam de forma singular uma vertente moderna e desconstruída de padrões primitivos. Dessa forma, é notório que a constituição da entidade familiar é feita com

base no eudemonismo, ou seja, no vínculo afetivo entre os seres que a compõem.

As transformações históricas do conceito de família podem ser vistas com a evolução da sociedade como um todo. Até meados do século XIX, o seio familiar era composto por um "chefe de família" com sua esposa e filhos. No entanto, mudanças nessa definição foram necessárias, tendo em vista que a sociedade é mutável. Atualmente, a família contemporânea envolve a ideia de afeto, ou seja, independe de gênero. Dessa forma, a entidade familiar formada pelas personagens do longa-metragem vão na perspectiva de que mudanças estão acontecendo e devem ser relatadas para que toda a população mundial possa compreender, mesmo que de forma lúdica, tais transformações.

Nesse contexto, as animações infantis mostram-se como de extrema importância a fim de ajudar a difundir perante a sociedade e, principalmente, nas crianças ideais contra o preconceito e desigualdade, fazendo, assim com que a busca pela proteção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e isonomia ocorra de todos os lados. O filme ora em questão trabalha muito bem essa situação, voltando, ainda, sua problemática para a questão familiar. Corroborando com esse entendimento, Tânia Cristina do Ramo Silva e Ana Claudia Fernandes Gomes (2018) dissertam que:

A partir da leitura fílmica do filme infantil Lilo e Stitch, foram observados em seu conteúdo temas representativos para a formação da identidade, tais como: subjetividade, objetividade, ideologia, imagem e indústria cultural. O desenvolvimento humano depende da sua inquietação sobre sua realidade, sobre o que é diferente, e ainda, do interesse pelo conhecimento. Com isso, analisa tudo o que está ao redor, buscando a percepção, a sensibilidade do real e seus aspectos relevantes, mudando a realidade analisada.

Fica evidente que a animação, ao fazer a abordagem de Lilo ensinando ao Stitch a sua imagem de família, traz à tona toda uma noção contemporânea do instituto familiar em que a afinidade vale muito mais que o simples parentesco entre os entes. Além disso, podemos ver a formação de uma família anaparental, visto que as duas personagens, que compõem a unidade familiar, são irmãs e, inclusive, Nani está prestes a perder a guarda da menor.

Isto posto, Hugo Ribeiro de Sá (2018) elucida a família anaparental como sendo:

[...] um formato familiar que é capaz de adquirir as mais diversas configurações. A convivência longa e duradoura entre dois irmãos que foram abandonados pelos pais ou que estes faleceram, ou até mesmo duas amigas idosas que decidem viver o resto das suas vidas juntas, compartilhando suas aposentadorias, são exemplos de família anaparental.

Desta maneira, é possível enxergar que o meio jurídico, abrangendo as doutrinas, jurisprudências e leis, reúne um arcabouço de todas as técnicas e maneiras para proteger a

organização familiar, no entanto, para que ela atravesse todos os continentes e para que todos tomem conhecimento, são necessários meios midiáticos. Posto isto, o filme se mostra de relevante iminência para demonstrar de maneira clara que a família é o ambiente em que os indivíduos vão se construindo e as concepções antiquadas devem ser deixadas de lado abrindo espaço para uma nova perspectiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cativante analisar que é na família o lugar onde os seres humanos constroem seu caráter e buscam força para enfrentar as adversidades que todos possuem. Sua estrutura está baseada na consanguinidade e afinidade, apesar de nem sempre ter sido assim,

Como visto, de fato, na época do direito romano, a família era totalmente patriarcal. Pouco importava se havia laços afetividade entre os membros. Com grandes lutas e batalhas, o conceito e a formação foram sendo modificadas e adaptadas às novas realidades. Além disso, na era contemporânea e com os avanços da ciência, novas formas de família podem ser alcançadas como forma de proteger sempre o princípio da solidariedade e da dignidade.

Assim sendo, é inegável que, no Brasil, as transformações começaram um pouco tardias. Até pouco tempo, a família só era reconhecida como era disposto no direito romano. Todavia, vendo os novos rumos de toda a sociedade, a legislação brasileira teve que se adequar e, após grandes debates, passou a reconhecer outras formas e modalidadse de estrutura familiar. Desse modo, a diversidade deve ser sempre almejada como forma de respeito a todos.

Também cumpre dizer que, por ser tão importante, o grupo familiar possui grande proteção da legislação. Sua complexidade é muito vultosa e deve ser tomado o máximo de cautela e cuidado. Institutos como o casamento, regime de bens, ascendência, descendência são amplamente discutidos para que não haja mais conflitos. Os herdeiros, cônjuges e ascendentes devem estar amparados como forma de extrema proteção.

Dessa forma, o ordenamento jurídico passa por dificuldade a fim de acompanhar as transformações sociais, no entanto já é possível ver uma maior adequação das leis com a realidade do século XXI.

Por derradeiro, é válido tecer considerações de que, com todos esses desafios, a mídia e, principalmente, os filmes infantis possuem grande relevância com o objetivo de ajudar o rígido conceito família ser, ainda que aos poucos, desconstruído.

Com todos esses argumentos e análises contundentes, fica evidente que o longametragem "Lilo & Stitch" é uma grande ferramenta para auxiliar nas transformações necessárias na sociedade como um todo. A maneira com que o filme é expressado, os personagens, a lição da história, sem dúvidas, contribuem para demonstrar que o seio familiar vai muito além do sangue, pois envolve coisas mais importante para o ser humano, tais como a afinidade, o afeto e o amor.

REFERÊNCIAS

ALDROVANI, Andréa; SIMONI, Rafael Lazzarotto. *O direito de família no contexto das organizações socioafetivas: Dinâmica, Instabilidade e Polifamiliaridade*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM, 2006.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. Prefácio. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001.

DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Ivone Coelho de. *Família modernas: (Inter)secções do afeto e da lei*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 23ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 15ª Edição. São Paulo, Saraiva, 2018.

LILO & STITCH. Direção: Chirs Sanders e Dean Deblois. Los Angeles: Disney, 2002. 1 Dvd (85min).

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Família. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOTUFO, Maria Alice Zaratin. A guarda e o exercício do direito de visita. São Paulo: Revista do Advogado, 2007.

MEDEIROS, Noé. *Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM, 2003.

SÁ, Hugo Ribeiro. *Família Anaprental: uma realidade ou ficção jurídica?*. Disponível em: http://www.unifacs.Br/Revistajuridica/Arquivo/Edicao_Janeiro2008/Discente/Dis4.Doc.

