

**PROCESSO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS
2018 – vol. 1**

**Profa. Dra. Edilene Lôbo
Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa
Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra
Nogueira Pedrosa Moraes
Organizadores**

**Profa. Dra. Edilene Lôbo
Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa
Prod. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes
(Organizadores)**

**PROCESSO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS
2018 – VOL. I**

© Copyright 2018, Organizadores e Autores.

1ª edição

1ª impressão

(publicado em dezembro de 2017)

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei no 9.610, de 19/02/1998. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito do detentor dos direitos, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

PROCESSO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 2018 – VOL. I. Organizadores e Autores. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, Publicação 2018. E-book PDF. 294p.

ISBN: 978-85-434-1584-0

Direito. Brasil. Título.

CDD- 340

Livro publicado pela

VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.

Rua Porciúncula, 118 - São Francisco - Pará de Minas - MG - CEP 35661-177

Publicamos seu livro a partir de 25 exemplares - e e-books (formatos: e-pub ou PDF)

Tel.: (37) 32316653 - e-mail: capasvb@gmail.com

<http://www.virtualbooks.com.br>

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Doutor Carlos Alberto Simões de Tomaz
(Universidade Vila Velha/ES)

Prof. Doutor Pablo Malheiros da Cunha Frota
(Universidade Federal de Goiás/GO)

Profa. Doutora Clara Cardoso Machado
Jaborandy (Universidade Tiradentes/SE)

Prof. Doutor Alceu Maurício Junior
(Universidade Vila Velha/ES).

Prof. Doutor Fabrício Veiga Costa
(Universidade de Itaúna/MG)

Prof. Doutor Deilton Ribeiro Brasil
(Universidade de Itaúna/MG)

Prof. Doutor Márcio Eduardo Senra Nogueira
Pedrosa Moraes (Universidade de Itaúna/MG)

Prof. Doutor Sérgio Henriques Zandoná Freitas
(Universidade FUMEC/MG)

APRESENTAÇÃO

Mais uma vez apresentamos à comunidade acadêmica a coleção MONOGRAFIAS que reúne Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) que foram selecionados pelos professores orientadores do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais e da Graduação em Direito da Universidade de Itaúna.

Como destacado na primeira edição deste projeto, para a coleção MONOGRAFIAS foram criadas as seguintes séries de publicação: 1) A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 2) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E DO TRABALHO; 3) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: a proteção das obrigações e dos contratos; 4) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: proteção à propriedade e à posse; 5) PROCESSO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 6) PROCESSO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS; 7) PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS; e 8) TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, aglutinado, de uma maneira geral, as pesquisas desenvolvidas pelos professores do Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais – da Universidade de Itaúna e que propiciam a base de iniciação científica da Graduação em Direito da nossa Universidade.

A proposta colheu bons frutos! A intenção é que haja a continuidade e o aumento, gradativo, do número de trabalhos, como também, da qualidade científica desses.

Assim sendo, a Universidade de Itaúna manterá de maneira sólida o relacionamento entre a Graduação e o seu Programa de Pós-Graduação, objetivando aprimorar a pesquisa científica.

A cada dia que passa é mais importante a Universidade firmar-se como lócus de discussões dos vários problemas que afligem a sociedade brasileira e internacional, como um todo.

Nesse sentido, essa discussão não pode se limitar à pós-graduação. Do contrário, deve-se prestigiar a iniciação científica daqueles que estão começando a dar os primeiros passos na experiência jurídica.

Como destacado ainda na primeira edição da coleção, os textos refletem os originais dos TCCs, tendo-se deliberado publicá-los da maneira em que foram apresentados, sem quaisquer retoques ou modificações – que em alguns casos, aliás, até se impunham – mas à guisa de preservar a singeleza das pesquisas e suscitar questionamentos que, antecipadamente, são tidos como oportunos e serão objeto de exame e aprofundamento nas pesquisas desenvolvidas na pós-graduação ou, no mínimo, em outros TCCs.

Em síntese, é importante destacar que não se tratam de obras-primas da *Jurisprudencia*, ou seja, textos com maturidade científica em nível de excelência acadêmica. Do contrário, os textos apresentados são, em sua maioria, as primeiras pesquisas sólidas realizadas pelos seus autores, bacharéis recém saídos dos bancos da graduação.

Deste modo, não é incomum que ocorram erros metodológicos (que não escapam também aos trabalhos de maturidade de pesquisadores experientes), como também argumentativos.

O objetivo é fazer com que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, em parceria com a Graduação em Direito – *quebrem os seus muros, irradiando a energia da esperança de um país melhor, por intermédio da educação transformadora.*

Os problemas sociais se desenvolvem e avançam rapidamente, não conseguindo, o Direito, acompanhá-los. Essa realidade será sempre uma angústia para a Ciência Jurídica. Nesse sentido, é fundamental que a teoria seja um guardião da prática, antecipando soluções de futuros problemas.

Os livros são destinados à distribuição em instituições de ensino, locais e regionais. Como frisado alhures, a coleção

tem como postulado a certeza de que o conhecimento não pode ficar enclausurado nos murais institucionais. Do contrário, ele deve ser ator principal da transformação social.

De maneira séria e comprometida, a Universidade de Itaúna tem cumprido com um de seus objetivos, que é a produção da ciência, auxiliando o País de maneira efetiva na busca da construção de uma sociedade melhor.

Por fim, agradecemos a todos aqueles que fazem desse sonho um projeto realizado e em contínua ascensão.

Boa leitura!

Profa. Dra. **Jamile Bergamaschine Mata Diz**
Coordenadora do PPGD da Universidade de Itaúna –
Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

Prof. Dr. **Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais**
Coordenador-adjunto do PPGD da Universidade de
Itaúna – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

SUMÁRIO

O DIREITO AMBIENTAL E O PADRÃO DE APLICAÇÃO DA NORMA AMBIENTAL NOS MUNICÍPIOS / 9

Diego Vilaça Nunes

DESFECHO PROCESSUAL APÓS DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO NOS MOLDES DO ARTIGO 485, IX DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL / 66

Felipe Faria Campelo

HERANÇA DIGITAL: os bens armazenados virtualmente e o tratamento jurídico no âmbito do Direito das Sucessões / 121

Fernanda Maffra Marques

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL EM DECORRÊNCIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL / 162

Mariana Rodrigues Ramalho

RETIFICAÇÃO DE NOME DE TRANSEXUAL / 234

Isabella Mattar Ramos

O DIREITO AMBIENTAL E O PADRÃO DE APLICAÇÃO DA NORMA AMBIENTAL NOS MUNICÍPIOS

Diego Vilaça Nunes¹

RESUMO

O presente trabalho visa conceituar o meio ambiente em todos os seus aspectos, por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa, focando-se na necessidade de se preservar este bem tão precioso para a humanidade, com uma abordagem voltada para o estudo da legislação ambiental brasileira e a atuação dos Municípios, em meio às discussões acerca de uma boa Gestão Ambiental. O desenvolvimento parte da devastação do meio ambiente, com início após a Revolução Industrial no século XX e a importância de se discutir políticas públicas sustentáveis na atualidade, visando a redução dos danos causados ao ecossistema mundial. Conclui-se que a atuação dos Municípios não deve ser diferente, como também que, através da competência atribuída aos membros da União pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) de 1988, se faz necessária a implantação de políticas públicas e uma gestão capaz de prezar pela melhor qualidade de vida de todos, incluindo-se assim a preservação do meio ambiente. Com isso, este trabalho visa analisar as principais políticas e diretrizes necessárias, com fulcro na legislação e no posicionamento doutrinário para que os governos municipais consigam produzir uma gestão sustentável adequada para o bem de toda coletividade.

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

Palavras-chave: Legislação Ambiental. Políticas Públicas Sustentáveis. Municípios.

1 INTRODUÇÃO

Mesmo após anos de conscientização da humanidade, o homem ainda continua com aquela cultura errônea de que o desenvolvimento econômico e a proteção ao meio ambiente não podem ser aliados. Pelo contrário, a melhor maneira de se desenvolver com eficiência, não é pensando somente nos lucros financeiros de uma nação e sim, prezando pelo bem-estar de sua população e uma melhor qualidade de vida para todos, o que enseja necessariamente em uma boa investida do Estado em políticas públicas sustentáveis e na conscientização de sua sociedade em prol do Meio Ambiente. (FONTES, 2014).

Este trabalho busca enaltecer a importância da esfera do Poder Executivo Municipal, dentro deste contexto apresentado, visto que é nos municípios que a eficácia de uma gestão sustentável se faz florescer, pelo fato desta administração estar mais aproximada dos cidadãos. (FONTES, 2014).

As políticas municipais são as que mais influenciam sua população, por estarem diretamente ligadas com o meio de convívio de sua comunidade. Por isso, é necessário que se faça mudanças de hábitos voltados para o meio ambiente, tanto pela administração pública quanto pelos seus habitantes. (FONTES, 2014).

A preocupação principal de todos deve ser voltada para o meio ambiente, é através dele que existe a vida nas suas mais variadas formas. A garantia do meio equilibrado, traz lucros imensuráveis para a humanidade, tanto em questões sociais, quanto ecológicas. (FONTES, 2014).

[...] o meio ambiente é tudo que nos envolve e com o que interagimos. É um universo de certa forma inatingível. Uma visão de 360 graus à nossa volta seria já uma superação de nós mesmos, se pudéssemos alcançá-la. E convém lembrar que o conhecimento é um processo discursivo e acumulativo para o qual necessitamos de atualização, ajuda e complementação. Por isso nós nos associamos uns aos outros como átomos do saber, na tentativa de compreender o mundo que nos cerca. De algum modo, aquele que conhece (sujeito) tem de identificar-se com o que é conhecido (objeto). É preciso que nos identifiquemos com o ambiente e como parte dele. (MILARÉ, 2014, p. 49).

Em um primeiro momento, através de pesquisa doutrinária, será abordado mais adiante os diversos conceitos de meio ambiente e a necessidade de se preservá-lo. Tal necessidade tem sido um dos principais temas discutidos pelas Nações Unidas, dada a relevância da crise ambiental mundial. (ONUBR, 2018).

Posteriormente, serão apontados os principais princípios e normas que mais influenciam o Direito Ambiental Brasileiro através da ótica municipal.

E ao fim, será realizada uma análise direcional das principais políticas públicas voltadas para o âmbito sustentável, com base na legislação e bibliografia, além de exemplos de políticas sustentáveis que estão sendo implantadas no município de Carmo do Cajuru/MG.

2 MEIO AMBIENTE

Neste primeiro capítulo, busca-se as diversas conceituações doutrinárias sobre a expressão “meio ambiente”, inclusive a importância do conhecimento de tal

expressão para que haja a conscientização de todos os povos em direção à proteção ambiental e a necessidade de se preservar os recursos naturais.

2.1 O conceito de Meio Ambiente

A expressão “meio ambiente” (*milieu ambient*), segundo Édis Milaré (2014, p. 135), foi utilizada pela primeira vez na França, pelo naturalista Geoffroy de Saint-Hilaire, na obra *Études progressives d'un naturaliste* (1835). Acrescenta o autor, que a expressão foi adotada por Augusto Comte, em seu Curso de Filosofia Positiva (1830 - 1842):

Em francês, a palavra *meio* tem mais de uma versão. Meio, como intermediário, recurso ou instrumento, é *moyen*, que tem ainda outros significados. Meio, como contexto, espaço ou lugar, é *milieu*. Já *ambient* deriva diretamente do latim, “o que rodeia por todos os lados”. *Ambiance*, substantivo, é a atmosfera material ou moral que cerca uma pessoa ou reunião de pessoas.

O termo “ambiente” vem do latim – *ambiens, entia* – aquilo que rodeia, o que gera certa redundância ao se falar de meio ambiente, visto que o termo “meio” seria sinônimo da palavra ambiente. Porém, a expressão “meio ambiente” se consagrou no Brasil, a partir da adoção pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) de 1988, gerando respeito no âmbito jurídico e nas demais esferas científicas do país. (PINHEIRO, 2010).

No entendimento de Édis Milaré (2014, p. 137):

Tanto a palavra meio como o vocabulário ambiente passam por conotações diferentes, quer na linguagem científica,

quer na vulgar. Nenhum destes termos é unívoco (detentor de um significado único), mas ambos são equívocos (mesma palavra com significados diferentes). Meio pode significar: aritmeticamente, a metade de um inteiro; um dado contexto físico ou social; um recurso ou insumo para alcançar ou produzir algo. Já ambiente pode representar um espaço geográfico ou social, físico ou psicológico, natural ou artificial.

Pelo conceito no âmbito jurídico, a expressão meio ambiente possui dois sentidos que se distinguem: o sentido amplo e o estrito. Numa perspectiva estrita, o meio ambiente se constitui do patrimônio natural e as relações existentes entre os seres vivos. Já pela visão ampla, o meio ambiente engloba toda a natureza (parte natural) e a parte artificial, ou seja, aquilo que é feito e modificado pelo homem, bem como também, abrangendo o patrimônio cultural. (MILARÉ, 2014).

O conceito oficial de Meio Ambiente está previsto na Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981, *online*), a qual dispõe acerca da Política Nacional de Meio Ambiente, em seu art. 3º, inciso I: “[...] - meio ambiente, é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”

Como definição no âmbito federal, o Meio Ambiente, atinge tudo que abrange a vida, tudo que gira em torno de uma vida e a abriga, seja as comunidades, os ecossistemas, a biosfera, entre outros. O Meio Ambiente é patrimônio de esfera pública e deve ser necessariamente preservado e protegido, visando o bem-estar e uso da coletividade. (MACHADO, 2014).

Ao definir o Meio Ambiente, Paulo de Bessa Antunes (2014, p. 67), cita o conceito segundo Robert Reichardt (1975, p. 184), o qual explica:

Definimos o ambiente de uma dada população de seres humanos como o sistema de constantes espaciais e temporais de estruturas não – humanas, que influencia os processos biológicos e comportamento dessa população. No “ambiente” compreendemos os processos sociais diretamente ligados a essas estruturas, como sejam o trajeto regular dos suburbanos, ou o desvio comportamental em correlação direta com a densidade da população ou com as condições habitacionais. Excluimos, no entanto, os processos que se desenvolvem principalmente no exterior do sistema social. É evidente que tal distinção, em certa medida, é arbitrária, pois num sistema social cada elemento se acha vinculado a todos os outros.

Em outras palavras, o ambiente envolve todas as esferas que giram em torno de uma vida, seja ela humana ou dentro do ecossistema. São todos os fatores que influenciam os comportamentos de interação do homem com o que está ao seu redor.

Como visto, o ambiente pode englobar não somente o meio biótico, mas também o meio artificial e cultural, ou seja, tudo que é alterado pelo ser humano, seja o espaço urbano construído, bem como os patrimônios históricos, artísticos, arqueológico, paisagístico, turístico. (MILARÉ, 2014).

A definição de Meio Ambiente, para alguns autores se revela bastante antropocentrista, o que é criticado por Édis Milaré. (2014). Segundo a crítica do autor, toda a concepção do meio ambiente se tornaria voltada para o homem, sendo que este somente seria sujeito de direitos e deveres e que toda a preservação que se faz necessária,

seria para garantir o bem-estar do meio em que o ser humano vive.

Em sua obra, Édis Milaré (2014, p. 141), cita a posição de Marcelo Abella Rodrigues, que também critica a conceituação do meio ambiente de forma antropocêntrica feita pelo legislador:

[...] se vê que o legislador teve preocupação específica com o homem quando disse, ao definir a atividade poluente (sic) numa visão antropocêntrica, como sendo aquela que afete o bem-estar, a segurança, as atividades sociais e econômicas da população. Enfim, essa definição de poluição levou em consideração o aspecto finalístico do meio ambiente (proteção da vida) e, mais especificamente ainda, reservou-o para a proteção da vida humana (meio ambiente artificial), numa visão inegavelmente antropocêntrica. Não sendo assim entendido, não seria mais vago do que o referido enunciado!

Após a previsão feita no art. 225 da Constituição (BRASIL, 1988) de 1988, permitiu-se ao doutrinador classificar a definição de meio ambiente em diferentes modalidades, sendo elas: meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho. (PINHEIRO, 2010).

Meio Ambiente Natural, seriam os solos, as águas, o ar atmosférico, a flora e a fauna, bem como a interação dos seres vivos com o seu meio, e por isso o natural é o maior objeto de proteção tanto da Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981), quanto da Constituição Federal. (BRASIL, 1988). (PINHEIRO, 2010).

Em continuação às modalidades de definição do meio ambiente, o artificial é composto de todo espaço urbano construído pelo homem, sejam os prédios, as ruas, praças, entre outros. Antes da Constituição (BRASIL,

1988) de 1988, o espaço urbano era protegido por ser considerado um bem público; atualmente, com a implementação na nossa Lei Maior, tal espaço passou a ser considerado um direito difuso inerente à qualidade de vida dos cidadãos. As cidades passaram a configurar bem essencial para uma boa qualidade de vida, o que torna o aspecto artificial do meio ambiente de relevância do direito urbanístico. (PINHEIRO, 2010).

De acordo com tal definição, as cidades assumiram natureza jurídica que diz respeito ao Direito Ambiental. A Constituição (BRASIL, 1988) de 1988 estabeleceu as normas de proteção ao meio ambiente, introduzindo no art. 182, o conceito de meio ambiente artificial como diretriz necessária para o desenvolvimento, fixada no plano diretor dos municípios. (PINHEIRO, 2010).

Nos dizeres do *caput* do artigo:

Art. 182: A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (BRASIL, 1988, *online*).

Desta forma, acrescenta o art. 30, VIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): “Art. 30. Compete aos Municípios: VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.”

Assim, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) expressa que as principais funções sociais urbanas são: promover a habitação, cabendo ao Poder Público Municipal, proporcionar as condições necessárias de moradia com dignidade, fiscalizando a sua ocupação;

promover a circulação, por meio de um sistema de transportes de maneira adequada; promover o lazer, criando praças e ambientes públicos, devidamente arborizados; e por último, promovendo o trabalho, propiciando o desenvolvimento de atividades laborais, criando espaços que sejam adequados para tais atividades, propiciando o desenvolvimento de forma sustentável. (PINHEIRO, 2010).

O Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/2001 (BRASIL, 2001) – configura a norma norteadora do meio ambiente artificial. Referida lei disciplina o uso da propriedade urbana, as principais diretrizes do meio ambiente artificial, baseada no equilíbrio do meio ambiente (v. art. 1º), sempre observando os dispositivos jurídicos descritos nos arts. 182 e 183 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). O art. 2º, I, da Lei nº 10.257/2001 (BRASIL, 2001) tem como diretriz geral a garantia do direito às cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, sempre levando em consideração a observância da dignidade da pessoa humana e seus destinatários, que são os brasileiros e os estrangeiros residentes no País. (PINHEIRO, 2010, p. 63).

Na definição de meio ambiente cultural, estão os patrimônios históricos, artísticos, arqueológicos, paisagísticos e turísticos. Apesar de serem formas de meio ambiente resultantes da influência do ser humano, o que as classificariam como meio ambiente artificial, estas merecem maior importância, pelas características e valores

que possuem no aspecto cultural da sociedade. (PINHEIRO, 2010).

E por fim, o meio ambiente como modalidade do trabalho, está protegido pela Constituição (BRASIL, 1988), em seu art. 200, VIII, o qual determina a importância dada ao ambiente em que o trabalhador exerce suas funções e como este pode afetar diretamente sua qualidade de vida, dependendo da adequação do espaço em que exerce suas atividades laborais. (PINHEIRO, 2010).

2.2 A necessidade em se ter um Meio Ambiente devidamente equilibrado

O início da Revolução Industrial, há mais ou menos duzentos anos, marcou o começo do crescimento desenfreado de indústrias e máquinas, trazendo desta forma uma nova concepção de realidade para o planeta, iniciando-se também a era de maior degradação ambiental e a ignorância quanto aos meios limitados de matérias-primas presentes no ecossistema. (CORRÊA, 2008).

“Temos o hábito de comparar o nosso consumo com o de países ditos “desenvolvidos” e afirmar que precisamos esforçar-nos para atingir esses exagerados padrões de consumo, para assim atingir padrões de povo desenvolvido.” (CORRÊA, 2008, p.77). O autor Mário Cosmo Corrêa (2008), em sua obra, critica a forma como vemos o sentido de desenvolvimento, comparando tal sentido com elevado índice de consumismo, e que conseqüentemente traz também um elevado índice de degradação aos recursos naturais.

Acrescenta o autor, a importância e a necessidade de criação de um novo conceito voltado para o desenvolvimento, buscando assim, a capacidade de preservação dos recursos ambientais em uma nação. A ideia de que o crescimento de um país deve ao alto índice

de consumo de sua população deve ser decotado. Na percepção do autor, “[...] muitos países estão ficando cada vez mais “ricos” e o meio ambiente está ficando cada vez mais pobre!” (CORRÊA, 2008, p.81).

O crescimento desenfreado e a devastação ambiental feita pelo homem colocou a sua própria vida em risco, tal desastre é o principal fator que preocupa todo o planeta, pois sem um ambiente preservado a vida na Terra seria também devastada. (MILARÉ, 2014).

A necessidade de mudança na percepção de desenvolvimento, é tema bastante discutido atualmente, principalmente nas conferências da ONU, em que a busca pelo desenvolvimento sustentável representa o presente e o futuro do planeta. “[...] O movimento ambiental começou séculos atrás, como uma resposta à industrialização.” (ONUBR, 2018, *online*).

Após a Segunda Guerra Mundial, em meados da década de 1960, o movimento ambientalista ganhou impulso, com várias obras e o ideal de se proteger o ecossistema para a preservação da saúde humana e da vida terrestre. (ONUBR, 2018).

No Brasil, a década de 1960, é marcada como sendo o início de uma consciência significativa quanto à gestão ambiental no país, trazendo a criação de várias leis e institutos como o Estatuto da Terra (BRASIL, 1964) em 1964, o Código de Defesa Florestal (BRASIL, 1965) em 1965 e a Lei de Proteção à Fauna (BRASIL, 1967) em 1967. (NASCIMENTO, 2012).

Em 1969, a primeira foto da Terra vista do espaço tocou o coração da humanidade com a sua beleza e simplicidade. Ver pela primeira vez este “grande mar azul” em uma imensa galáxia chamou a atenção de muitos para o fato de que vivemos em uma única Terra – um ecossistema frágil e interdependente. E a responsabilidade de

proteger a saúde e o bem-estar desse ecossistema começou a surgir na consciência coletiva do mundo. (ONUBR, 2018, *online*).

No ano de 1972, aconteceu em Estocolmo – Suécia, a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano. Tal conferência foi um marco, pois com sua Declaração Final, trouxe 26 princípios para as nações participantes, que destacou a importância da preservação e conservação do Meio Ambiente, guiando os povos do mundo para um caminho mais sustentável. (ONUBR, 2018).

A Conferência influenciou muitos países a regulamentarem e aprimorarem o controle ambiental. Começaram a estruturar e criar Órgãos ambientais, além de legislarem sobre o meio ambiente, a fim de efetivar o controle da poluição e devastação ambiental. (NASCIMENTO, 2012).

A sociedade vem acordando para a crise ambiental. O crescimento generalizado vem sendo substituído por meios alternativos, como o eco desenvolvimento e o desenvolvimento sustentável, valendo-se da tecnologia para criação de fontes energéticas renováveis e alternativas para a preservação do ambiente, cumprindo 3 objetivos que se baseiam em: Crescimento econômico de forma sustentável, para preservação ambiental e melhorar assim, a qualidade de vida no planeta. (MILARÉ, 2014).

O melhor caminho a ser seguido para que haja um equilíbrio entre as relações humanas e o meio ambiente é efetivamente o da sustentabilidade.

A ideia de Sustentabilidade surgiu há alguns séculos, em razão da necessidade de se limitar a exploração dos recursos ambientais, como resposta a revolução industrial. (ONUBR, 2018).

Édis Milaré (2014), aponta o conceito de sustentabilidade sobre dois prismas: o da visão ecológica e o da visão política. No seu entendimento, a sustentabilidade vista ecologicamente vai além do destino da espécie humana, ela alcança os recursos naturais existentes e, tais recursos dependem de outros meios para sua sobrevivência. Já pela visão política, a sustentabilidade implicaria na forma como a sociedade deve se organizar.

Uma sociedade que vive com sustentabilidade, busca a harmonia entre as relações entre indivíduos/indivíduos e entre indivíduos/natureza. (MILARÉ, 2014).

Preceitua o *caput* do art. 225, da Constituição (BRASIL, 1988, *online*) de 1988 que: “[...] Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida [...]”, ou seja, é de suma importância a necessidade de se garantir o equilíbrio e conservação do meio ambiente para garantir uma boa qualidade de vida, uma vida com dignidade para o ser humano.

Para se atingir a sustentabilidade, ou seja, o equilíbrio o qual trata o art. 225, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) de 1988, a sociedade deve se espelhar em alguns princípios, que são: O de respeitar e garantir a preservação da comunidade dos seres vivos; o de melhorar a qualidade de vida humana através do desenvolvimento sustentável; conservar a vida e a diversidade do planeta; reduzir o uso e esgotamento de energias não renováveis; entender e respeitar os limites da capacidade dos ecossistemas do planeta Terra; Reeducação quanto às atitudes e práticas dos indivíduos, reexaminado seus valores e comportamentos em prol do meio ambiente sustentável; Garantir que cada comunidade cuide do seu próprio ambiente; Construir estruturas nacionais com políticas de desenvolvimento e conservação ambiental; e por fim, a necessidade de se ter a aliança e o acordo entre

todos os países, uns ajudando aos outros para garantir o bem maior da coletividade, qual seja, o Meio Ambiente. (MILARÉ, 2014).

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, foi a última Conferência realizada entre os países do Globo, em 2015, na sede da ONU em Nova York, e revela o cenário atual de preocupação com as questões ambientais. A Conferência representa a expectativa de preservação do futuro, baseada em 17 objetivos (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS) que os países devem seguir, para garantir o desenvolvimento de forma sustentável. “Essas decisões determinarão o curso global de ação para acabar com a pobreza, promover a prosperidade e o bem-estar para todos, proteger o meio ambiente e enfrentar as mudanças climáticas.” (ONUBR, 2015, *online*).

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), englobam no total 17 objetivos² e 169 metas,

² 1- Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; 2- Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável; 3- Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos e todas, em todas as idades; 4- Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos e todas; 5- Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas; 6- Assegurar a disponibilidade e a gestão sustentável da água e saneamento para todos; 7- Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos; 8- Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos e todas; 9- Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação; 10- Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles; 11- Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; 12- Assegurar padrões de produção e consumo sustentáveis; 13- Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos; 14- Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o

definidos entre os estados membros da ONU (ONUBR, 2017, *online*), autoridades locais, população, empresas do setor privado, além de outros interessados. Tais objetivos são:

Os governos nacionais de todo o mundo estão lançando estratégias nacionais de desenvolvimento baseadas nos ODS ou alinhando seus planos existentes com as metas propostas na Agenda 2030. (ONUBR, 2018).

Em muitos países, os governos locais não possuem independência e são meros agentes do governo central (eles não têm poder, competências ou recursos). Os ODS e seu processo de localização apresentam uma nova oportunidade para fortalecer a descentralização do poder e promover novas formas de governança cooperativa (multi-nível e com a participação de várias partes interessadas e/ou impactadas). Os governos locais e regionais e suas associações devem aproveitar o compromisso assumido internacionalmente para localizar a Agenda 2030 e buscar reformas que lhes deem competências claras e criem ambientes propícios que possam garantir um desenvolvimento local e regional eficaz. (ONUBR, 2018, *online*).

desenvolvimento sustentável; 15- Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade; 16- Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; 17- Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.

No Brasil, os objetivos estão sendo implantados até mesmo no governo municipal, é a expectativa que se tem, a fim de garantir a efetiva aplicação dos ODS pelos Estados.

3 DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

A importância dada a uma Legislação Ambiental, aos seus Princípios, para que se garanta uma tutela jurisdicional efetiva ao meio ambiente. Neste capítulo, conceitua-se os princípios ambientais e são apontadas as principais leis vigentes no ordenamento jurídico acerca do Direito Ambiental e sua aplicação na esfera Municipal.

3.1 Princípios do Direito Ambiental

Os princípios são o alicerce ou a base de toda fundamentação do Direito. Em sua obra, Paulo Affonso Leme Machado (2014, p. 61), cita a seguinte conceituação, nas palavras de Gomes Canotilho (2002):

[...] os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos. Permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes.

Os princípios norteiam as doutrinas e jurisprudências, de primeiro modo, a fim de fundamentar o desenvolvimento das matérias dentro do Direito Ambiental e, também nas outras esferas do Direito. São o ponto de partida ideológico para se criar uma concepção de justiça,

no intuito de se garantir o equilíbrio e o bem-estar do meio ambiente e os indivíduos que nele se estabelecem. (MILARÉ, 2014).

No ordenamento jurídico brasileiro, não existe um consentimento doutrinário acerca de quais seriam os princípios aplicáveis ao Direito Ambiental. Porém é correto se afirmar que alguns destes são abertamente aceitos dentro da doutrina, mesmo havendo certa divergência quanto aos significados entre os autores. A aplicação de princípios dentro do caso concreto se mostra bastante complicada, devendo ser aplicada somente em último caso. Nesta esfera, a jurisprudência desempenha um papel extremamente relevante para o Direito Ambiental. (ANTUNES, 2014).

“[...] a doutrina e a jurisprudência nacional e internacional não abordam os princípios de maneira uniforme, tanto que essa diferenciação aparece na nomenclatura, na classificação pelo grau de importância e mesmo pelo alcance conferido a cada um.” (PINHEIRO, 2010, p. 34).

3.1.1 Princípio do direito ao meio ambiente equilibrado

A Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) traz em seu art. 1º, inciso III os seguintes dizeres:

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

O artigo exposto trata que a Lei Maior, traz como garantia fundamental aos cidadãos o Princípio da

Dignidade da Pessoa Humana, ou seja, garante que a pessoa viva com dignidade, baseada em boas condições para se viver, com saúde, educação, trabalho, lazer, absorvendo-se uma boa qualidade de vida e direitos fundamentais inerentes à vida humana.

Este mesmo direito, foi revelado e reconhecido pela Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, em Estocolmo – 1972 (UN, 1972, *online*), como 1º Princípio:

Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations. “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, e ao desfrute de adequadas condições de vida em um meio ambiente cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras.”

O direito ao meio ambiente devidamente equilibrado presente no art. 225 da Constituição (BRASIL, 1988) é fundamentado pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. (ANTUNES, 2014).