Acesso em: abril 2018.

SILVA, Tânia Cristina do Ramo; GOMES, Ana Cláudia Fernandes. *A importância dos desenhos animados como representação ideológica: formação da identidade infantil.* Disponível em: <file:///C:/Users/Loja/Downloads/664-2849-1-Pb%20(1).Pdf>. Acesso em: abril 2018.

SUS. ENTRE A VIDA E A MORTE, ANÁLISE QUANTO A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA FALTA DE TRATAMENTO MÉDICO ADEQUADO

Juan Roque ABILIO Fernando de Brito ALVES⁵⁸

RESUMO

O problema da inefetividade dos direitos fundamentais está sempre na pauta do dia, em especial modo quando se pensa nos direitos prestacionais. O direito à saúde não é diferente, os relatos sobre a ineficácia do Estado em tratamentos é impactante. Diuturnamente milhares de pessoas sofrem por espera de tratamento, e este sofrimento acaba sendo "legitimado" pela falta de "punição" do descuido estatal. Pois bem, busca-se compreender o problema da efetividade do direito à saúde principalmente no viés individual, indo além da obrigação de fazer do Estado, analisando um caráter indenizatório. Através do estudo da responsabilidade civil do Estado jungido com a Teoria da Perda de uma Chance e do Dano Moral, acredita-se que há a responsabilidade do Estado e seu dever de ressarcir o particular que não conseguiu tratamento adequado, ainda mais nos casos de doenças comuns e conhecidas (a exemplo de alguém que falece na espera do tratamento para câncer). Procura-se, assim, refletir através da visão individual para o social, pois, acreditamos que com a clássica função pedagógica da indenização, há anos aplicado nas relações entre particulares, poderá trazer benefícios a toda coletividade, pois ao custar mais barato promover o direito à saúde do que negá-lo, o Estado em um jogo de valores poderá buscar efetivar o direito à saúde com o temor de sofrer uma condenação. Saibam todos que não se busca o enriquecimento através da dor, mas a compensação e a luta pelos direitos negados pelo ente estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Saúde; Perda de uma chance; Responsabilidade do Estado.

ABSTRACT

The problem of the ineffectiveness of fundamental rights is always on the agenda, especially when one thinks of the rights to benefit. The right to health is no different, reports about the ineffectiveness of the state in treatments is shocking. Thousands of people often suffer from waiting for treatment, and this suffering ends up being "legitimized" by the lack of "punishment" of state neglect. Well, it seeks to understand the problem of the effectiveness of the right to health, especially in the individual bias, going beyond the obligation to make the State, analyzing an indemnity. Through the study of civil responsibility of the State coupled with the Theory of Loss of Chance and Moral Damage, it is believed that there is the responsibility of the State and its duty to reimburse the individual who failed to receive adequate treatment, especially in cases of illness common and known (such as someone who

⁵⁸ Advogado. Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Filosofia pela Universidade do Sagrado Coração e graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, é especialista em "História e historiografia: sociedade e cultura" pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Jacarezinho. Atualmente é Assessor Jurídico da UENP, Editor da Revista Argumenta, Coordenador do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica (2015-2018), e professor das Faculdades Integradas de Ourinhos. Realizou estágio de pós-doutorado no Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013-2014). Tem experiência na área de Filosofia Política e Direito.

dies waiting for cancer treatment). It is sought, therefore, to reflect through the individual vision for the social, because, we believe that with the classic pedagogical function of indemnity, for years applied in the relations between private individuals, it can bring benefits to all collectivity, because at the cost cheaper to promote the right to health than to deny it, the State in a game of values may seek to realize the right to health with the fear of suffering a condemnation. Everyone knows that one does not seek enrichment through pain, but compensation and the struggle for rights denied by the state entity.

KEYWORDS: Right to health; Loss of a Chance; State responsibility.

INTRODUÇÃO

A precariedade do sistema de saúde brasileiro assola o país, diuturnamente milhares e milhares de pessoas sofrem sem tratamento e morrem à míngua por descuido do Estado em efetivar o direito à saúde.

Não obstante este cenário caótico, temos como garantia o direito saúde, cuja intervenção judicial para sua promoção encontra-se dia após dia mais intenso e necessário ante ao descuido do Estado.

Mas mesmo com a intervenção judicial o Estado reluta em cumprir com seu dever e o sistema de saúde ainda se encontra ineficiente, seja pela falta de tratamento, seja pelo seu tratamento à destempo.

Pois bem, a notoriedade da falha do sistema nos traz algumas reflexões, não somente no viés coletivo, mas também no individual.

A reflexão deste trabalho é saber se haveria a possibilidade de condenar o Estado por intermédio de uma ação indenizatória a danos decorrentes pela não prestação de saúde ou por sua prestação à destempo.

Utiliza-se, assim, a teoria da perda de uma chance e a teoria do dano moral para justificar a ocorrência do dano.

Para tanto, o filme escolhido demonstra o sofrimento que rodeia o enredo e cativa a quem o assiste, mostrando para todos o quão sofrido é a situação daquele indivíduo que morre à espera de um tratamento.

Será que o Estado teria nessas situações responsabilidade? Será que não se poderia cobrar de outra forma a efetivação do direito à saúde?

São reflexões que ao final do trabalho o leitor conseguirá responder.

01. O ÓLEO DE LORENZO: O RELATO DO SOFRIMENTO

O filme, baseado em uma história real, conta a história de Lorenzo, menino extremamente inteligente e meigo que sofre de uma doença rara degenerativa chamada adrenoleucodistrofia (ADL), que provoca uma incurável degeneração do cérebro levando o paciente paulatinamente a morte.

Por conta de sua raridade não há tratamento para a doença e a morte é certa, mostrando, assim, o sofrimento paulatino que é exposto Lorenzo e sua família.

O fracasso dos médicos e a falta de medicamentos fazem com que a circunstância se torne mais e mais sofrida, demonstrando que o sofrimento por vezes não é causado somente por uma doença, mas também pela sensação de poder-se lutar contra.

No transcorrer do filme, os pais de Lorenzo, Augusto e Michaela Odone, descrentes dos métodos e dos médicos começaram por conta própria estudar e pesquisar na esperança de encontrar alguma substância que pudesse amenizar ou conter o avanço da doença que ia destruindo o cérebro de Lorenzo.

Após muitos estudos, pesquisas e testes os pais de Lorenzo descobriram um óleo, que não curava efetivamente a doença, mas que a estagnava.

O filme mostra o sofrimento daquele que possui a doença e espera um tratamento e também daquelas pessoas que o amam e sofrem ao ver seu ente querido aos poucos morrendo e sofrendo.

Destarte, o filme traz a reflexão de um problema que assola o país, a saúde pública, cujo sofrimento atinge milhares e milhares de pessoas.

Reflete-se então, será que não haverá a quem responsabilizar jurídica e moralmente?

O presente trabalho traça a discussão no viés daquele que sofre na fila de espera e de seus familiares, limitando-se a demonstrar a (i)responsabilidade do Estado diante de situações, infelizmente, cotidiana na fila do SUS.

02. REFLEXÃO ACERCA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. DAS DOENÇAS MAIS RARAS ÀS MAIS COMUNS. A FALTA DE TRATAMENTO POR PARTE DO PODER PÚBLICO. UM SENTIMENTO DE ABANDONO

É inegável que há um problema na efetivação do direito à saúde por meio das Políticas Públicas, ora pela inexistência, ora pela insuficiência.

Em especial ao tema aqui versado, o problema é visto tanto pela sociedade quanto pelos próprios trabalhadores da área da saúde, os quais vivenciam o sofrimento de milhares de pessoas ao vivo. *Os trabalhadores da saúde entrevistados identificam no cotidiano do*

Sistema Único de Saúde (SUS) os desafios para o direito universal e integral à saúde. (SARRETA, 2009, p. 133).

Ora, o povo depositou no Estado a esperança de tê-lo como garantidor e protetor de seus direitos, esperando que haja um sistema de saúde de qualidade e eficaz.

Esta esperança é sentida na constituinte de 1988, a qual acolheu boa parte da proposta do Movimento Sanitário da VIII Conferencia Nacional de Saúde realizada em 1986, mostrando assim o compromisso do Estado em garantir a saúde de sua população. Foi, sem dúvida, um grande avanço a inclusão, na Constituição Federal, de uma garantia de direitos de cidadania à saúde, a mais abrangente que já se viu em uma carta magna quando comparada com a de qualquer país. (SILVA, 1995, p. 16).

Dessa feita, o Estado é devedor de uma política pública de qualidade e o administrado é credor dessa política pública.

Logo, se o Estado se encontra em mora com a sociedade ao não efetivar o direito à saúde, ou ao efetivar o faz de forma deficiente, em especial modo em se tratando de tratamentos médicos e medicamentos, deve o judiciário intervir a fim de trazer essa efetivação, seja em casos particulares, seja em casos coletivos.

Lembre-se, que não obstante o direito à saúde ser um direito coletivo de segunda dimensão, possui também um caráter individual, munindo o individuo, isoladamente, de interesse jurídico para acionar o Estado em uma demanda.

Assim, seja quando o Estado não implementa políticas públicas ou a faz de forma deficitária, haverá a possibilidade da intervenção do judiciário:

No que se refere às políticas públicas, existe o dever constitucional de o Estado prestar certas ações que assegurarão o pleno exercício dos direitos fundamentais. Por isso, a omissão estatal, neste ponto, caracteriza ofensa direta à Constituição Federal. Ofensa esta passível de controle judicial, portanto. (SILVA, 2007, p. 17)

Em suma, na hipótese de política pública ineficiente, entendemos que o controle judicial somente será possível se houver violação frontal e objetivamente aferível de normas legais ou princípios constitucionais pela própria política pública e não por uma conduta concreta da Administração Pública no exercício deste mesmo projeto. Em outras palavras, o Poder Judiciário poderia verificar a constitucionalidade da política pública em si e a adequação do ato concreto impugnado judicialmente com o programa governamental; nunca poderia determinar que a Administração agisse contrariamente à política pública por ela

implementada, sem reconhecer – e apontar - vício na política em si, sob pena de atribuir tratamento diferenciado a alguns, injustificada e inconstitucionalmente. (SILVA, 2007, p. 19)

O quadro de abandono é notório, sendo que das doenças mais raras às mais comuns tem-se notícia de falta de tratamento.

Em uma pesquisa rápida pela internet podemos encontrar as seguintes matérias: **a.** pelo menos 60 pacientes morreram em filas de espera por cirurgia em cinco hospitais federais⁵⁹; **b.** pacientes morrem à espera de vagas em UTIs na rede pública, em Goiás⁶⁰; **c.** a cada 3 minutos, mais de 2 pessoas morrem no Brasil em hospitais por falhas que poderiam ser evitadas⁶¹; **d.** país tem 904 mil na fila por cirurgia eletiva no SUS, espera chega a 12 anos⁶²; **e.** sem vagas, pacientes agonizam e até morrem na fila à espera de UTI⁶³; **f.** SUS chama para consulta uma paciente que morreu há 11 anos na fila de espera⁶⁴; **g.** mulher espera 8 dias na fila do hospital e morre de AVC⁶⁵.

O sentimento é de abandono e o caos na saúde pública deve ser corrigido pensando no indivíduo, esse indivíduo que é centro de todo o direito e de toda a dignidade. Assim, devemos buscar mecanismos cada vez mais eficazes a fim de compelir o Estado ser Estado.

03. A EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DE SEGUNDA DIMENSÃO/GERAÇÃO. A MÁXIMA EFETIVAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NOT SELF EXECUTING

A efetividade dos direitos é uma problemática que atinge de sobremaneira as normas constitucionais *not self executing*, ou seja, normas não bastantes em si, que precisam da atuação mais incisiva do Poder Público para sua efetivação.

Direitos como esses, necessitam de uma atuação extremamente positiva do Estado a fim de efetivá-los, não bastando sua simples previsão normativa para sua efetivação.