O Ser Humano “[...] é o centro das preocupações do Direito Ambiental, que existe em função do Ser Humano e para que ele possa viver melhor na Terra.” (ANTUNES, 2014, p. 25).

O Princípio do direito ao meio ambiente equilibrado possui embasamento legal no art. 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), o qual expressa:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A condição de equilíbrio a qual o princípio aduz reflete-se à condição do meio ambiente, ao estado de preservação do mesmo e não a uma situação de estagnação ou estabilidade. É necessário que a política e a sociedade dos Estados tomem as decisões pertinentes, visando o bem maior do ambiente, que conseqüentemente traduz à uma melhor qualidade de vida ao ser humano. (MACHADO, 2014).

“O Direito contemporâneo sente a necessidade de estabelecer normas que assegurem o equilíbrio ecológico.” (MACHADO, 2014, p. 63). O autor nos mostra, a necessidade de se normatizar os cuidados e à relação entre o homem e o meio ecológico. Sendo assim, o princípio ao meio ambiente equilibrado é de suma importância para a criação das normas de Direito Ambiental.

O seguinte entendimento de Ivette Senise Ferreira (1995, p.9), foi citado por Édís Milaré (2014, p.261) ao se referir à importância dada a adoção do Princípio ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) que passou: “[...] a nortear toda a legislação subjacente, e a dar uma nova conotação a todas as leis em vigor, no sentido de favorecer uma interpretação coerente com a orientação político-institucional então inaugurada.”

Ao aplicar-se tal Princípio, deve ser levado em conta as conseqüências que são previsíveis na utilização deste, a fim de que se possa tornar-se útil para a coletividade e não trazendo gravames para os ecossistemas

e ao ser humano. No Direito Ambiental, o Princípio do equilíbrio deve ser utilizado como forma de balancear as diferentes formas de repercussões, seja no âmbito ambiental, econômico e social, com isso, a Legislação Ambiental deve se basear nestes objetivos que trazem o princípio do equilíbrio. (ANTUNES, 2014).

3.1.2 Princípio da Sustentabilidade

O Princípio da Sustentabilidade, ou Princípio do Desenvolvimento Sustentável, ou Princípio do Desenvolvimento, para alguns autores, é decorrente do Princípio 5, da Conferência de Estocolmo (UN, 1972) e foi reafirmado na Declaração do Rio de Janeiro de 1992. (PINHEIRO, 2010).

O Princípio da Sustentabilidade estabelece que o desenvolvimento deve ser exercido de forma a se garantir as necessidades das presentes e futuras gerações. (PINHEIRO, 2010).

Tal princípio também está motivado pelo art. 225 da Constituição (BRASIL, 1988) ao expressar que é dever do Poder Público e da coletividade garantir a proteção e a preservação do meio ambiente para as gerações do presente e do futuro.

O grau maior de proteção ambiental é uma razão direta do maior nível de bem-estar social e renda da população. Por isso as principais declarações internacionais sobre o meio ambiente sempre enfatizam a necessidade de desenvolvimento econômico, o qual deverá ser sustentável. (ANTUNES, 2014, p.25).

O autor Édís Milaré (2014), ao fazer a análise do artigo 225 da Constituição (BRASIL, 1988), ele a faz com outra interpretação. No entendimento do autor, o princípio

busca uma forma de solidariedade intergeracional, a qual as presentes gerações devem se comportar de forma à pensar também no bem das gerações futuras, ao usufruir, de maneira sustentável, os recursos naturais, prevalecendo a coexistência pacífica entre os seres humanos e o planeta Terra.

3.1.3 Princípio do acesso equitativo aos recursos naturais

O Direito Ambiental é um ramo que nasce dos direitos difusos inerentes do Direito brasileiro. Os direitos difusos possuem como principal característica a indeterminabilidade de sujeitos, ou seja, atingem à uma coletividade sem determinação específica de indivíduos. Todos são afetados pelo desequilíbrio ecológico, por exemplo.

[...] todos são responsáveis pelo meio ambiente, e igualmente dele beneficiários, devendo mantê-lo saudável para que seja usufruído pelas presentes e futuras gerações. Assim, no Brasil, o acesso equitativo aos recursos naturais tem respaldo constitucional, já que pela letra do aludido art. 225 o meio ambiente configura “bem de uso comum do povo”. (PINHEIRO, 2010, p. 35)

Diante o exposto, fica evidente que o Princípio do acesso equitativo aos recursos naturais, por tratar-se de direito difuso, deve ser resguardado e usufruído por todos de forma que não prejudicam as presentes e futuras gerações.

“Os bens que integram o meio ambiente planetário, como água, ar e solo, devem satisfazer as necessidades comuns de todos os habitantes da Terra.” (MACHADO, 2014, p. 86/87).

O Direito Ambiental é garantidor e possuidor das normas que estabelecem as necessidades provenientes do uso dos recursos naturais. Utiliza-se de normas de conduta que controlam e razoabilizam tal utilização. (MACHADO, 2014).

3.1.4 Princípios do usuário-pagador e poluidor-pagador

No Brasil, a Política Nacional de Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6.938/1981 (BRASIL, 1981, *online*), estabeleceu em seu art 4º, inciso VII “[...] - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.”

O Princípio do usuário-pagador é fundado no fato de que os recursos naturais como a água, o solo e o ar, correspondem bens de patrimônio da coletividade e o seu uso deve ser controlado de forma que a utilização deste por um não venha a prejudicar o outro. Para isso, é cobrado uma certa taxa de utilização como forma de contribuição administrativa pelo uso do bem. (MILARÉ, 2014).

“[...] os usuários de recursos naturais arcam com custos, ou seja, pagam sempre pelo uso direto desses recursos ou pelos serviços destinados a garantir a qualidade ambiental e o equilíbrio ecológico.” (MILARÉ, 2014, p. 272).

A cobrança realizada sobre o uso dos recursos, representam o conjunto dos custos provenientes do tratamento de seu uso, bem como os custos advindos da própria utilização. (MACHADO, 2014). Um exemplo seria, a cobrança realizada em cima do uso da água e dos esgotos, como forma de contribuir para o reaproveitamento destes, após o tratamento realizado pelas concessionárias.

O Art. 4º da referida Lei nº 6.938/1981 (BRASIL, 1981) também estabeleceu o Princípio do Poluidor-pagador, que vem como uma forma de sanção para as pessoas físicas e/ou jurídicas que recebem uma punição pelo fato de terem poluído algum recurso natural, seja através de seu uso, seja através de descartes inapropriados de resíduos lançados no meio ambiente. (MILARÉ, 2014).

Acrescenta o autor Paulo de Bessa Antunes (2014, p. 53) que “[...] o Princípio do poluidor-pagador, de forma econômica, se tornou um dos princípios mais importantes para o Direito Ambiental e para a proteção do ecossistema.”

3.1.5 Princípios da Precaução e da Prevenção

Alguns autores adotam o Princípio da Precaução e da Prevenção como se fossem um único princípio, enquanto há também os que fazem a distinção entre ambos. Esta distinção se caracteriza de maneira sintética, ou seja, ao se analisar a etimologia e semântica das duas palavras prevenção e precaução, nota-se que a prevenção surge do verbo prevenir, que expressa algo que vem antes. Já precaução, vem do verbo precaver-se e induz a algum cuidado antecipado acerca de um fato desconhecido. (MILARÉ, 2014).

Sendo assim, o Princípio da Prevenção, “[...] trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ao passo que precaução se destina a gerir riscos ou impactos desconhecidos.” (MILARÉ, 2014, p. 264). Ou seja, o Princípio da prevenção é aplicado aos problemas ambientais já conhecidos, como forma de tratamento e preservação, enquanto que o Princípio da Precaução cuida e se previne de riscos ou impactos ambientais futuros que podem vir a surgir caso não sejam tomadas medidas de precaução.

A Legislação Ambiental, mais especificamente a Lei de nº 6.938/1981 (BRASIL, 1981, *online*), em seus art. 4º, incisos I e VI e art. 9º, inciso III e a Lei nº 9.605/98 (BRASIL, 1998, *online*), pelo seu art. 54, trazem a preocupação do legislador de assegurar a prevenção e a precaução aos impactos ambientais dentro da norma positivada:

Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

[...] I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;

VI - à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida;

Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

III - a avaliação de impactos ambientais;

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

3.1.6 Princípio da função social da propriedade

O direito de propriedade é assegurado na Constituição Federal (BRASIL, 1988) como direito fundamental e é recebido e destacado pelo autor Édis Milaré (2014) como um Princípio do Direito Ambiental. O

autor elogia a atitude do legislador ao condicionar o uso da propriedade de maneira a assegurar o bem-estar social e à defesa do meio ambiente.

Com a previsão legal após 2002, pelo Código Civil – Lei nº 10.406/2002 (BRASIL, 2002, *online*), o direito de propriedade passou a ser exercido de forma a se garantir a função social, vide art. 1.228 da referida Lei:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

A função social da propriedade já era estabelecida pela Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) desde 1988, em seu art. 182, § 2º:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Com isso, o direito à propriedade passou a ter sua função social, de forma a garantir a utilização do bem, a fim de prezar pelo bem-estar da coletividade e a preservação do meio ambiente, digamos que a propriedade passou a não só ter o seu objetivo de prestar moradia para as pessoas, mas também o de garantir o bom convívio com a sociedade e com o meio ambiente.

[...] a propriedade não mais ostenta aquela concepção individualista do Código Civil de 1916, direcionada a uma sociedade rural e agrária, com a maior parte da população vivendo no campo. Hoje, com predomínio de uma sociedade urbana aberta aos imperativos da socialização do progresso [...] (MILARÉ, 2014, p. 275).

No entendimento do autor Édís Milaré (2014) exposto acima, o mesmo revela a transformação na função da propriedade dentro da sociedade. Com a chegada do avanço e do desenvolvimento, as cidades se tornaram mais populosas e, com isso, trouxeram maiores preocupações quanto ao direito individual de propriedade que não poderia mais ser exercido da mesma maneira do Século XIX, que era época de vigência do Código Civil (BRASIL, 1916) de 1916.

Naquela época, a propriedade era absoluta do proprietário e este poderia utilizar-se dela da forma como bem entender, se isso ocorresse ainda hoje, veríamos vários direitos fundamentais sendo desrespeitados, principalmente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois o proprietário poderia exercer atividades danosas ao meio ambiente e ao bem-estar social dentro de sua propriedade e isso não traria nenhuma punição para o mesmo. Com isso, fica evidente a importância do Princípio da Função Social da propriedade que vem modificando o

exercício de moradia, respeitando os direitos individuais e coletivos. (MILARÉ, 2014).

3.1.7 Princípio da Cooperação entre os povos

O Princípio da cooperação entre os povos tem previsão legal no art. 4º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), em seu inciso IX: “[...] cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.” “[...] em matéria de proteção ao meio ambiente, é imprescindível que exista estreita relação de cooperação entre os povos para que os limites espaciais e geográficos não se transformem em empecilho à efetiva tutela do meio ambiente.” (PINHEIRO, 2010, p.36). No entendimento da autora Carla Pinheiro (2010), a cooperação entre as nações é de extrema importância para um resultado efetivo na preservação do meio ambiente.

Através do princípio da cooperação é importante que as nações criem uma política mundial de proteção aos recursos naturais. (PINHEIRO, 2010).

O meio ambiente é onipresente, possui ubiquidade, o que afeta a uma nação poderá afetar a todas e é por isso que se deve haver certa cooperação e solidariedade entre os países do globo, para garantir a proteção ambiental não só de um Estado, mas sim de todos os povos do planeta Terra. (PINHEIRO, 2010).

[...] uma das áreas de interdependência entre as nações é a relacionada com a proteção do ambiente, uma vez que as agressões à ele infligidas nem sempre se circunscrevem aos limites territoriais de um único país, espalhando-se também, não raramente a outros vizinhos (por exemplo, a chuva ácida produzida pela indústria do norte dos Estados Unidos afeta rios e lagos no Canadá; a poluição do mar em

certo ponto, levada pelas correntes marinhas, pode afetar as cadeias da vida muito longe dali) ou ao ambiente global do Planeta (por exemplo, emissão indiscriminada de poluentes atmosféricos, provocadores do conhecido “efeito estufa”). O meio ambiente não conhece fronteiras [...]. (MILARÉ, 2014, p. 282).

O Princípio da Cooperação não possui aplicação somente externa entre outros países, mas também possui aplicação e eficácia interna no país. O Estado e a sociedade devem cooperar entre si, a fim de se garantir a proteção ao meio ambiente. (PINHEIRO, 2010).

3.2 Legislação Ambiental Brasileira e os Municípios

Em sua obra, Édis Milaré (2014) defende que a onda de proteção ao meio ambiente, no Brasil, tomou maior autonomia a partir da década de 1980, logo após o espírito de preocupação e conscientização ambiental desencadeado pela Conferência de Estocolmo, em 1972. A partir daí, segundo o autor, a legislação em matéria ambiental tomou força e celeridade no país.

Acrescenta o autor que antes de 1980, o conjunto normativo brasileiro “[...] não se preocupava em proteger o meio ambiente de forma específica e global, dele cuidando de maneira diluída, e mesmo casual, e na exata medida em que pudesse atender sua exploração pelo homem.” (MILARÉ, 2014 p. 242). A tutela jurisdicional ambiental não era muito exercida pelo Estado, pois este a delegava aos indivíduos e cidadãos que se sentissem ameaçados por danos à sua saúde porventura provocados pelas grandes incorporações empresárias, ou seja, a proteção ambiental ficava a mercê de quem quisesse protestar pelo seu direito ou quando a poluição causada pelas indústrias afetava a qualidade de vida de uma comunidade.

[...] Segundo esse sistema, por óbvio, a irresponsabilidade era a regra, e a responsabilidade, a exceção. Sim, porque o particular ofendido não se apresentava, normalmente, em condições de assumir e desenvolver ação eficaz contra os agressores, quase sempre poderosos grupos econômicos, quando não o próprio Estado. (MILARÉ, 2014, p. 242).

Atualmente, o Brasil tem reconhecimento em todo o mundo por ter uma legislação rica em matéria de controle ambiental, porém o nível de aplicabilidade efetiva destas leis é bem diferente na prática. O nível de descumprimento da legislação é alto e ao mesmo tempo o nível de implementação das normas é considerado baixo. (FONTES, 2014).

O Direito Ambiental, por tutelar o ecossistema contém direitos de natureza: Fundamental (o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), por ser de uso comum e essencial para a vida da coletividade); Difuso (o meio ambiente é direito de todos sem distinção); Indeterminado (o meio ambiente é ubíquo, ou seja, se encontra em todos os lugares); Indivisível (os riscos ao meio ambiente prejudicam não somente a um, mas sim a todas as pessoas); Imprescritível (os crimes ao meio ambiente não possuem prescrição, ou seja, a punibilidade do agente causador dos crimes ambientais não é afastada em razão do tempo); Intergeracional (todos têm o dever de proteger e preservar o meio ambiente, as presentes e futuras gerações). (FONTES, 2014).

O texto constitucional trouxe em seu artigo 22, as matérias ambientais de competência exclusiva da União, ou seja, somente a União pode legislar sobre tais matérias, vide o artigo:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; [...] XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; [...] XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza; [...]Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo. (BRASIL, 1988, *online*).

O artigo 23 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) de 1988, estabelece que “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora.”