Não se nega aqui o lado também prestacional dos direitos individuais, contudo,

^{59 &}lt;a href="https://oglobo.globo.com/rio/pelo-menos-60-pacientes-morreram-em-filas-de-espera-por-cirurgia-em-cinco-hospitais-federais-15021575">https://oglobo.globo.com/rio/pelo-menos-60-pacientes-morreram-em-filas-de-espera-por-cirurgia-em-cinco-hospitais-federais-15021575

^{60 &}lt;a href="http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/02/pacientes-morrem-espera-de-vagas-em-utis-na-rede-publica-em-goias.html">http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/02/pacientes-morrem-espera-de-vagas-em-utis-na-rede-publica-em-goias.html

^{61 &}lt;a href="https://noticias.r7.com/saude/a-cada-3-minutos-mais-de-2-pessoas-morrem-no-brasil-em-hospitais-por-falhas-que-poderiam-ser-evitadas-26102016">https://noticias.r7.com/saude/a-cada-3-minutos-mais-de-2-pessoas-morrem-no-brasil-em-hospitais-por-falhas-que-poderiam-ser-evitadas-26102016

^{62 &}lt;a href="http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,pais-tem-904-mil-na-fila-por-cirurgia-eletiva-no-sus-espera-chega-a-12-anos,70002106713">http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,pais-tem-904-mil-na-fila-por-cirurgia-eletiva-no-sus-espera-chega-a-12-anos,70002106713

^{63 &}lt;a href="https://www.campograndenews.com.br/cidades/capital/sem-vagas-pacientes-agonizam-e-ate-morrem-na-fila-a-espera-de-uti">https://www.campograndenews.com.br/cidades/capital/sem-vagas-pacientes-agonizam-e-ate-morrem-na-fila-a-espera-de-uti

^{64 &}lt;a href="https://www.notibras.com/site/sus-chama-para-consulta-uma-paciente-que-morreu-ha-11anos-na-fila-de-espera/">https://www.notibras.com/site/sus-chama-para-consulta-uma-paciente-que-morreu-ha-11anos-na-fila-de-espera/

⁶⁵ https://pensabrasil.com/luxo-e-pobreza-mulher-espera-8-dias-na-fila-do-hospital-e-morre-de-avc/

inegavelmente os direitos sociais, os quais se caracterizam por um fazer, demandam muito mais recursos do Estado. Mas não se esqueça, todos os direitos custam.

Ora, numa análise constitucional tem-se que os direitos sociais são direitos fundamentais e como tal, por força do artigo 5°, §1° da CRFB/88, possuem aplicabilidade direta.

Além do mais, o postulado da máxima efetividade deve reinar sobre esses direitos, fazendo com que se busque a todo modo efetivá-los o máximo possível.

Assim, entendemos que não obstante os direitos de segunda dimensão por vezes necessitarem de um fazer do Estado e/ou regulamentação, pode-se retirar sua eficácia normativa diretamente da Constituição e o indivíduo pode exigir sua efetividade com ou sem políticas públicas, com ou sem regulamentação infraconstitucional.

Logo, todos os direitos fundamentais podem ser exigidos imediatamente pelo indivíduo. Obviamente tem-se a discussão do fator custo, que inevitavelmente obsta a efetivação dos direitos sociais.

Contudo, o fator "custo" jamais poderá servir de desculpas para a não efetivação dos direitos, mesmo que pode ser considerado um óbice fático, deve o Estado buscar efetiva-los.

E se o Estado se mostra descuidado com um problema que assola o país por anos, a questão do "custo" não poderá servir de argumento de defesa.

Assim, concluímos algumas premissas, a primeira de que todos os direitos fundamentais têm aplicabilidade direta e máxima eficácia, e que mesmo que o fator "custo" por vezes seja um fator que obsta a realização de direitos, jamais poderá servir de desculpas para a não efetividade dos direitos, buscando através de mecanismos jurídicos e políticos a devida correção dessas mazelas.

04. O DIREITO À SAÚDE. UM DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO?

Dentre os temas mais complexos e dos mais complicados a se decidir é justamente o direito à saúde. Talvez um dos motivos de sua complexidade e sua falta de efetividade seja o fato de ser um direito juvenil, pois, a Constituição de 1988 foi a primeira a consagrar o direito fundamental à saúde, sendo que no máximo o que houve foi na Constituição de 1824 a referência sobre a garantia de "socorros públicos" (art. 179, XXXI).

Notadamente nossa constituição é deveras protetora ao direito à saúde, consagrando em seu artigo 196 que "a saúde é **direito de todos** e **dever do Estado**, garantido mediante

políticas sociais e econômicas que visem à **redução do risco de doença** e de **outros agravos** e ao **acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação"** (sem destaque no original).

Da análise do artigo percebe-se que sua incidência de proteção vai além da simples garantia à saúde quando a pessoa se encontra doente, ou seja, ela determina que o cidadão tem o direito e o Estado o dever de reduzir os riscos de doença e outros agravos, patrocinar o acesso universal à serviços que visam a promoção, proteção e recuperação à saúde.

Ora, em outras palavras o Estado tem que atuar tanto na prevenção quanto no combate a doenças, patrocinando o acesso aos meios adequados para se garantir a saúde para todos.

Veja, pois, que este direito possui duas facetas, a primeira de direito individual e a segunda de direito coletivo.

A dimensão individual se extrai do reconhecimento do direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, o que traduz em uma obrigação do Estado e um direito do indivíduo, sendo esta faceta já reconhecida pelo STF no AgR-RE 271.286-8/RS.

Em seu viés coletivo se mostra pela busca através de políticas públicas a promoção da saúde de forma coletiva, ou seja, para todos.

Numa visão geral, o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva). Nessas perspectivas, as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento. (MENDES e BRANCO, 2015, p. 662)

Ambos os vieses se completam, pois ao reduzir a ocorrência de doenças de forma coletiva inevitavelmente irá efetivar o direito individual à saúde, e ao combater as doenças de forma individual, em especial as infectos contagiosas, inevitavelmente irá se efetivar o direito à saúde coletiva.

Mesmo sendo o direito à saúde norma de conteúdo programático, este fato não exclui a pretensão do indivíduo em buscar sua tutela perante o Estado-Juiz.

Dizer que a norma do art. 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a

serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição. (MENDES e BRANCO, 2015, p. 660).

Ora, a falta de políticas públicas de qualidade não serve como argumento para a incapacidade desse direito de produzir efeitos, quando se falta políticas públicas o que se tem é débito do Estado.

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (MENDES e BRANCO, 2015, p. 661)

Difícil a análise dessa situação, pois, não obstante a necessidade de políticas públicas e o direito subjetivo à estas políticas públicas, o que se tem visto na prática é sua ineficiência seja pela inexistência ou pela morosidade de tais políticas públicas para a promoção do direito à saúde.

Porém, ainda há um distanciamento entre o campo teórico e prático, ou seja, apesar da previsão legal de garantia de tal direito, na realidade, não ocorre sua efetividade, seja pelo descaso na execução de políticas públicas ou pela omissão do Poder Público. (MENDONÇA, 2016, p. 159)

Ora, não se pode olvidar que não obstante o direito à saúde ser uma norma programática, sua inefetividade não é justificável, se assim fosse negaríamos a força normativa da constituição.

Isto acaba armando o Judiciário para sua intervenção, sem que com isso ferisse a tripartição de poderes.

Diante de inúmeros descumprimentos e omissão dos governantes em relação ao fornecimento de medicamentos e suplementos alimentares pela porta do SUS, as pretensões judiciais com a finalidade de que o Poder Público efetive este direito, não ofende o princípio da separação dos poderes, não tratando portando de intervenção do Judiciário no Executivo ou Legislativo, mas de fazê-los cumprir funções típicas determinadas pela Constituição. (MENDONÇA, 2016, p. 171).

Logo, o que se pode concluir é a existência de dois deveres do Estado, um de âmbito individual e outro de âmbito coletivo os quais quando não cumpridos ensejam a reparação de danos, visto que, se há um dever de agir sua omissão se caracteriza como ato ilícito nos

mesmíssimos termos da clássica responsabilidade civil.

Por fim, deixamos as palavras do professor Ingo Wolfgang Sarlet sobre o tema do direito à saúde:

(...) a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça. (2010, p. 325).

Realmente, a denegação deste mínimo vital é o mesmo que o Estado condenar à morte o indivíduo, cujo crime é o de ser pobre. Justo?

05. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA FALTA DE TRATAMENTO MÉDICO. ANÁLISE PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE E PELO VIÉS DO DANO MORAL INDENIZÁVEL

É de conhecimento geral entre os estudiosos do direito de que a regra da Responsabilidade Civil do Estado é a objetiva, conforme se extrai do artigo 37, §6º da CRFB/88, ao dizer que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Ora, é patente a evolução histórica nesta matéria, partindo-se da Teoria da Irresponsabilidade, reinante em tempos juvenis e absolutista do Estado no qual "the king can do no wrong", para a Teoria do Risco Administrativo, o qual adequadamente reconhece o Estado causador de dano.

Por óbvio, como dito, a Teoria que se adota é a do Risco Administrativo e em casos especialíssimos se adota a Teoria do Risco Integral.

Justifica-se essa adoção pelo fato de que o Estado não pode ser garante de todos os eventos ocorridos na sociedade, como se fosse um segurador universal, sob pena de se colocar

em risco a própria existência do Estado.

Ora, impensável que o Estado garanta todos os danos ocorridos na sociedade, pois, caso fosse assim, ao indenizar todos arruinaria a existência do próprio Estado, sendo, dessa forma, mais prejudicial à sociedade a sua ruína do que a limitação de sua responsabilidade pela Teoria do Risco Administrativo.

Por outro lado, obviamente, o Estado não nasce da vontade divina a ponto de lhe retirar sua responsabilidade, o Estado nasce da convivência entre homens, é sim uma criação do homem e não de deus, e por conta disto há momentos em que o mesmo deva ser responsabilizado, visto que o Estado erra, e infelizmente mais do que desejaríamos.

Para o presente trabalho interessante trazermos três teorias subjetivas da Responsabilidade do Estado, que não obstante já ultrapassadas, servirão de base argumentativa para a aplicação do que se defende neste trabalho.

Trata-se da Teoria da Culpa Administrativa, a Teoria da Culpa Anônima e finalmente a Teoria da Falta Administrativa.

Na primeira, vê-se o Estado com ânimo subjetivo na culpa *in commitendo* e *in omittendo*, sendo que este ânimo se retira da ação ou omissão de seus agentes, os quais representariam a própria vontade do Estado.

Na segunda, diferentemente da primeira, não precisaria identificar o agente público, sendo esse "anônimo", se aproximando, e muito, da teoria objetiva.

Já na última e a mais importante para os argumentos a serem trazidos aqui reside no fato de que a falta do Estado quando deveria ser atuante é gerador de culpa.

A teoria epigrafada toma como espeque a visão de que a falta do serviço estatal caracteriza a culpa da Administração, não havendo necessidade de investigar o elemento subjetivo do agente estatal, mas sim, somente, a falta do serviço em si mesmo. Assim, o que nos parece relevante, na adoção dessa teoria, é justamente que, além dos três elementos essenciais para a caracterização da responsabilidade civil, prove-se também, para o reconhecimento da omissão estatal, justamente o seu dever de agir, com a demonstração de que, não se omitindo, haveria real possibilidade de evitar o dano. (GAGLIANO, 2012, pág. 235).

Ora, somos sabedores que a evolução nos trouxe a Teoria do Risco Administrativo, o qual obriga o Estado indenizar pela simples ocorrência do ato lesivo, sem se perquirir a falta de serviço ou a culpa do agente. Em outras palavras, trata-se de uma teoria objetivista e não

subjetivista.

No presente trabalho estamos a tratar exatamente de quando o Estado deveria agir e não age a benefício de sua população, ou seja, como que seria a responsabilidade por omissão estatal?

Por comissão acaba sendo fácil identificar, pois, se causa dano a alguém, como por exemplo, uma viatura que se choca em seu carro, certamente terá o Estado que indenizá-lo, pois há um agir que lhe causa dano.

Contudo, quando não há "o agir" do Estado, será realmente correta a subsunção quase que matemática?

Para responder essa pergunta partimos já da ideia de que o Estado, como regra, possui responsabilidade civil objetiva, o que quer dizer que não irá se perquirir culpa ou dolo, sendo suficiente para a sua caracterização o dano, nexo causal, a ação ou omissão.

Bem essa é a regra, ocorre que há posicionamentos que em caso de omissão deve a responsabilidade ser subjetiva, realmente por conta da injustiça que a teoria objetiva iria causar e mais, poder-se-ia chegar ao absurdo da Teoria do Risco Integral.

Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (jaute Du service); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público. (DI PIETRO, 2014, pág. 725)

Logo, a resposta em saber se o Estado responderia ou não em caso de omissão se faz pela análise do dever do mesmo em evitar ou combater o dano, veja que, caso uma árvore caia por conta de uma chuva torrencial e atinja um carro, o Estado não irá responder, mesmo que estejamos em um local de propriedade do mesmo, ocorre que, se houvesse a demonstração de que houve uma omissão no lugar do dever de um agir do Estado, como, por exemplo, no caso árvore a falta de corte, o Estado responderá pela sua omissão.