“A Constituição (BRASIL, 1988) não quer que o meio ambiente seja administrado de forma separada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. É razoável entender-se que na competência comum, os entes federados devam agir conjuntamente.” (MACHADO, 2014, p. 180). Na visão e entendimento do autor Paulo Affonso Leme Machado (2014), a competência comum atribuída aos entes federativos pela Constituição (BRASIL, 1988) deve ser exercida de forma que todos possam contribuir uns com os outros.

[...]Na forma do artigo 23 da Lei Fundamental, os Municípios têm competência administrativa para defender o meio ambiente e combater a poluição. Contudo, os Municípios não estão arrolados entre as pessoas jurídicas de direito público interno encarregadas de legislar sobre meio ambiente. No entanto, seria incorreto e insensato dizer-se que os

Municípios não têm competência legislativa em matéria ambiental. (ANTUNES, 2014, p.105).

Na mesma forma, o art. 30 da Lei Maior, estabeleceu a competência Municipal para legislar: “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local [...]” (BRASIL, 1988, *online*).

Para o autor Paulo de Bessa Antunes (2014, p.106), está clara a inclusão da matéria ambiental na competência legislativa dos municípios, visto que, segundo ele, “[...] os Municípios formam um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental.”

A maior concentração de aplicação da norma ambiental gira em torno dos municípios, de forma que se os mesmos fizerem uma política e gestão ambiental de maneira comprometida, podem contribuir decisivamente para o desenvolvimento sustentável e melhorar as condições de proteção ambiental como um todo. (FONTES, 2014).

A legislação atual brasileira, apresenta algumas leis federais que são de suma importância para um bom controle e uma boa gestão ambiental. Tais leis são: A Constituição Federal (BRASIL, 1988); Alteração do Novo Código Florestal – Lei 12.727/2012 (BRASIL, 2012); Novo Código Florestal – Lei 12.651/2012 (BRASIL, 2012); Lei Complementar nº 140/2011 (BRASIL, 2011); Política Nacional de Resíduos Sólidos – Lei 12.305/2010 (BRASIL, 2010); Política Federal de Saneamento Básico – Lei 11.445/2007 (BRASIL, 2007); Lei da Mata Atlântica – Lei 11.428/2006 (BRASIL, 2006); Organismos Geneticamente Modificados – Lei 11.105/2005 (BRASIL, 2005); Lei de Acesso a Informação Ambiental – Lei 10.650/2003 (BRASIL, 2003); Lei das Cidades/ Estatuto das Cidades – Lei 10.257/2001 (BRASIL, 2001); Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) – Lei

9.985/2000 (BRASIL, 2000); Criação da Agência Nacional de Águas – Lei 9.984/2000 (BRASIL, 2000); Lei dos Agrotóxicos – Lei 9.974/2000 (BRASIL, 2000); Política Nacional de Educação Ambiental – Lei 9.795/1999 (BRASIL, 1999); Lei de Crimes Ambientais – Lei 9605/1998 (BRASIL, 1998); Política Nacional de Recursos Hídricos – Lei 9.433/1997 (BRASIL, 1997); Lei da Exploração Mineral – Lei 7.805/1989 (BRASIL, 1989); Fundo Nacional do Meio Ambiente – Lei 7.797/1989 (BRASIL, 1989); Programa Nacional de Arborização Urbana – Lei 7.563/1986 (BRASIL, 1986); Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 (BRASIL, 1985); Política Nacional de Meio Ambiente – Lei 6.938/1981 (BRASIL, 1981); Lei do Parcelamento do Solo Urbano – Lei 6.766/1979 (BRASIL, 1979); Lei de Proteção da Fauna – Lei 5.197/1967 (BRASIL, 1967). (FONTES, 2014).

Dentre as citadas Leis, algumas se tornaram mais relevantes em questões de controle à proteção do meio ambiente dentro da política de gestão ambiental dos Municípios, incluindo-se a Constituição Federal (BRASIL, 1988), que reuniu direitos e deveres fundamentais, que abrangem a importância que o Estado e a sociedade possuem de tutelar pelo bem mais precioso, a vida, e, conseqüentemente, ao responsável por esta preciosidade e qualidade desta existência no planeta, o Meio Ambiente. (FONTES, 2014).

No entendimento de Luiz Eduardo Ferreira Fontes (2014, p. 188/189), a Lei Complementar nº 140/2011 (BRASIL, 2011):

[...] fixou normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), para cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência

comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora. Essa lei traz enormes impactos para a Gestão Ambiental Municipal, ao passar para o município responsabilidades e competências do poder público federal, incluindo-se o poder de fiscalização. [...]

Com a publicação da Lei Complementar 140/2011 (BRASIL, 2011) os entes da federação, ganharam um impulso em se tratando de competência, para poderem fiscalizar e controlar a efetiva proteção ao meio ambiente. Concedendo, inclusive aos Municípios, o poder de fiscalização, para garantir assim maior exercício jurídico da Lei em cada território.

O Novo Código Florestal, com sua alteração em 2012, pela Lei 12.727/2012 (BRASIL, 2012), fixou normas a fim de se garantir a proteção e uso sustentável de florestas e vegetações nativas em sincronia com o desenvolvimento, apresentando impactos importantes na gestão municipal, nas áreas urbanas e não urbanas, impondo-se limites nas intervenções ao meio ambiente. (FONTES, 2014).

A Política Nacional de Resíduos Sólidos, sancionada pela Lei nº 12.305/2010 (BRASIL, 2010), estabeleceu os princípios e objetivos, direcionados à destinação dos resíduos sólidos gerados, impondo ao poder público o dever e as normas de devida destinação destes, sem que haja danos à população e ao meio ambiente. (FONTES, 2014).

A Lei nº 11.445/2007 (BRASIL, 2007), que dispõe sobre a Política Federal de Saneamento Básico, possui importância acerca da distribuição e fornecimento de água nas cidades e destinação e tratamento dos esgotos, além de

estabelecer políticas para o saneamento básico. (FONTES, 2014).

O Estatuto das Cidades – Lei nº 10.257/2011 (BRASIL, 2011) “[...] dispõe sobre o estabelecimento de normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.” (FONTES, 2014, p. 190). O estatuto, regula o desenvolvimento urbano de forma sustentável, está ligado também à função social da propriedade intitulado pelo Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002, *online*), no art. 1228, §1º e pela Constituição (BRASIL, 1988, *online*), no artigo 5º, inciso XXIII, art. 182 e art. 186. Vide:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

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

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos.

A Política Nacional de Educação Ambiental, regulada pela Lei 9.795/1999 (BRASIL, 1999), estabeleceu a importância de se conscientizar a população é através desta lei que os cidadãos constroem valores de ordem social, capazes de desenvolverem comportamentos, conhecimentos, voltados para a proteção ambiental. “[...] a educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo [...]” (FONTES, 2014, p. 191).

Quanto à punibilidade, a Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9.605/1998 (BRASIL, 1998), previu os crimes e as penas aplicáveis às infrações de ordem ambiental, principalmente voltados para a Flora e a Fauna. (FONTES, 2014).

[...] Dita Lei, conhecida como “Lei dos Crimes Ambientais”, representa significativo avanço na tutela do ambiente, por inaugurar uma sistematização das sanções administrativas e por tipificar organicamente os crimes ecológicos. O diploma também inova ao tornar realidade a promessa constitucional de se incluir a pessoa jurídica como

sujeito ativo do crime ambiental [...] (MILARÉ, 2014, p. 243).

A Lei 9.605/1998 (BRASIL, 1998, *online*) permite que a pessoa jurídica, ou seja, as empresas sejam punidas pelos crimes ambientais que cometerem, além de permitir que seja utilizado o instituto da desconsideração da pessoa jurídica, que poderá também passar a punição para os sócios responsáveis pela empresa, conforme o previsto nos artigos 3º e 4º da Lei:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

A água é um recurso essencial para a vida, tendo várias utilizações como, por exemplo, o consumo humano. A Política Nacional de Recursos Hídricos, prevista pela Lei 9.433/1997 (BRASIL, 1997), regulou a utilização das águas, a fim de se resguardar este bem maior, que é limitado e possui valor ambiental imenso e de grande utilização para os seres vivos. A questão do tratamento dos esgotos é considerada o maior problema ambiental no Brasil e por isso, a devida aplicação desta norma é

essencial para uma boa gestão Municipal. (FONTES, 2014).

A Lei 6.938/1981 (BRASIL, 1981), que diz respeito à Política Nacional de Meio Ambiente é uma importantíssima lei que definiu dentre outras coisas que o poluidor tem a obrigação de indenizar os danos ambientais causados, independentemente de culpa (Princípio do Poluidor Pagador), a ação será movida pelo Ministério Público, podendo propor ações de responsabilidade civil ao poluidor. Tal lei criou também a obrigação dos estudos e relatórios de Impacto Ambiental (EIA-RIMA). Instituiu o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA) que se constitui num sistema de diversos órgãos governamentais e da sociedade que propiciam planejamentos de ações voltadas para o setor ambiental. (FONTES, 2014). (MILARÉ, 2014).

As regras de ocupação do solo urbano, é instituída pela Lei 6.766/1979 (BRASIL, 1979) (Lei do Parcelamento do Solo Urbano) e é de extrema relevância para as gestões municipais, em prol do meio ambiente. (FONTES, 2014).

A Lei 7.347/1985 (BRASIL, 1985), a Lei da Ação Civil Pública previu que o Meio Ambiente é um direito difuso, ou seja, é inerente a todos, e todos devem ser responsabilizados pelos danos causados a este bem comum. (FONTES, 2014).

[...] a edição da Lei 7.347, de 24.07.1985, que disciplinou a ação civil pública como instrumento processual específico para a defesa do ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e possibilitou que a agressão ambiental finalmente viesse a tornar-se um caso de justiça. (MILARÉ, 2014, p. 242).

Tal lei, permitiu que às agressões ao meio ambiente fossem freadas, impulsionando o poder judiciário para tutelar o Meio Ambiente. (MILARÉ, 2014).

Para o autor Édis Milaré (2014), a perspectiva legislativa brasileira é que se crie um código específico para a matéria ambiental, pois as normas ambientais não estão tendo a capacidade de alcançar seus objetivos, principalmente no sentido de compatibilizar o crescimento econômico junto com a proteção ambiental. Seria necessário assim, a criação de um código para poder organizar todo o sistema legislativo ambiental.

[...] o Direito Ambiental precisa tornar-se claro, acessível, certo, coerente, - e é possível acrescentar mais outras qualificações. As experiências de codificação já havidas - no Brasil e alhures - fortalecem-nos a convicção de que é oportuno, necessário e inadiável um "Código de Meio Ambiente Brasileiro". (MILARÉ, 2014, p. 245).

Desta forma, uma futura Codificação da Legislação Ambiental, ajudaria a direcionar o sistema legislativo brasileiro, buscando assim uma maior eficácia.

4 PADRÃO DE APLICAÇÃO DA NORMA AMBIENTAL NOS MUNICÍPIOS

A questão ambiental se tornou desafio mundial, principalmente na busca de políticas nacionais de gestão com o intuito de favorecer à proteção aos recursos naturais juntamente com o desenvolvimento urbano, de modo a se garantir o bem-estar de toda coletividade. (MILARÉ, 2014).

4.1 Caminhos para a aplicação da norma

Em sua obra, o autor Édis Milaré (2014), explica que a atuação dos agentes protetores em face aos desafios dos problemas ambientais, deve ser uma atuação em rede, através de um *networking*, ou seja:

A resposta às agressões e aos danos ambientais deve necessariamente ser sistêmica, lógica na sua formação, articulada na sua organização e coesa nas suas ações e intervenções. Isso supõe que a gestão e as políticas se adaptem às modernas teorias e práticas de um processo eficiente e dinâmico com objetividade e agilidade para responder aos desafios de uma determinada sociedade concreta, no caso, a sociedade nacional brasileira. (MILARÉ, 2014, p. 633).

Édis Milaré (2014, p. 635), em sua obra, cita o seguinte entendimento do Professor de Gestão Ambiental José Carlos Barbieri (2007):

[...] Os termos administração, gestão do meio ambiente, ou simplesmente gestão ambiental serão aqui entendidos como as diretrizes e as atividades administrativas e operacionais, tais como planejamento, direção, controle, alocação de ambiente, quer reduzindo ou eliminando os danos ou problemas causados pelas ações humanas, quer evitando que eles surjam. (BARBIERI, 2007, p.25).

O caminho a ser tomado para uma efetiva aplicação da norma ambiental é o da Gestão Ambiental. Com isso, os poderes públicos garantem uma boa qualidade de políticas

de proteção ao meio ambiente junto ao setor administrativo.

Para uma gestão ser efetivamente objetiva, deve-se ter um investimento em informação, ou seja, a exemplo de um Município, este deve utilizar-se de tecnologias capazes de catalogar seu território, bem como os recursos existentes em seu perímetro. (FONTES, 2014).

Conforme explica Luiz Eduardo Ferreira Fontes (2014, p.176/177):

[...]A abordagem da informação como ferramenta de Gestão Ambiental Municipal deve considerar a base de conhecimentos que o município irá dispor para dar suporte às tomadas de decisão e à gestão. Conhecimentos relacionados aos recursos hídricos e às bacias hidrográficas presentes no município; aos processos de licenciamentos ambientais concluídos ou em andamento; às estradas vicinais; aos resíduos gerados no município; ao sistema municipal de áreas protegidas; à base cartográfica do município; à sua malha viária urbana; ao seu mapa de drenagem pluvial; às áreas de riscos de deslizamentos ou de inundações; às áreas verdes municipais; ao sistema de arborização urbana; às obras públicas planejadas e em execução; aos programas de educação ambiental implantados no município, entre outros, são essenciais à adequada gestão ambiental. (FONTES, 2014, p. 176/177).

Um sistema único de informações sobre o Município, permite além de uma gestão mais eficaz, maior aplicação ao que dispõe as normas ambientais, pois através deste sistema, a administração poderá ter maior controle sobre os danos ambientais que ocorrem e que podem ocorrer nos limites do município, tanto na área urbana,

quanto na zona rural. Além disso, O sistema tecnológico de catalogação municipal, será como diretriz para que a administração tome as decisões quanto ao desenvolvimento urbano. (FONTES, 2014).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu art. 182, §1º, instituiu a obrigatoriedade de um plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, para cidades com mais de vinte mil habitantes, sendo este o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Para se ter uma boa Gestão Municipal é obrigatório a implementação de um Plano Diretor, através de lei municipal específica. O Plano Diretor nada mais é do que um processo de controle municipal, que regula as atividades econômicas, sociais, visando a sustentabilidade, saneamento básico e desenvolvimento urbano. (MACHADO, 2014).

“[...] O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.” (BRASIL, 2001, *online*, art. 40).

O Estatuto das Cidades, instituído pela Lei 10.257/2001 (BRASIL, 2001, *online*), estabeleceu os objetivos a que devem visar as políticas urbanas, para que ocorra o desenvolvimento urbano em prol das funções sociais das cidades e das propriedades, juntamente com a defesa do meio ambiente e seu equilíbrio ecológico, conforme previsto no seu artigo 2º.

Todo esse arcabouço normativo se faz extremamente necessário para que o Município cumpra com seu papel e função de zelar pelo bem comum social, o meio ambiente e a boa qualidade de vida de seus cidadãos.

A ação dos Municípios quanto à aplicação da norma ambiental, deve-se limitar ao seu território, no entanto estende-se a tudo que afeta a qualidade de vida da sua população, promovendo a proteção ambiental em três aspectos, combatendo a poluição, preservando seus

recursos naturais e garantindo a restauração dos recursos já devastados. (MEIRELLES, 2008).