No caso de serviço, caso comprovado a falta do serviço ou sua insuficiência o Estado deve ser responsabilizado, pois há a responsabilidade quando há "o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano" (DI PIETRO, 2014, pág. 728), vejamos uma decisão do STF quanto ao tema:

STF – Responsabilidade civil do Estado. Responsabilidade por omissão. Morte de passageiro em acidente de aviação civil. Caracterização. <u>CF/88, art. 37</u>, § 6°. Lavra dissenção

doutrinária e pretoriana acerca dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado por omissão (cf. RE 257.761), e da dificuldade muitas vezes acarretada à sua caracterização, quando oriunda de deficiências do funcionamento de serviços de polícia administrativa, a exemplo dos confiados ao D.A.C. - Departamento de Aviação Civil -, relativamente ao estado de manutenção das aeronaves das empresas concessionárias do transporte aéreo. No caso, porém, o acórdão recorrido não cogitou de imputar ao D.A.C. a omissão no cumprimento de um suposto dever de inspecionar todas as aeronaves no momento antecedente à decolagem de cada vôo, que razoavelmente se afirma de cumprimento tecnicamente inviável: o que se verificou, segundo o relatório do próprio D.A.C., foi um estado de tal modo aterrador do aparelho que bastava a denunciar a omissão culposa dos deveres mínimos de fiscalização. De qualquer sorte, há no episódio uma circunstância incontroversa, que dispensa a indagação acerca da falta de fiscalização preventiva, minimamente exigível, do equipamento: é estar a aeronave, quando do acidente, sob o comando de um «checador» da Aeronáutica, à deficiência de cujo treinamento adequado se deveu, segundo a instância ordinária, o retardamento das medidas adequadas à emergência surgida na decolagem, que poderiam ter evitado o resultado fatal. (STF - Rec. Ext. 258.726/2002 - AL - Rel.: Min. Sepúlveda Pertence - J. em 14/05/2002 - DJ 14/06/2002- Doc. LEGJUR 103.1674.7335.8500).

Reflita-se, se à todos é garantido o direito à vida, à dignidade, à saúde e ao bem estar, inegavelmente tem o Estado o dever de efetivar esses direitos, logo, eventual omissão em seu mister é suficiente para caracterizar sua Responsabilidade Civil frente ao cidadão.

Veja, que no caso dos tratamentos o Estado tem o dever de agir e de evitar o dano, assim, mesmo se utilizarmos a teoria subjetiva da falta administrativa responderia o Estado por sua omissão.

Pois bem, superada a possibilidade teórica do Estado responder perante o particular por conta de sua omissão, custa analisarmos a teoria da perda de uma chance e sua aplicabilidade junto ao caso em que se analisa no presente trabalho.

Mas o que seria a perda de uma chance? Bem, não é dano moral, não é dano material e tampouco estético, por isso a doutrina afirma que é uma quarta modalidade de dano (FERRARA, 2016).

Em apertada síntese, a perda de uma chance não se tutela um dano concretamente aferível, mas a possibilidade que foi perdida, essa teoria remonta à jurisprudência francesa do final do século XIX (*perte d'une chance*), a qual entende ser indenizável o dano resultante da

diminuição de probabilidades de um futuro êxito.

Assim, seus requisitos é a existência de uma chance séria e real, sendo aplicável tanto para o que deixou de lucrar ou a chance de evitar um prejuízo. Ou seja, não será indenizável mera eventualidade, suposição ou desejo.

Vejamos alguns exemplos práticos a fim de melhor compreender esta teoria.

Em 1911 o caso inglês conhecido como Chaplin V. Hicks, a autora de uma ação que se encontrava entre as cinquenta finalistas de um concurso de beleza teve sua chance interrompida pelo réu, o qual não a deixou participar da última etapa do concurso, assim, o magistrado entendeu que a autora teria 25% de chances de ser vencedora, aplicando-se proporcionalmente a indenização (MELO e AMARAL, 2014).

No Brasil temos o caso do REsp 788.459/BA do ano de 2005 no qual a autora alegava ter perdido a chance de ganhar 1 milhão de reais no programa "Show do Milhão", visto que a pergunta final não ter resposta correta, o tribunal aplicou a teoria e condenou o réu a indenizar.

Aplicando essa teoria, o professor Carlos Roberto Gonçalves assim pontuou quando da análise da responsabilidade civil dos médicos:

Assinala-se que o retardamento nos cuidados, desde que provoque dano ao paciente, pode importar em responsabilidade pela perda de uma chance. Consiste esta na interrupção, por um determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no futuro, algo benéfico, e que, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Frustra-se a chance de obter uma vantagem futura. Essa perda de chance, em si mesma, caracteriza um dano, que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil. (2012, pág. 164)

Também encontramos julgados no mesmo sentido, veja:

Comporta-se contra a prudência médico que dá alta a paciente, a instâncias deste, apesar de seu estado febril não recomendar a liberação, e comunicado, posteriormente, do agravamento do quadro, prescreve sem vê-lo pessoalmente. O retardamento dos cuidados, se não provocou a doença fatal, tirou do paciente razoável chance de sobreviver. (RJTJRGS, 158/214).

Responsabilidade civil. Falha do atendimento hospitalar. Paciente portador de pneumonia bilateral. Tratamento domiciliar ao invés de hospitalar. Perda de uma chance. É responsável pelos danos patrimoniais e morais, derivados da morte do paciente o hospital, por

ato de médico de seu corpo clínico que, após ter diagnosticado pneumonia dupla, recomenda tratamento domiciliar ao paciente, ao invés de interná-lo, pois, deste modo, privou-o da chance (perte d'une chance) de tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo. (TJRGS, Ap. 596.070.979, 5ª Câm. Cív., rel. Des. Araken de Assis, j. 15-8-1996).

Logo, a falta de tratamento configuraria a perda de uma chance de cura, termo este mencionado no livro "Responsabilidade Civil" do professor Carlos Roberto Gonçalves, o qual cita o professor Jurandir Sebastião.

Ora, é inegável que a falta de tratamento fatalmente causaria sim o dano pela teoria ora estudada, visto que o Estado não evitaria um mal ou deixaria de curá-lo.

Argumentos sobre a falta de certeza dos tratamentos não podem servir de guarita para a irresponsabilidade civil do Estado, sob pena de voltarmos à ideia de Estado Absolutista, no qual o Rei nunca erra.

Todo tratamento é incerto, mas ante a incerteza da vida e a certeza da morte, o paciente certamente buscará um último suspiro de esperança e quando este o é ceifado pela má prestação ou não prestação do serviço público de saúde deve o Estado responder pela perda de uma chance de cura.

O maior problema surge no momento de se quantificar. Para tanto vale responder, quanto vale uma vida? Ou a chance de tê-la a salvo?

Não obstante sua dificuldade, essa não pode ser empecilho para seu não arbitramento, visto que o direito é existente e latente.

Seria, assim, um caso de se confiar na equidade do juiz aplicador do caso concreto em analisar a desídia do Estado e as chances de cura, sendo que esta última deve-se presumir visto que caso recaia a prova para o autor dificilmente este conseguiria comprovar com laudos técnicos. A uma, não possui conhecimento técnico para tanto, a duas, jamais sabe-se realmente do efetivo efeito de um tratamento, a três, estamos a se tratar, das mais das vezes, de pessoas simples e de pouca posse, se lhe couber contratar um assistente técnico para tal acabaria tornando o processo demasiadamente oneroso.

Dessa forma, entendemos que o ônus recairia tão somente ao Estado em provar a ausência de desídia, quanto maior esta for, maior será a indenização, quanto menor, menor será a indenização.

06. A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE PELO VIÉS INDENIZATÓRIO: A DUPLA FUNÇÃO INDENIZATÓRIA, O CARÁTER PEDAGÓGICO DA

INDENIZAÇÃO

Classicamente a responsabilidade civil teve como objetivo garantir a reparação ou compensação dos danos decorrentes de uma ofensa a direito alheio, fazendo com que a vítima retornasse ao *status quo ante*, é o que se extrai também do artigo 927 e 944 do Código Civil.

Ocorre que cada vez mais crescente na seara do Direito Privado a possibilidade de se condenar em Danos Morais com a função pedagógica, ou seja, como forma de incutir ao réu o ensinamento de como deve se comportar perante a sociedade.

Ora, a ideia é socializar a relação de responsabilidade civil, indo além da vítima, com o escopo puramente de prevenção, é dizer, ao ensinar "punindo pedagogicamente" o autor do dano acaba incutindo o temor necessário a fim de que o mesmo autor não volte a causar o mesmo dano.

Nisto faz com que o ofensor pague a mais, não se limitando ao mero ressarcimento.

A partir da função punitiva da responsabilidade civil (pena civil), é possível rever-se o critério de mensuração das indenizações arbitradas no âmbito da responsabilidade civil, a fim de que ao ofensor caiba não apenas a obrigação de reparar ou compensar a vítima, mas a de pagar uma quantia extra, a título de punição. (SILVEIRA, 2016).

Além da função preventiva, tem-se também a forma de desestimular a conduta, pois, por vezes é muito mais barato pagar indenizações do que cumprir com a correta obrigação, e o correto é que as obrigações sejam cumpridas e não indenizadas.

A função punitiva tem o objetivo de reforçar as sanções sob o escopo da responsabilidade civil, a fim de funcionar de maneira hábil a mitigar a possibilidade de se efetivar a hipótese na qual o agente perceba que as consequências da sua conduta serão inferiores ao proveito auferido pela conduta ilícita, inibindo, por exemplo, delitos em massa envolvendo as relações de consumo e os danos de âmbito ambiental. (SILVEIRA, 2016).

Pois bem, no presente caso verificamos outro argumento para conceder a indenização, qual seja a função punitiva da Responsabilidade Civil, reverberando ainda mais nossos argumentos.

Dessa forma, ao se tornar mais custoso o Estado indenizar do que cumprir com sua obrigação de promover políticas públicas de qualidade e a tempo, certamente, seria um incentivo para que o mesmo cumprisse com seu papel.

07. A (NÃO) INTERVENÇÃO JUDICIAL E O POSSÍVEL EFEITO BACKLASH

O chamado efeito backlash ocorre quando uma decisão tomada pelo judiciário repercute na sociedade não com os efeitos esperados, mas sim de forma oposta à esses efeitos.

Um exemplo se extrai do caso Furman v. Georgia de 1972 quando a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu por 05 a 04 que a pena de morte seria incompatível com a oitava emenda, ocorre que ao invés de gerar amplo consenso sobre a perversidade dessa punição, acabou por fortalecer os grupos conservadores que obtiveram nas eleições seguintes uma vitória avassaladora, encrudelecendo ainda mais o sistema penal (LIMA, *on line*).

Todavia, não obstante a preocupação da doutrina em relação aos efeitos do backlash há diversos exemplos no qual esses efeitos foram favoráveis aos ideais defendidos pela corte.

Em 2003, por exemplo, no caso Goodridge v. Department of Public Health, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que não seria juridicamente válido qualquer tipo de discriminação entre casais homossexuais e casais heterossexuais, desencadeando uma forte resistência conservadora, fazendo com que diversas leis de intolerância fossem aprovadas nos estados, todavia, o efeito não parou por aí, em 2015 houve um repensar e mudou-se a opinião pública, indo a favor dos homossexuais (LIMA *on line*), sendo um verdadeiro efeito backlash do efeito backlash.

Podemos sentir, mesmo que sutilmente, este efeito na tutela da saúde, veja, que na década de 1990 o STF e o STJ entendiam na impossibilidade de judicializar as questões envolvendo políticas públicas na área da saúde, sob o argumento da afronta à separação de poderes.

Nessa primeira etapa, a jurisprudência majoritariamente se orientou pela impossibilidade de interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde. Como exemplo ilustrativo dessa fase, aponta-se o Recurso em Mandado de Segurança n. 6564/RS, julgado pelo STJ, em 23 de maio de 1996. (NETO, 2015, p. 95)

A partir do ano de 2000 as decisões mudaram, tendo como parâmetro a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, iniciando-se uma intervenção judicial nas políticas públicas de saúde.

Em um segundo momento, iniciado em 2000, a jurisprudência predominante passa a se filiar a um novo entendimento. Identificada a fundamentalidade material do direito à saúde, como emanação direta do princípio da dignidade da pessoa humana, os tribunais superaram as várias teses defensivas da Fazenda Pública para fazer valer, indiscriminadamente, os pedidos dos usuários do Sistema Único de Saúde. (NETO, 2015, pág. 97).

Posteriormente começa-se a negar os pedidos de medicamento, contudo, o judiciário fomenta a discussão, pois em 2009 o STF realiza uma audiência pública, em 2010 julga o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada e em 2011 edita-se a Lei 12.401/2011.

Todavia, nesta última etapa volta-se a negar pedidos por questões orçamentárias, não adentramos ao mérito do acerto ou não das decisões, mas somente buscamos demonstrar que não obstante no início houver decisões nas quais o judiciário não adentra nessas políticas públicas, as demandas judiciais fomentaram a discussão do direito à saúde, trazendo na última etapa a ocorrência de uma audiência pública.

Em outras palavras, a judicialização de casos como o tratado aqui neste artigo, não obstante o judiciário não ter de fato a competência de instituir políticas públicas, poderá levar ao social a discussão quanto a este problema, e mais, pode-se forçar que os governantes atuem em prol ao direito à saúde, pois, conforme argumentado no tópico anterior, através do viés indenizatório pode-se mostrar ao Estado que é menos custo efetivar os direitos do que negálos.