4.2 Políticas municipais sustentáveis

Com a implantação de uma boa Gestão Municipal e através do Plano diretor, o Município deve investir em políticas sustentáveis, visando a adequação, na forma da lei, das cidades, para garantir a função social destas e em defesa ao meio ambiente.

Para a implantação de uma política ambiental é necessário a disponibilidade dos recursos econômicos e sociais e uma educação quanto à necessidade de se proteger os recursos naturais e a preservação do ambiente dentro do contexto urbano, a fim de se garantir uma boa qualidade de vida para os cidadãos e o desenvolvimento das cidades em união com o meio ambiente. (SCHNEIDER, 2000).

As políticas mais importantes voltadas para uma boa gestão municipal devem ser tomadas com base: na educação ambiental, no planejamento energético, no controle da poluição, à destinação dos resíduos sólidos, na proteção e planejamento dos recursos hídricos, no uso do solo urbano, investimento e preservação das áreas verdes e licenciamento ambiental. (SCHNEIDER, 2000). (FONTES, 2014).

Sem uma sociedade consciente de que é necessário a preservação ambiental, não existe gestão sustentável eficaz, sendo assim, é de extrema importância a devida educação social para que não venham a cometer atos nocivos contra o ambiente, ajudando assim a obter, em conjunto com a administração pública, os resultados benéficos para um bom convívio em sociedade e uma melhora significativa da qualidade de vida e consequentemente à redução aos danos ambientais. (SCHNEIDER, 2000).

A visão que deve ser seguida acerca do planejamento energético é a de aprimorar e discutir a implantação de fontes de energia que sejam compatíveis com o desenvolvimento, sem que haja maiores degradações aos recursos naturais, bem como aos recursos financeiros de uma administração. Este balanço de custo-benefício é extremamente importante nas discussões das políticas municipais, no intuito de se implantar fontes energéticas sem agressão ao meio ambiente. (SCHNEIDER, 2000).

Em seu artigo, Evânia Schneider (2000, *online*), aponta o seguinte entendimento do autor Stephan Schmidheiny (1992), acerca do posicionamento das políticas públicas relacionadas ao planejamento energético:

[...] uma reorientação dos planos nacionais de energia para uma política de recursos racional e coerente com um horizonte de tempo mais amplo. Esta política está montada sobre três pilares. Esses pilares são: uma maior eficiência energética, uma combinação mais sustentável entre fontes de energia e padrões de consumo e uma estratégia energética de longo prazo.

As políticas públicas devem se aprofundar, utilizando-se de forma racional os recursos que geram a energia, possuindo eficiência e garantindo o desenvolvimento de forma sustentável.

Quanto à poluição, uma boa gestão sustentável deve investir em políticas capazes de reduzir os índices de poluição ambiental para melhorar a qualidade de vida de sua população, reduzindo-se assim os índices de problemas de saúde pública, tendo uma visão de precaução e prevenção quanto aos problemas que possam vir a ocorrer.

No controle da poluição pela gestão administrativa é necessário “[...] Uma tecnologia avançada e equipamentos adequados, o gerenciamento dos resíduos sólidos, além de uma fiscalização rigorosa [...]” (SCHNEIDER, 2000, *online*).

O que são os resíduos sólidos? São todos os materiais descartados, resultantes das atividades humanas, cuja destinação final se encontrem no estado sólido e são incompatíveis com o descarte em qualquer rede pública de esgoto ou em recursos hídricos. (FONTES, 2014).

Um dos maiores problemas de degradação ambiental atualmente, consiste no descarte indevido destes resíduos, provocando problemas de saúde pública, como por exemplo a dengue; problemas de contaminação dos recursos hídricos, bem como na sua destinação final, como é o caso dos lixões urbanos.

A gestão de resíduos sólidos pelos municípios pode ser considerada como o conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final dos resíduos sólidos e rejeitos (lixo) e dos rejeitos (lixo) originários da varrição e limpeza das vias públicas. (FONTES, 2014, p. 134).

Quanto a esta destinação, algumas políticas já deveriam ter sido implantadas na maioria dos municípios como é o caso dos Aterros Sanitários e das ETE’s (Estações de Tratamento de Esgotos), porém essa implantação ainda é a exceção na realidade.

Nos termos da Lei 12.305/2010 (BRASIL, 2010), que dispõe sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos, fica expresso o dever legal dos Municípios de se fazer a devida destinação dos resíduos sólidos gerados em seu

território, podendo estes serem responsabilizados pela indevida destinação de tais resíduos. (FONTES, 2014).

Para o planejamento do uso e abastecimento dos recursos hídricos, uma gestão que pode ser adotada de forma sustentável é o Plano Municipal de Recursos Hídricos. Dentro de tal plano é destacado três objetivos principais.

Luiz Eduardo Ferreira Fontes (2014, p. 148), assim os destaca:

[...] caracterização do território do município do ponto de vista social, econômico e ambiental, adotando a bacia hidrográfica e sub-bacias como unidades de planejamento; O estabelecimento de políticas e diretrizes orientadas à proteção das águas em sua jurisdição; A indicação de alternativas de aproveitamento e controle de recursos hídricos, a serem considerados no(s) plano(s) de bacia hidrográfica correspondente(s).

O plano municipal deve criar políticas e programas públicos, junto a sua população, visando à conscientização do uso racional deste recurso hídrico, no intuito de se restaurar e preservar as fontes de abastecimento deste bem precioso que é a água. (FONTES, 2014).

Quanto à gestão do uso e ocupação do solo, podem ser adotados três instrumentos: “[...] o zoneamento; a lei de ocupação e uso do solo; a lei de parcelamento do solo e o plano diretor.” (FONTES, 2014, p. 150).

Através das leis municipais de Zoneamento e de Ocupação e Uso do Solo é estabelecido a destinação e diferenciação em zonas do uso do solo urbano, por exemplo, o uso residencial, comercial, industrial, entre outros. Trata-se de uma divisão urbana para o uso do solo de acordo com a adequação as atividades ali exercidas. (FONTES, 2014).

O parcelamento do solo consiste na divisão e desmembramento deste, um exemplo disso seriam os terrenos. É a divisão e parcelamento do solo urbano em áreas. (FONTES, 2014).

A gestão municipal deve investir também na restauração e preservação das áreas verdes, seja pela plantação de árvores em seu território, seja pela criação de parques e reservas ecológicas, com o intuito de se garantir a melhoria na qualidade de vida urbana, bem como a estética urbanística e o seu equilíbrio ambiental, por exemplo, redução das temperaturas e mudanças climáticas. (FONTES, 2014).

O licenciamento ambiental é o exercício que uma política pública municipal tem de se garantir a proteção dos recursos naturais pelos particulares. Através deste exercício, a administração pode fiscalizar e adotar medidas para a implementação da lei, através de seu poder de polícia.

O processo de concessão de licenças e autorizações para o desenvolvimento de atividades econômicas, explicita claramente a disputa entre duas demandas básicas: a necessidade de se produzir e a necessidade de se preservar o meio ambiente, sendo que a última é atribuída ao setor público, responsável pelas atividades de planejamento e controle ambiental. A necessidade de produção está associada a atuação do setor privado, que gera impactos sobre recursos naturais em maior ou menor escala. (SCHNEIDER, 2000, *online*).

Algumas políticas públicas podem ser tomadas para que seja mais eficiente o exercício das licenças, como por exemplo, a implantação de um sistema junto às prefeituras, utilizando-se de tecnologias, como um site do município

ou de órgão municipal capaz de permitir que os particulares possam acessá-lo e assim realizar o seu cadastro junto ao órgão municipal, composto por profissionais da área, que analisarão cada caso e iniciarão o processo de licenciamento.

Um exemplo a ser citado de uma boa gestão ambiental tem ocorrido no município de Carmo do Cajuru/MG, através de sua Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Econômico, pela gestão do Secretário de Meio Ambiente Municipal, Sr. Saulo Carvalho Nunes, tem-se implantado algumas políticas públicas exemplares, como é o exemplo da “Gincana Sustentável” que tem o intuito de promover a educação ambiental e inclusão social através do incentivo ao recolhimento de materiais recicláveis na sua origem, dando a sua adequada destinação. (CARMO DO CAJURU, 2018).

O projeto envolve as escolas do município, incentivando aos estudantes a fazerem a coleta dos materiais recicláveis, como uma forma de pontuação, de modo que as escolas disputem entre si, sendo que, a que obtiver maior pontuação final (diretamente ligada a quantidade de materiais recicláveis recolhidos) recebe uma premiação.

Os materiais acumulados pelas escolas são recolhidos pela Associação de Catadores de Materiais Recicláveis de Carmo do Cajuru (Recicarmo) e após a separação destes resíduos, aumentando-se o volume de materiais, estes são comercializados para empresas que compram os produtos para a sua reutilização. (CARMO DO CAJURU, 2018).

Os resultados da Gincana Sustentável foram tão benéficos que já trouxe lucros para o Município, além da conscientização pública ambiental pela educação e a devida destinação destes resíduos sólidos, o projeto impactou diretamente na saúde pública, reduzindo drasticamente os índices de casos de dengue comprovados

no município, estudo realizado pelo Levantamento de Índice Rápido para Aedes Aegypti – LIRAA. (CARMO DO CAJURU, 2018).

A implantação de políticas públicas sustentáveis é primordial para a garantia de uma boa qualidade de vida de uma população, evitando-se vários problemas urbanos, como é o caso da questão da saúde pública, reduzindo assim os gastos orçamentários de uma Administração com doenças.

5 CONCLUSÃO

O Meio Ambiente e suas mais variadas formas deve ser levado em questão em todos os aspectos, fazendo com que todos tenham ciência da importância e necessidade de se preservá-lo, para as presentes e futuras gerações, conforme está expresso na Lei Maior brasileira, em seu art. 225.

Com a implantação de uma boa gestão, visando à sustentabilidade, os governos, principalmente os Municipais, objeto de estudo do presente trabalho, devem investir em políticas, projetos e ações que visam à proteção ambiental e que irão trazer, conseqüentemente, benefícios para o bem da coletividade.

Políticas sustentáveis deveriam ser mais discutidas dentro da sociedade, inclusive adequando-se ao modo de educação do país, visto que ao orientar e conscientizar seu povo, um enorme passo se daria em benefício do meio ambiente.

O tema discutido no trabalho mostra como nossa legislação é extensa e muitas vezes o Estado fica à mercê de seus órgãos, pois o atual sistema brasileiro ambiental é burocrático e não consegue, infelizmente, dar os resultados necessários para a implantação das normas.

Conclui-se que o desenvolvimento, em todas as esferas do país, Federal, Estaduais e Municipais, deve ser

compatível com o ecossistema, adequando-se as indústrias, ao agronegócio e toda a sociedade, para que assim os resultados, a médio e longo prazo, sejam eficientes para que haja a redução das agressões ambientais e uma mudança na forma de pensar de todos os indivíduos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 19 out. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. In: **Palácio do Planalto**, 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm >. Acesso em: 17 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. In: **Palácio do Planalto**, 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm >. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 4.504 de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1964. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm >. Acesso em: 08 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 4.771 de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. In: **Palácio do Planalto**, 1965. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4771.htm >. Acesso em: 08 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.197 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm >. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.766 de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. In: **Palácio do Planalto**, 1979. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm >. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1981. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm >. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1985. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm >. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.563 de 19 de dezembro de 1986. Institui o PRÓ-FRUTI - Programa Nacional de Arborização Urbana com Árvores Frutíferas e determina outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1986. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7563.htm >. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.797 de 10 de julho de 1989. Cria o Fundo Nacional de Meio Ambiente e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7797.htm >. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.805 de 18 de julho de 1989. Altera o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, cria o regime de permissão de lavra garimpeira, extingue o regime de matrícula, e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7805.htm >. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.433 de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março

de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. In: **Palácio do Planalto**, 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm >. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.605 de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. In: **Palácio do Planalto**, 1965. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4771.htm >. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.795 de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19795.htm >. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.974 de 06 de junho de 2000. Altera a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências.. In: **Palácio do Planalto**, 2000. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9974.htm >. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.984 de 17 de Julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e responsável pela

instituição de normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico. (Redação dada pela Medida Provisória nº 844, de 2018) In: **Palácio do Planalto**, 2000.

Disponível em: <

<http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=371> >. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.985 de 18 de Julho de 2000.

Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da

Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de

Unidades de Conservação da Natureza e dá outras

providências. In: **Palácio do Planalto**, 2000. Disponível

em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm

>. Acesso em: 08 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.257 de 10 de Julho de 2001.

Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal,

estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras

providências. In: **Palácio do Planalto**, 2001. Disponível

em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm >. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o

Código Civil. In: **Palácio do Planalto**, 2002. Disponível

em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

>. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003. Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama.. In:

Palácio do Planalto, 2003. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.650.htm

>. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março 2005.

Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da

Constituição Federal, estabelece normas de segurança e

mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam

organismos geneticamente modificados – OGM e seus

derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança –

CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de

Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional

de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de

janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23

de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da

Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras

providências. In: **Palácio do Planalto**, 2005. Disponível

em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111105.htm)

[2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111105.htm) >. Acesso em: 19 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.428 de 22 de dezembro de 2006.

Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa

do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. In:

Palácio do Planalto, 2006. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/Lei/L11428.htm)

[2006/2006/Lei/L11428.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/Lei/L11428.htm) >. Acesso em: 19 de out.

2018.

BRASIL. Lei nº 11.445 de 05 de janeiro de 2007.

Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento

básico, cria o Comitê Interministerial de Saneamento

Básico, altera a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979,

a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, a Lei nº 8.666, de

21 de junho de 1993, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro

de 1995, e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978.

In: **Palácio do Planalto**, 2007. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/11445.htm)

[2010/2007/lei/11445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/11445.htm) >. Acesso em: 17 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.305 de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm >. Acesso em: 17 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.651 de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm >. Acesso em: 17 de out. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.727 de 17 de outubro de 2012. Altera a Lei no 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; e revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, o item 22 do inciso II do art. 167 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e o § 2º do art. 4º da Lei no 12.651, de 25 de maio de 2012. In: **Palácio do Planalto**, 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/L12727.htm >. Acesso em: 17 de out. 2018.

CORRÊA, Mário Cosmo. **Estamos progredindo?** Divinópolis: Ed. do Autor, 2008.

CARMO DO CAJURU. **Gincana Sustentável**. In: Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Econômico, 2018. Disponível em: < <https://carmodocajuru.mg.gov.br/c/meio-ambiente-e-desenvolvimento-economico/gincana-sustentavel> >. Acesso em: 31 out. 2018.

FONTES, Luiz Eduardo Ferreira. **Manual (prático) de Gestão Ambiental Municipal**: Em busca de cidades sustentáveis. 1. ed. Viçosa: A.S. Sistemas, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. In: **Passai Direto**, 2008. Disponível em: < https://www.passeidireto.com/arquivo/6099553/direito-municipal-brasileiro_16-edicao_hely-lobes-meirelles >. Acesso em: 30 de out. 2018.

NASCIMENTO, Luís Felipe. **Gestão Ambiental e Sustentabilidade**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2012.

ONUBR. Nações Unidas do Brasil. A ONU e o Meio Ambiente. In: **Nações Unidas**, 2018. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/> >. Acesso em: 08 out. 2018.

ONUBR. Nações Unidas do Brasil. Roteiro para a localização dos ODS. In: **Nações Unidas**, 06/2017. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp->

<content/uploads/2017/06/Roteiro-para-a-Localizacao-dos-ODS.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2018.

ONUBR. Nações Unidas do Brasil. 17 objetivos para transformar nosso mundo. In: **Nações Unidas**, 2015. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/pos2015/> >. Acesso em: 02 out. 2018.

PINHEIRO, Carla. **Direito ambiental**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHNEIDER, Evânia. **GESTÃO AMBIENTAL MUNICIPAL: Preservação ambiental e o desenvolvimento sustentável**. In: Centro Universitário UNIVATES, 2000. Disponível em: < <http://files.bigeschi.webnode.com.br/200005362-b7824b87c1/desenvolvimento%20sustent%C3%A1vel%20e%20planejamento%20ambiental.pdf> >. Acesso em: 31 out. 2018.

UN. United Nations. *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*. In: **Nações Unidas**, 06/1972. Disponível em: < <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf> >. Acesso em: 08 out. 2018.

DESFECHO PROCESSUAL APÓS DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO NOS MOLDES DO ARTIGO 485, IX DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Felipe Faria Campelo³

RESUMO

O presente estudo procura avaliar a possibilidade da análise de mérito em casos de deferimento de tutela provisória, em substituição ao decreto de extinção de feito sem julgamento de mérito nos moldes do artigo 485, IX do CPC. Inicialmente é analisado o princípio da primazia do mérito. Primeiro, como direito fundamental e, segundo, como princípio no CPC e as principais regras que o utilizam como fundamento. Ademais, é analisado o instituto da sentença dando ênfase no que tange às sentenças terminativas, as quais extinguem o processo sem resolução de mérito. Adentrando ao objeto do estudo são analisadas as hipóteses previstas no art. 485 do CPC, responsáveis pela extinção sem resolução do mérito. O sexto tópico, por sua vez, trata da teoria da causa madura, teoria importantíssima para a defesa do cerne do trabalho. No último tópico é estudada a possibilidade da análise de mérito nos casos que se amoldam ao art. 485, IX do CPC, colocando em pauta o entendimento do STJ, bem como decisões do Tribunal do Paraná, que seguem a ideia da causa madura, bem como a tendência da resolução do mérito nos casos em que é verificada a tutela antecipada.

³ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

Palavras-chave: Princípio da primazia da resolução de mérito. Causa madura. Tutela provisória. Direitos intransmissíveis.

1 INTRODUÇÃO

Com o Código de Processo Civil de 2015 surgiu no texto legal a consagração de princípios fundamentais com intuito de guiar a solução dos conflitos judiciais. Em razão disso o trabalho visa enfatizar sua análise em um dos principais princípios trazidos pela nova ordem jurídica: o princípio da primazia de mérito.

Tal princípio fundamental será imprescindível para defender o objeto do estudo que é caracterizado pela análise de mérito mesmo nos casos do decreto de extinção do processo sem resolução do mérito nos termos do artigo 485, IX.

Adentrando ao estudo, no primeiro capítulo, será analisado o direito fundamental ao mérito a partir do direito fundamental de acesso à justiça, por força do inciso XXXV do art. 5º da CF. Este artigo nos permitirá a interpretação de que o acesso à justiça assegura resultados efetivos do processo, notadamente a resolução de mérito e a satisfação prática do direito, com intuito de efetivar o direito fundamental, ora citado, o Código de Processo Civil de 2015 fez constar do rol de normas fundamentais do processo civil o princípio da primazia da resolução do mérito.

Merece especial atenção, contudo, o capítulo II, que trará explanações do princípio em si. Localizado no capítulo denominado “Das normas fundamentais do processo civil” (BRASIL, 2105), será analisado como norma fundamental do CPC.

O princípio ora citado está localizado no artigo 4º do CPC, que além de prever a duração razoável, prevê a primazia da resolução do mérito. (LINS, 2017)

Posto isto será desenvolvida no trabalho a consagração do princípio da primazia de mérito mostrando que a apreciação do mérito e sua solução é prioritária ao reconhecimento de nulidades, devendo sempre evitar a exacerbação das técnicas puramente formais, viabilizando assim, a efetividade da ação judicial e sua satisfação.

Ademais será demonstrada a força normativa da primazia de mérito em todo CPC de 2015. Pelo qual se analisará as regras de aplicação do princípio, as quais concretizam a norma fundamental estudada e permitem a remoção de obstáculos à resolução do mérito.

Logo depois, no capítulo III, o trabalho desenvolverá a diferença entre sentença terminativa e definitiva, com a intenção de facilitar a compreensão das formas de extinção sem resolução do mérito, abarcadas pelo artigo 485, hipóteses que são resolvidas por sentença terminativa.

Antes de adentrar no cerne do trabalho, no capítulo IV, será abordada a teoria da causa madura, prevista no §3º do art. 1.013. A teoria autoriza o tribunal julgar diretamente a lide nas hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, questões exclusivamente de direito com condições para imediato julgamento. Regra que mais uma vez confirma o princípio da primazia da decisão de mérito e a duração razoável do processo.

Por fim, no capítulo VI, o trabalho passará a análise do objetivo do processo. Em breves comentários demonstrará o conceito de tutela provisória e dois casos os quais desautorizam a prolação da sentença terminativa mesmo com a ocorrência do que prevê o artigo 485, IX.

Em suma, o estudo desenvolverá a possibilidade da análise do mérito em casos de deferimento de tutela provisória, em substituição ao decreto de extinção de feito sem julgamento de mérito nos moldes do artigo 485, IX.

É imprescindível informar que para a realização deste estudo foram utilizados artigos jurídicos, revistas

eletrônicas, enunciados jurídicos, doutrinas e jurisprudências. Ressaltando que as conclusões apresentadas levam em consideração o entendimento do STJ e entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO EXAME DO MÉRITO

O direito fundamental de acesso à justiça, presente no ordenamento jurídico brasileiro por força do inciso XXXV do art. 5º da CF (BRASIL, 1988, *online*) prevê que: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. No que diz respeito a que nenhuma lei excluirá ameaça ou lesão a direito da apreciação do Poder Judiciário devemos entender no sentido de pretensão, ou seja, a afirmação de direito, que pode ser levada ao Poder Judiciário para solução. (BUENO, 2016).

Uma vez provocado, o Estado-juiz tem o dever de fornecer respostas àqueles que o procuraram, mesmo que negativas, demonstrando que não há nenhum direito a ser tutelado ou em casos que não há condições mínimas do exercício da função jurisdicional. (BUENO, 2016).

Posto isto não há como negar que qualquer lei que pretenda subtrair da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito é irremediavelmente inconstitucional, pois o direito de ação permite além da manifestação do Estado-juiz, a atuação adequada a fim de conceder a tutela jurisdicional conforme requerida. (BUENO, 2016).

O dispositivo também permite interpretação no sentido de que, através do acesso ao Estado-juiz, se busque e se incentive a busca de outros mecanismos de solução de conflitos, ainda que não jurisdicionais. (BUENO, 2016).

Não se pode entender que somente o Judiciário e o exercício da função jurisdicional podem resolver conflitos,

como se fosse esta uma competência exclusiva, por isso que a análise dos chamados meios alternativos é suma importante. Assim, primeiramente seria necessário evitar o acesso à justiça no sentido de se buscar (e, até mesmo, incentivar, como faz o CPC (BRASIL, 2015) de 2015) a solução de conflitos por outros métodos. “Nunca, no entanto, no sentido de afastar, impedindo ou obstaculizando, o acesso à solução jurisdicional estatal quando malogradas aquelas tentativas ou, simplesmente, porque os interessados por ela não se interessam”. (BUENO, 2016, p. 46).

Ora, é de se ter em mente ainda que, no moderno Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça não se resume aos direitos acima levantados. “Por acesso à Justiça hoje se compreende o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 145).

Nesse passo o acesso a justiça assegura resultados efetivos do processo, notadamente a resolução de mérito e a satisfação prática do direito substancial. “Para dar efetividade a este direito fundamental, o Código de Processo Civil de 2015 fez constar do rol (não exaustivo) de normas fundamentais do processo civil o princípio da primazia da resolução do mérito [...]” (CÂMARA, 2015, p. 43).

Dessa forma o acesso fundamental ao Judiciário pelo qual possibilita que o cidadão obtenha a tutela dos seus direitos e resolva seus conflitos. Só realmente é efetivo na concepção da parte nos casos em que há a solução do mérito, pois a parte pode ver reconhecida ou afastada a pretensão, pelo qual se resolverá o conflito. (PETRARCA; ROLLEMBERG e LOBATO, 2016).

3 O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DE MÉRITO

3.1 O princípio da primazia da resolução do mérito como norma fundamental do processo civil

É importante destacar que o código vigente revela-se distinto do anterior tanto no aspecto formal (estruturação) como no âmbito material (conteúdo), sobretudo quando se verifica a existência de uma Parte Geral, a qual tem um especial destaque no capítulo denominado “Das normas fundamentais do processo civil” (BRASIL, 2015), composto pelos doze primeiros artigos da lei. (LINS, 2017).

Essas normas são consideradas essenciais para a interpretação sistêmica de todas as demais normas presentes no sistema legal de 2015. Com efeito, o CPC/2015 (BRASIL, 2015) foi o primeiro “Código Processual Civil brasileiro a reunir as disposições comuns aplicáveis à generalidade dos processos, atendendo aos reclamos de uma nova metodologia jurídica compatível com o pensamento jurídico contemporâneo”. (LINS, 2017, p. 15).

[...] cujas principais características são as seguintes: a) reconhecimento da força normativa da Constituição Federal de 1988; b) desenvolvimento da teoria dos princípios jurídicos, passando a lhes reconhecer eficácia normativa; c) transformação da hermenêutica jurídica (com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional; com o estabelecimento da distinção teórica entre texto e norma); e d) expansão e consagração dos direitos fundamentais. (LINS, 2017, p. 15)

O art. 1º do CPC (BRASIL, 2015, *online*) de 2015 expressamente estabelece que “[...] o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

O art. 4º do CPC (BRASIL, 2015) de 2015 faz alusão a três princípios fundamentais do processo civil do Estado Democrático Brasileiro: o da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República (BRASIL, 1988)), o da primazia da resolução do mérito e, por fim, o da efetividade da jurisdição. (LINS, 2017).

Tal dispositivo expressamente afirma que “[...] as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. (BRASIL, 2015, *online*).

Conforme os ensinamentos de Arthur Orlando Lins (2017), o novo texto normativo contido no CPC/15 (BRASIL, 2015) que passou a incluir a garantia constitucional da duração razoável do processo desejou reforçar a necessidade observância do referido princípio constitucional, pelo qual exigiu uma tramitação adequada e tempestiva dos processos judiciais, “[...] aí incluída não só a atividade judicial cognitiva, como também a conduta necessária à satisfação prática do direito material, sem o desgaste resultante das mazelas de uma insuportável demora na entrega da tutela jurisdicional”. (LINS, 2017, p.16).

O CPC (BRASIL, 2015) de 2015 prevê que essa garantia de duração razoável do processo aplica-se ao tempo de obtenção da solução integral do mérito, o qual compreende tanto o prazo para pronunciamento da sentença, mas também para a ulatimação da atividade satisfativa. Por isso a função jurisdicional compreende tanto a certificação do direito da parte, como sua efetiva realização. Tudo isso deve ocorrer dentro de um prazo que

seja razoável, segundo as necessidades do caso concreto. (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Neste passo, a norma presente no artigo se preocupa tanto com a primazia à resolução do mérito quanto com a produção do resultado satisfativo do direito sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos à produção do resultado normal do processo civil. (CÂMARA, 2015).

O juiz deve, sempre que possível, superar os vícios, estimulando, viabilizando e permitindo sua correção ou sanção, a fim de que possa efetivamente examinar o mérito e resolver o conflito posto pelas partes. O princípio da primazia do exame do mérito abrange a instrumentalidade das formas, estimulando a correção ou sanção de vícios, bem como o aproveitamento dos atos processuais, com a colaboração mútua das partes e do juiz para que se viabilize a apreciação do mérito. (CUNHA, 2015). Exemplo que merece ser acatado encontra-se na jurisprudência do STJ, que tem repugnado a rejeição de apreciação do mérito, sempre que baseada em exacerbação do formalismo processual. Na ótica daquela Corte, “a razoabilidade exige que o Direito Processual não seja fonte de surpresas, sobretudo quando há amplo dissenso doutrinário sobre os efeitos da lei nova. O processo deve viabilizar, tanto quanto possível, a resolução de mérito”, e não se perder em questões que o desviem de sua missão institucional, frustrando as esperanças daqueles que clamam pelo acesso à justiça assegurado pela Constituição. (THEODORO JÚNIOR 2015, p. 76).

A celeridade processual não deve ser obtida a todo custo, sendo necessário observar as exigências do novo modelo cooperativo processual, “[...] a exemplo do respeito ao contraditório substancial e da necessidade de fundamentação analítica das decisões judiciais, que constituem, claramente, dilações devidas, consentâneas com as garantias constitucionais processuais”. (LINS, 2017, p. 16).

Impõe-se uma releitura de diversos institutos jurídico-processuais clássicos, tais como a duração razoável do processo, a efetividade processual, o contraditório, o devido processo legal, a preclusão e a segurança jurídica, bem como a aplicação de novos princípios, a exemplo dos princípios da cooperação ou colaboração processual e o da primazia do julgamento de mérito, ambos fundados nas ideias da boa-fé objetiva e da confiança legítima. (LINS, 2017, p. 17).

Dentro de vários dispositivos no CPC (BRASIL, 2015) que possibilitam a decisão de mérito mostra-se muito importante analisar o princípio da cooperação (CUNHA, 2016). A decisão de mérito deve ser fruto de uma comunidade de trabalho entre o juiz e as partes, tendo em vista o art. 6º do novo CPC (BRASIL, 2015, *online*), “[...] todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Dessa forma a adoção desse modelo cooperativo consagra de forma expressa o princípio da primazia da solução de mérito como norma-princípio, que antes de tal previsão era um princípio não escrito. (NEVES, 2017).

Tal princípio é “[...] a consagração de um poder-dever de suprimir obstáculos procedimentais à prolação da decisão de mérito”. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 155).

Podendo se compreender que a cooperação processual são deveres que complementam a garantia do contraditório, pela qual forma com esta uma interação com o objetivo comum de ensejar a obtenção, em tempo razoável, de decisão de mérito justa e efetiva. Assim o princípio mostra-se como o esforço necessário dos sujeitos processuais para evitar imperfeições e comportamentos indesejáveis que possam dilatar injustificadamente a marcha do processo e comprometer a justiça e a efetividade da tutela jurisdicional. (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Posto isto todas as regras devem ser efetiva e plenamente aplicadas ao fito de se garantir o direito ao processo justo, caracterizado não só por um processo estruturado apenas formalmente, mas entendido como garantia mínima de meios e resultados, para que seja concretizada não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado qualitativo constante, considerado, portanto, ao direito ao processo justo, que nada mais é do que a face dinâmica do devido processo legal. (LINS, 2017).

Conclamando para a fiel interpretação do espírito e objetivo das reformas

modernizadoras do Código de Processo Civil, o importante julgado do STJ sob comento conclui que, “nas questões controvertidas [em torno de regras procedimentais], convém que se adote, sempre que possível, a opção que aumente a viabilidade do processo e as chances de julgamento da causa. Não a opção que restringe o direito da parte”. Enfim: “As Reformas Processuais têm de ir além da mudança das leis. Elas têm de chegar ao espírito de quem julga. Basta do processo pelo simples processo. Que se inicie uma fase de viabilização dos

julgamentos de mérito”. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 122).