Assim, espera-se que caso seja aplicado a teoria da perda de uma chance contra o Estado que gere um efeito blacklash na própria indenização, mas que seja um efeito positivo fazendo com que haja políticas públicas de qualidade, é dizer, talvez com condenações indenizatória acaba gerando um inconformismo social no qual acarreta a melhora no atendimento fazendo com que os argumentos do pedido indenizatório caiam por terra, pois, se o serviço público for prestado com qualidade, certamente, o que se discute neste trabalho não irá prosperar.

E mesmo que talvez o efeito seja adverso e façam com que o Estado se encrudeleça ainda mais, há a chances do efeito blacklash do efeito blacklash.

Ainda há a possibilidade dessas indenizações não prosperarem no judiciário, gerando um inconformismo social no qual poderá influir nas eleições vindouras.

O que não pode ocorrer é deixar de decidir e de procurar por mudanças e efetivação dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do texto, comprovou-se o que é notório a precariedade do sistema de saúde do Estado brasileiro.

Esta precariedade atinge todas as doenças, das mais conhecidas às mais raras, sendo

que diuturnamente milhares de pessoas morrem à espera de um tratamento, de um medicamento, etc.

O filme escolhido para o presente trabalho foi pontual ao demonstrar o sofrimento de uma família e da pessoa que morre aos poucos, essa comoção e sofrimento infelizmente é por vezes renegado pelo judiciário.

Sabe-se que o direito à saúde é uma norma jurídica de segunda dimensão, a qual necessita de um atuar mais incisivo do Estado, causando, inegavelmente, maiores gastos à máquina pública e mais, trata-se, também, de norma não executável entre si, ou seja, necessita de adequação normativa infraconstitucional e infralegal.

Todavia, por força do artigo 5°, §1° da CRFB/88, o direito à saúde possui a aplicabilidade direta; sem falar, ademais, do postulado da máxima efetividade, é dizer, não obstante toda a característica que redonda o direito à saúde é possível dela se extrair a sua normatividade e aplicabilidade direta.

Assim, mesmo que o fator "custo" por vezes seja um fator que obsta a sua realização, jamais poderá servir de desculpas para a não efetividade deste direito.

Desse modo, diante de toda a tratativa que a Constituição traz sobre o direito à saúde é possível concluir que há a existência de dois deveres do Estado, um de âmbito individual e outro de âmbito coletivo os quais quando não cumpridos ensejam a reparação de danos, visto que, se há um dever de agir sua omissão se caracteriza como ato ilícito.

Diante dessa conclusão, extrai-se das teorias civilistas e administrativistas a Responsabilidade Civil do Estado, que conforme detalhado em linhas anteriores, mesmo em tempos antigos havia a responsabilização do Estado por sua ação ou omissão.

Ora, se nos basearmos na Teoria da Falta de Serviço, pode-se concluir que há uma omissão grave do Estado na prestação de serviços públicos de saúde, logo, há sim sua responsabilidade.

Com muito mais razão é trazer o mesmo argumento na teoria objetivista do Risco Administrativo, a qual cuida da evolução das teorias subjetivistas.

Em outras palavras, o Estado possui Responsabilidade Civil por sua omissão na seara do serviço público de saúde.

Com esse pressuposto e estudando a Teoria da Perda de Uma Chance, que neste caso, estamos a tratar da perda da chance de cura pela falta de serviço público ou sua prestação à destempo, não vejamos óbice para a responsabilização civil do Estado.

Ora, se este possuí o dever de prestar serviço de saúde de qualidade e a tempo e não o faz, inegavelmente acarreta uma omissão passível de responsabilização, sendo que quanto maior for a dessídia, maior deverá ser a indenização, quanto menor, menor será a indenização.

Deve-se, ainda, levar em conta que este trabalho analisa mais o aspecto individual, ou seja, daquela família daquele indivíduo que sofre com a ausência do Estado, todavia, não negamos que o ideal seria uma análise social.

Mas mesmo na análise individual notamos um possível efeito positivo social em condenações seguindo esta linha, qual seja, o efeito pedagógico da indenização, algo aplicável diariamente em ações indenizatórias. Explica-se.

A partir do momento que seja menos custoso o Estado tratar com qualidade e a tempo sua população, em um jogo de valores, ele irá se portar desse modo.

Não negamos que o problema é muito maior do que o analisado aqui, contudo, como dito no efeito Blackash, não pode o judiciário deixar de julgar os casos ou deixar de intervir, o que se deve fazer é buscar cada vez mais soluções para o problema.

A indenização, talvez, seria uma possível solução, pois, seus efeitos principais seria não o de indenizar, mas de deixar o recado de que é muito mais rentável salvar do que deixar morrer.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2014.

FERRARA, Gabrielle Gazeo. **Aspectos gerais sobre a teoria da perda de uma chance:** quando uma oportunidade perdida é causa de indenizar. Migalhas, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil.** Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** Saraiva, 2012.

LIMA, George Marmelstein. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial.** Acessado em 02/03/2018, disponível em: https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/, 02/03/2018.

MELO, Thiago Chaves de; AMARAL, Priscilla. **Perda de uma chance ganha espaço nos tribunais.** Conjur, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDONÇA, Helaine Bressan. A efetividade do direito fundamental à saúde de famílias carentes à luz das decisões judiciais: o fornecimento gratuito de medicamentos e suplementos alimentares pelo poder público através de mandados judiciais. *In*: Revista Brasileira de Economia Doméstica, 2016.

NETO, Otávio Balestra. **A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade.** *In:* R. Dir. sanit., São Paulo, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARRETA, Fernanda de Oliveira. **As Políticas Públicas de Saúde.** *In*: Educação permanente em saúde para os trabalhadores do SUS, São Paulo: UNESP, 2009.

SILVA, Alessandra Obara Soares da. **Inexistência ou ineficiência das políticas públicas e controle judicial.** *In*: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, 2007.

SILVA, Guilherme Rodrigues da. **O SUS e a Crise Atual do Setor Público de Saúde.** *In:* Saúde e Sociedade, 1995.

SILVEIRA, Renato Azevedo Sette da. **Função punitiva da responsabilidade civil.** *In*: Migalhas, disponível em < http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI249706,91041-Funcao+punitiva+da+responsabilidade+civil>, publicado em 30/11/2016, acessado em 23/03/2018.