Tendo em vista o estudo desenvolvido a solução integral do mérito passou a ser um direito fundamental de ambas as partes, observando as novas regras processuais construídas, as quais possuem a finalidade de empreenderem esforços e superar vícios, defeitos formais das postulações, com a fim de se obter a verdadeira resolução do mérito. (LINS, 2017).

Ademais por força deste princípio pretende-se combater a jurisprudência defensiva, caracterizada pelos entraves e requisitos criados pelos Tribunais Superiores a fim de impedir a chegada e conhecimento dos recursos. Foi adotada uma série de posicionamentos formalistas, com o intuito de barrar o processamento de recursos. (REIS; GOULART, 2014).

[...] Realmente, no atual contexto da ciência processual, a formalidade não pode sobrepujar a busca pelo julgamento de mérito, ou seja, “sempre em que houver um confronto entre o rigor da forma e o mérito, com a possibilidade de relativização da forma, sem nenhum prejuízo processual ou que ocasione alguma nulidade, deve-se buscar a tergiversação deste rigor formal, para prestigiar a busca pela resolução do processo [...]”.(LEMOS *apud* LINS, 2017, p. 21).

Desta forma a decretação de uma nulidade, o não conhecimento de um recurso ou a extinção de um processo sem resolução do mérito só serão legítimos, então, nos casos excepcionais em que se encontre vício verdadeiramente insanável ou que, havendo necessidade de atividade da parte para que seja sanado o vício, esta

permaneça inerte e não o corrija, inviabilizando a superação do obstáculo. Para efetiva aplicação deste princípio, o CPC (BRASIL, 2015) de 2015 permite a identificação de uma série de regras destinadas a permitir que sejam removidos obstáculos à resolução do mérito, facilitando a produção dos resultados a que o processo civil se dirige. (CÂMARA, 2015).

Enfim, todo esse conjunto estrutural de regras inseridas no CPC, que tentam concretizar o multicitado princípio da primazia do mérito, ampara-se num tema que representa um dos marcos da moderna perspectiva do processo civil, a denominada “instrumentalidade do processo”, noção que, a rigor, coloca o processo como efetivo instrumento para a tutela do direito substancial. (LINS, 2017, p. 21).

3.2 As principais regras de aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito no CPC

“Mérito da causa é, para o Código, a própria lide, e sentença de mérito é aquela que dê solução definitiva ao litígio, isto é, que julgue procedente ou improcedente o pedido formulado pelo autor (NCPC, art. 487, I)”. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 257).

O CPC (BRASIL, 2015), amparado nas premissas do Estado Democrático de Direito, concretizou o princípio da primazia do julgamento a partir da previsão de inúmeras regras agora positivadas. (LINS, 2017).

A primeira regra de aplicação do princípio prevê o dever geral de o juiz determinar a correção da incapacidade processual (art. 76 do CPC/15 (BRASIL, 2015, *online*): Art. 76. “Verificada a incapacidade

processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.”)

O art. 139, IX⁴ do CPC (BRASIL, 2015) dispõe quanto ao dever do juiz em determinar o suprimento dos pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais.

Podemos observar ainda a regra que resulta da interpretação do § 2º do art. 282 (BRASIL, 2015, *online*): “Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. [...]” No § 2º, Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. Nele se permite verificar que o princípio tratado não é inovação e sim um resultado de uma evolução histórica.

Afinal, o dispositivo é reprodução com pequenos ajustes do § 2º do art. 249 do CPC de 1973 (BRASIL, 1973, *online*): “Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados. [...]” No § 2º, Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta., mesmo diante da falta de um requisito processual de validade, pode o magistrado ignorá-lo, não havendo prejuízo, para avançar e resolver o mérito da causa. (CÂMARA, 2015).

Pense-se, por exemplo, no caso em que o juiz verifica não ter havido a correta

⁴ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...] IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais.

intimação do réu para comparecer a uma audiência de instrução e julgamento, vício este que só é percebido quando os autos estão conclusos para sentença. Ora, se o material probatório existente nos autos é suficiente para a prolação de uma sentença de improcedência do pedido (pronunciamento de mérito favorável ao réu, que seria favorecido pela decretação da nulidade da audiência para a qual não fora regularmente intimado), não há qualquer sentido em anular-se a audiência. Deve-se, pois, proferir sentença de mérito, e não anular o ato processual. Este modo de proceder, como dito, já encontrava precedentes no sistema processual anterior, o que justificou a prolação de decisões de mérito em casos nos quais haveria motivo para reconhecer a existência de nulidades processuais e até mesmo para se extinguir o processo sem resolução do mérito. (CÂMARA, 2015, p. 45/46).

O art. 317 do CPC (BRASIL, 2015, *online*) de 2015 prevê “[...] antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”.

Desse modo se mostra absolutamente incompatível com as normas fundamentais do processo civil extinguir o processo sem resolução do mérito sem que antes seja dada a oportunidade para sanar eventual vício processual. Portanto essa é uma das normas que mais evidenciam o princípio da primazia da decisão de mérito. (DIDIER, 2015).

Conforme visto anteriormente o princípio da cooperação consagrado no art. 6º do CPC (BRASIL, 2015) de 2015 é considerado premissa concretizadora da

primazia do julgamento de mérito e é uma norma contida no art. 321, no qual: (CÂMARA, 2015).

[...] o juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado”. (BRASIL, 2015, *online*).

No mesmo sentido se encontra o disposto no art. 488 que concretiza o princípio da primazia do mérito, segundo o qual, “[...] desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485”. (BRASIL, 2015, *online*).

O "desde que possível" se justifica, pois há obstáculos que são insuperáveis, como a incompetência absoluta ou o impedimento. Assim, se a petição for inepta, em razão de o pedido ser indevidamente indeterminado, mas o réu tiver razão (em razão da prescrição, por exemplo), o juiz pode julgar improcedente o pedido; se o autor não pagou as custas processuais, mas o réu tem razão, o juiz pode julgar improcedente o pedido etc. (DIDIER, 2015, p. 410).

O Art. 485, §7º dispõe que “Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.” (BRASIL, 2015, *online*). Mostrando ser um estímulo evidente s fim de que o juiz reexamine sua decisão de não examinar o mérito da causa. (DIDIER, 2015).

Em sede de recurso há diversas regras que concretizam o princípio da primazia da resolução do mérito. A primeira delas é visualizada com a interpretação do art. 932, parágrafo único, do CPC (BRASIL, 2015, *online*) de 2015, o qual dispõe que “[...] antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”.

É certo que o CPC de 2015, em seu art. 1.007, § 2º (BRASIL, 2015) reproduziu a disposição contida no § 2º do art. 511 do CPC de 1973 (BRASIL, 1973), pelo qual o recorrente será intimado, no caso de insuficiência do preparo a fim complementar o depósito no prazo de cinco dias. (CÂMARA, 2015).

Todavia a inovação encontra-se no § 4º do art. 1.007 do novo CPC (BRASIL, 2015, *online*): “[...] o recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção”.

Verifica-se aí não só a preocupação com a observância do princípio da primazia da resolução do mérito, mas também a necessidade de combater-se conduta protelatória (que, na hipótese, consistiria em não comprovar preparo algum com o objetivo de retardar o exame do mérito do recurso, aguardando-se a abertura de nova oportunidade para comprovar o recolhimento das custas): haverá, é certo, uma segunda oportunidade para o recorrente efetuar o preparo, mas, de outro lado, será ele punido com a exigência de que efetue o depósito do valor em dobro. (CÂMARA, 2015, p. 48).

Conforme o art. 1.029, §3º (BRASIL, 2015, *online*): “[...] O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

De acordo com Alexandre Câmara (2105) outra regra de aplicação do princípio da primazia do mérito se encontra nos dispositivos que regulam a conversão de recurso especial em extraordinário e vice-versa, conforme se verifica nos artigos 1.032 e 1.033 do CPC (BRASIL, 2015).

Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial. (BRASIL, 2015, *online*).

4 SENTENÇA

A sentença “[...] é emitida como prestação do Estado, em virtude da obrigação assumida na relação

jurídico-processual (processo), quando a parte ou as partes vierem a juízo, isto é, exercerem a pretensão à tutela jurídica.” (THEODORO JUNIOR., 2015, p.1493).

Para o CPC (BRASIL, 2015, *online*) de 2015 em seu artigo 203, §1º sentença é “[...] o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução” ressaltando, “[...] as disposições expressas dos procedimentos especiais” (BRASIL, 2015, *online*).

Sentença, portanto, é o ato que extingue o processo sem resolução de mérito ou o que o resolve o mérito da causa, sendo determinado, sobretudo, pela aptidão de pôr fim ao processo, ou à sua fase cognitiva. (GONÇALVES, 2016).

O conteúdo decidido certamente não é determinante a fim produzir uma sentença, pois a admissão do julgamento antecipado parcial do mérito, bem como as interlocutórias de mérito não podem ser confundidas com a sentença, porque, sendo interlocutórias, são proferidas no curso do processo, sem pôr fim e sem encerrar a fase cognitiva. (GONÇALVES, 2016).

Não é, pois, o conteúdo que qualifica a decisão como sentença, mas, sim, o fato de ela extinguir ou não o processo ou uma de suas fases. Entretanto, essa unidade conceitual não impede que, no plano da eficácia, se encontre tratamento legal diferenciado para uma e outra modalidade sentencial. (arts. 494 e 505). (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 1496).

Tendo em vista a resolução de mérito como critério as sentenças são tradicionalmente classificadas em sentenças terminativas e sentenças definitivas. (NEVES, 2017).

As sentenças terminativas são aquelas que colocam fim ao processo, entretanto, sem resolverem o mérito. São os casos previstos no artigo 485 do CPC (BRASIL, 2015), as quais serão estudadas a seguir. (THEODORO JUNIOR, 2015).

Já as definitivas são as sentenças que decidem o mérito da causa, no todo ou em parte. Portanto é considerada a sentença em sentido estrito, pois exaure a instância ou o primeiro grau de jurisdição por intermédio da definição do juízo, isto é, a que dá solução ao litígio mediante acolhimento ou rejeição (total ou parcial) do pedido formulado pelo autor. (THEODORO JUNIOR, 2015).

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

III - homologar:

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

b) a transação;

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se. (BRASIL, 2015, *online*).

O legislador prevê cinco espécies, as quais são reunidas pela decisão definitiva do conflito em razão da coisa julgada material. Neste aspecto apenas na primeira espécie é analisado de fato o direito material alegado pelo autor, pelo qual permite que o pedido seja acolhido ou

rejeitado. Essa particularidade faz com parte da doutrina chame a sentença prevista no inciso I do artigo 487, de *sentença genuína de mérito* ou de *verdadeira sentença de mérito*. (NEVES, 2017).

Existem ainda as sentenças homologatórias de mérito, nas quais o juiz não analisa o direito material alegado pela parte e limita-se a homologar uma declaração de vontade somente de uma das partes. (NEVES, 2017).

As sentenças homologatórias são: reconhecimento da procedência do pedido, a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção ou a homologação o acordo de vontade das partes. (NEVES, 2017).

Por fim, a sentença que reconhece a prescrição e decadência, em que não há a análise do direito material, pois limita o juiz a reconhecer o transcurso do prazo para a propositura da demanda, impedindo a resolução do mérito. (NEVES, 2017).

É importante lembrar que a resolução do mérito da causa pode ser fracionada, portanto deve-se considerar sentença apenas o julgamento que completa o acerto em torno do objeto do processo. Dessa forma as soluções incidentais são decisões interlocutórias, ainda quando versarem sobre questões de direito material. (THEODORO JUNIOR, 2015).

5 DECISÕES QUE NÃO EXAMINAM O MÉRITO (ART. 485 DO CPC)

O estabelecimento da relação processual se faz com um objetivo, que é a composição ou solução da lide (considerada esta como o conflito de interesses em que uma parte ostenta uma pretensão e a outra lhe opõe resistência). Atingida essa meta, o processo exaure-se naturalmente. Mas certos fatos extraordinários podem impedir o

prosseguimento da marcha processual e causar sua interrupção definitiva, provocando a dissolução do processo, sem que a lide tivesse sido solucionada. (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 1074).

Fredie Didier (2015) sistematiza as hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito em quatro tipos. A primeira é visualizada através da extinção por inadmissibilidade, pelo qual a extinção sem resolução de mérito decorre da aplicação da sanção de invalidade do procedimento.

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial; [...]

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de preempção, de litispêndência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; [...]. (BRASIL, 2015, *online*).

A segunda hipótese a extinção por morte, objeto do presente estudo, ocorre nos casos em que o autor falece e o direito litigioso é intransmissível. (DIDIER, 2015). “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...]. IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e [...].” (BRASIL, 2015, *online*).

O terceiro tipo é caracterizado pela extinção por desistência, em razão da manifestação de vontade do demandante, considerado um verdadeiro negócio processual. (DIDIER, 2015).

Art. 485. “O juiz não resolverá o mérito quando”: [...] VIII – “homologar a desistência da ação”; [...]. (BRASIL, 2015, *online*).

Por fim é verificada a extinção por abandono, marcada por um ato-fato processual, que é o abandono da causa. (DIDIER, 2015).

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; [...]. (BRASIL, 2015, *online*).

É necessário advertir que ainda que a decisão tenha por fundamento uma das hipóteses estudadas, o pronunciamento do juiz não será sentença se não puser termo a uma fase procedimental; será, então, decisão interlocutória. Dessa forma será realizada uma análise de cada hipótese do artigo 485 do CPC (BRASIL, 2015), demonstrando em quais casos o juiz decidirá a demanda sem análise do mérito. (DIDIER, 2015).

5.1 Indeferimento da petição inicial

As causas de indeferimento estão inumeradas no art. 330 do CPC (BRASIL, 2015) todas implicam a extinção do processo sem resolução de mérito e podem ser reconhecidas pelo juiz de ofício, antes que o réu tenha sido citado. (GONÇALVES, 2016).

Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:

I - for inepta;

II - a parte for manifestamente ilegítima;

III - o autor carecer de interesse processual;

IV - não atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321.

§ 1º Considera-se inepta a petição inicial quando:

I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;

II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico;

III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.

§ 2º Nas ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, de financiamento ou de alienação de bens, o autor terá de, sob pena de inépcia, discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito.

§ 3º Na hipótese do § 2º, o valor incontroverso deverá continuar a ser pago no tempo e modo contratados. (BRASIL, 2015, *online*).

5.2 Quando fique parado por mais de um ano por negligência das partes

A paralização tratada aqui é resultado da negligência das partes e é irrelevante saber as razões pelas quais o processo ficou indevidamente paralisado por mais de um ano. Nesse passo o mero transcurso é razão suficiente para provocar a extinção do processo. (NEVES, 2017).

Todavia antes que o processo seja extinto é indispensável que o juiz determine a intimação pessoal da parte a fim que dê andamento ao feito, em cinco dias. (GONÇALVES, 2016).

Somente depois de transcorrida *in albis*, poderá ocorrer a extinção. Essa hipótese é relativamente rara, uma vez que, de acordo com o inciso III, se o autor abandonar a causa por mais de trinta dias, e, intimado pessoalmente, não praticar o ato ou a diligência que lhe cabe, o juiz já poderá dar o processo por extinto. Mas isso exige prévio requerimento do réu, nos termos da Súmula 240, do Superior Tribunal de Justiça. Pode ocorrer que o autor abandone o processo, mas o réu não requeira a extinção. O processo ficará paralisado, porque o juiz não poderá extingui-lo de ofício. **Ultrapassado um ano, a extinção poderá ser decretada, mesmo que o réu não a requeira.** (GONÇALVES, 2016, p. 403).

É necessário observar que o prazo não é considerado peremptório, desse modo caso ocorra o pedido de andamento do processo depois que vencido o prazo, mas antes do juiz ter extinguido o processo, a provocação poderá ser admitida e o processo prosseguirá. (NEVES, 2017).

5.3 Abandono do processo

Aqui ocorre o abandono do processo, pelo qual o demandante deixa de praticar atos e cumprir diligências indispensáveis ao andamento do processo por prazo superior a trinta dias. A doutrina majoritária diferencia da hipótese anterior, uma vez que a extinção do processo não

é objetiva, já que o juiz deve considerar no caso concreto a razão do abandono. (NEVES, 2017).

Desta forma é indispensável a prévia intimação pessoal do autor para que, em cinco dias, dê andamento ao feito, sob pena de extinção. Mesmo que o autor permaneça inerte, o juiz só estará autorizado a extinguir o processo se o réu o requerer, conforme indicação da Súmula 240 do STJ (CARVALHIDO, 2010), isso para não permitir que o autor possa obter a extinção do processo porque não o quer mais, sem que haja o consentimento do réu. (GONÇALVES, 2016).

5.4 Ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo

Nesta hipótese são considerados os pressupostos processuais de validade, acrescentando os de eficácia, ou seja, consideramos aqui os pressupostos processuais positivos se opõe a situação abaixo, no qual prevê pressupostos negativos e a presença de algum dele gera vício extinguindo o processo. (NEVES, 2017).

Tais matérias podem ser conhecidas de ofício, ressalvando que a falta de qualquer deles deverá ser sanada, quando possível. Há situações ainda, as quais provocarão a nulidade dos atos processuais já realizados e a necessidade de repeti-los, mas não a extinção. (GONÇALVES, 2016).

Por exemplo, caso se constate que o juízo é incompetente ou o juiz impedido, os autos serão remetidos para o competente e imparcial, que, se necessário, determinará a repetição dos atos. Mas não a extinção do processo. Em regra, os pressupostos processuais cuja falta enseja a extinção do processo são os relacionados às partes, sobretudo ao autor, a quem interessa o

prosseguimento. (GONÇALVES, 2016, p. 204).

5.5 Quando o juiz reconhecer a existência de perempção, litispendência e coisa julgada

A previsão apresentada é denominada de pressupostos processuais negativos, os quais devem ser examinados de ofício pelo juiz. (GONÇALVES, 2016).

A perempção é um fenômeno que evita o abuso quando se trata do direito de demandar, no qual o processo é extinto quando a mesma ação é proposta pela quarta vez, tendo as três vezes anteriores extintas por abandono. (NEVES, 2017).

“[...] A litispendência e a coisa julgada têm em comum a existência de outra ação idêntica (com os mesmos três elementos): na primeira, tal ação ainda está em andamento e, na segunda, já foi definitivamente julgada.”. (GONÇALVES, 2016, p.404).

5.6 Quando verificar a ausência de legitimidade e do interesse processual

O juiz só emitirá o provimento de mérito se preenchidas as condições da ação, o que ele deve examinar de ofício no momento de julgamento da demanda e não da sua propositura. (NEVES, 2017).

5.7 Quando houver convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência

A lei nº 9.307/96 (BRASIL, 1996) autoriza as pessoas capazes a convencionar a arbitragem para dirimir conflitos relacionados a interesses patrimoniais disponíveis. A existência de qualquer das suas espécies são consideradas pressupostos processual negativo, impedindo,

portanto, as partes o acesso ao Judiciário, diante do que foi convencionado. (GONÇALVES, 2016).

Da existência de convenção de arbitragem, o juízo não poderá conhecer de ofício, tendo em vista que o direito de ação é indisponível e diante da escolha das partes. (NEVES, 2017).

5.8 Quando houver desistência da ação

Tal hipótese trata da homologação da desistência da ação, na verdade o autor desiste de continuar a exercer o seu direito de ação, o que, até aquele momento, ele vem exercendo. (GONÇALVES, 2016).

É necessário observar que o instituto não se confunde com a renúncia, pois é a sentença é definitiva, passando a resolver o mérito da demanda e fazendo coisa julgada material. Enquanto na desistência a sentença é apenas terminativa, o que permite ao autor voltar ao Poder Judiciário com idêntica demanda. (NEVES, 2017).

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: [...]
III - homologar: [...]
c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção. (BRASIL, 2015, *online*).

A desistência pode ser requerida e homologada até a prolação de sentença em primeira instância. Se ela for manifestada depois de oferecida contestação, a sua homologação dependerá da anuência do réu, conforme art. 485, § 4º (BRASIL, 2015). Desse modo sem a contestação do réu desnecessário o seu consentimento. (GONÇALVES, 2016).

O consentimento do réu se justifica porque, depois da resposta, ele pode querer que o juiz examine as suas razões e

profira sentença de mérito, com o que a decisão tornar-se-á definitiva, vedada a reiteração, que não seria obstada pela simples desistência. Mas o réu, ao manifestar eventual discordância, deverá fundamentá-la, expondo as suas razões. Se apenas silenciar, ou manifestar discordância sem nenhum fundamento, ou com algum que não seja razoável, o juiz homologará a desistência. Havendo litisconsórcio passivo, a desistência dependerá da anuência de todos os que tiverem apresentado contestação. Se houver desistência em relação a apenas um dos réus, só este precisará consentir, desde que já tenha respondido. Nesse caso, a desistência repercutirá sobre o prazo de resposta do corréu, conforme CPC, art. 335, § 2º. Quando há mais de um réu, o prazo de contestação para todos eles só flui do instante em que todos estiverem citados (CPC, art. 231, § 1º). Pode ocorrer que um tenha sido citado, e esteja aguardando a citação dos demais, para que seu prazo de resposta possa fluir. Se o autor desistir da ação em relação aos demais, o citado deverá ser intimado para que o seu prazo corra. (GONÇALVES, 2016, p. 405).

5.9 Direitos intransmissíveis

Tal hipótese, objeto do presente estudo, prevê a extinção do processo em razão da morte da parte em ação considerada intransmissível por disposição legal. São muito comuns em demanda de família, como divórcio: com o falecimento de qualquer dos cônjuges, o processo será extinto, sem resolução de mérito, de ofício pelo juiz. Outro é a interdição, quando ocorre o falecimento do interditando. (NEVES, 2017).

5.10 Nos demais casos prescritos em lei

A lei pode prever outras hipóteses de extinção sem resolução de mérito. (BUENO, 2015)

A título ilustrativo, indico as seguintes hipóteses: (i) incapacidade processual ou irregularidade na representação da parte (art. 76, § 1º, I); (ii) revogação da gratuidade da justiça sem que haja recolhimento do numerário devido (art. 102, parágrafo único); (iii) falta de citação do litisconsorte passivo necessário faltante (art. 115, parágrafo único); (iv) ausência de aditamento da inicial nos casos de tutela antecipada requerida anteriormente (art. 303, §§ 2º e 6º); e (v) falta de depósito ofertado na petição inicial em consignação em pagamento (art. 542, parágrafo único). (BUENO, 2015, p. 423).

6 TEORIA DA CAUSA MADURA

O §3º do art. 1.013 do CPC (BRASIL, 2015) autoriza que o tribunal possa decidir diretamente o mérito da causa mesmo que a primeira instância não o tenha feito após dar provimento à apelação, em determinadas situações. (DIDIER, 2016).

O dispositivo do CPC de 2015 (BRASIL, 2015) é uma versão ampliada do §3º do art. 515 do CPC de 1973 (BRASIL, 1973), uma vez que consagra a ideia de que, estando a causa "madura", nos casos mencionados, não deve o órgão ad quem determinar a devolução dos autos, para que o juiz profira nova sentença: o tribunal fica autorizado, ele mesmo, decidir desde logo o mérito. (DIDIER, 2016).

Para proceder ao julgamento do mérito o processo deve estar em condições de imediato julgamento, nos casos em que a questão controvertida versar exclusivamente sobre matéria de direito ou quando, mesmo versando sobre questões de fato controvertidas pela parte, o Tribunal encontre nos autos todos os elementos de prova necessários para fazê-lo. (GONÇALVES, 2016).

“[...] Na doutrina, costuma-se dizer que o CPC encampou a "teoria da causa madura", no ponto”. (DIDIER, 2016, p.194). Na verdade a regra ora citada consagra os princípios da primazia da decisão de mérito e a duração razoável do processo, as quais foram explanadas acima. (DIDIER, 2016).

As “condições de imediato julgamento” exigidas pelo sistema legal significa que o réu já deve ter sido citado, todas as alegações necessárias já feitas e todas as provas admissíveis colhidas carecendo apenas da decisão sobre o mérito. (DIDIER, 2016).

De fato, o art. 515, § 3º (atual art. 1.013, § 3º), do CPC estabelece, como requisito indispensável para que o Tribunal julgue diretamente a lide, que a causa verse questão exclusivamente de direito. Entretanto, a regra do art. 515, § 3º, deve ser interpretada em consonância com a preconizada pelo art. 330, I, cujo teor autoriza o julgamento antecipado da lide 'quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência'. Desse modo, se não há necessidade de produção de provas, ainda que a questão seja de direito e de fato, poderá o Tribunal julgar lide r.o exame da apelação interposta contra a sentença que julgara extinto o processo sem resolução de mérito...

(ERESp 874.507/SC, Rel:Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 19/06/2013). (GONÇALVES, 2016, p. 873).

Ademais a sentença que não julgou o mérito é anulada e não reformada, cabendo ao Tribunal após julgar o mérito do recurso, resolver de forma originária, o mérito da ação, sempre que o único ato a ser praticado seja a prolação de uma nova decisão. (NEVES, 2017). Caso a causa não esteja madura, aí sim o tribunal deve anular a sentença e devolver o processo à primeira instância, determinando o seu prosseguimento, até que nova sentença venha a ser proferida. (GUIMARÃES, 2016).

Segundo Daniel Assunção (2017) o STJ entende que a regra não afronta o princípio da ampla defesa nem impede a parte de obter um prequestionamento, pois há a possibilidade da interposição de embargos de declaração.

Assim, extinto o processo sem exame do mérito, pela sentença proferida pelo juiz de primeira instância, poderá o tribunal, ao dar provimento à apelação, adentrar o exame do mérito, preenchidos os pressupostos de aplicação do §3º do art. 1.013 do CPC. (DIDIER, 2016, p.197).

Outra interessante questão a respeito da teoria da causa madura se perfaz na possibilidade do Tribunal passar imediatamente a análise do mérito após a anulação da sentença terminativa, mesmo sem pedido expresso do requerente. Fredie Didier (2016) e Marcus Vinícius Gonçalves (2016) e Daniel Assunção (2017) discordam em face da necessidade do requerimento do julgamento do mérito.

Conforme os ensinamentos de Didier (2016) é preciso que o recorrente, em suas razões recursais, requeira expressamente que o tribunal dê provimento à apelação e, desde logo, aprecie o mérito da demanda. Tais razões são

consideradas de ordem sistemática tendo em vista a formulação de requerimento do recorrente em razão do princípio dispositivo e aquilo que foi provocação da parte.

Cumpra ao autor, ao aforar a demanda, indicar na petição inicial quais são os fundamentos de fato em que baseia o pedido. Dessa indicação o juiz não pode desbordar. Ao proferir a sua sentença, ele não pode se afastar do pedido, nem dos fatos descritos na inicial, sob pena de a sua sentença ser tida por extra petita e, portanto, nula. A cognição do juiz é limitada pelos fundamentos da inicial (causa de pedir). Em síntese, a iniciativa tanto de propor a ação como de indicar o pedido e os fundamentos fácticos em que ele se embasa é estritamente do autor, não tendo o juiz poderes para proceder de ofício. Pode-se dizer, portanto, que, em relação tanto a uma coisa quanto à outra, prevalece o princípio dispositivo: a parte decide se e quando vai propor a ação, bem como qual o pedido e os fundamentos que vai apresentar, o que circunscreverá os limites da cognição judicial. Isso vale para os processos que versam sobre interesses tanto disponíveis quanto indisponíveis. (GONÇALVES, 2016, p. 87).

“[...] Em síntese, há três pressupostos para aplicação da regra do §3º do art. 1.013 do CPC: a) requerimento do apelante; b) provimento da apelação; c) o processo estiver em condições de imediato julgamento”. (DIDIER, 2016, p. 195).

Já Gonçalves (2016) e Neves (2017) seguem a mesma linha de raciocínio. Neves (2017) defende que embora a teoria da causa madura esteja presente no artigo 1013 do CPC (BRASIL, 2015) que trata do efeito evolutivo dos recursos, parece que a mera

localização não é suficiente para que se defina como uma extensão da devolução de matérias ao conhecimento do Tribunal, pois geraria a exigibilidade do pedido expresso como na corrente defendida por Fredie Didier (2016).

Na verdade, o objetivo da norma não é a proteção do interesse particular do recorrente e sim a otimização do julgamento de processos, em nítido ganho de celeridade e economia processual, uma vez que o propósito da norma jurídica é o oferecimento de uma tutela jurisdicional em menor tempo, tratando-se, pois de ordem pública. (DIDIER, 2016).

Esse entendimento afasta o entendimento de parcela da doutrina que determina que a ausência de pedido expresso pelo recorrente aliado a improcedência do pedido resultaria na ilegal *reformatio in pejus*. Entretanto mesmo sendo visualizada a ocorrência *reformatio in pejus*, ela não se mostra ilegal, uma vez que se trata de norma de ordem pública, demonstrando, portanto, o efeito translativo do processo e não o devolutivo. (NEVES, 2017).

“[...] A remessa necessária tem ainda efeito translativo, autorizando o Tribunal a conhecer, de ofício, matérias de ordem pública, mesmo aquelas que não sejam objeto do recurso”. (GONÇALVES, 2016 p. 866/867).

No mesmo sentido Gonçalves (2017) defende que mesmo na falta de requerimento do recorrente do julgamento do mérito, mas apenas a anulação da sentença extintiva, o tribunal poderá fazê-lo, desde que encontre os elementos necessários, devendo passar ao julgamento de mérito, uma vez que esse é objetivo final do processo.

[...] com bela argumentação, posiciona-se Gervásio Lopes Jr., em transcrição que merece ser literal (recomenda-se a leitura deste trabalho): "Na verdade, quando o tribunal aprecia o objeto de uma causa, sem que o a quo o tivesse feito, de forma

total ou parcial, não está propriamente julgando o recurso, mas sim fazendo o que o juízo inferior faria se os autos lhes fossem devolvidos. Nestes casos, o recurso funciona, apenas, como instrumento de eliminação de empecilho criado pelo 10 grau ao julgamento, no momento adequado, do fundo do litígio. Talvez a compreensão do que propomos não seja fácil, até porque a ideia que sempre tivemos é que toda e qualquer atividade desempenhada pela 2ª instância, nos feitos que não conhece originariamente, dá-se no exercício de competência recursal. Tal ideia deve ser superada, inclusive para que o instituto possa ser bem compreendido e aproveitado. Deveras, se esquecemos qualquer suposta relação do julgamento *per saltum* com o efeito devolutivo do recurso, conseguimos entender tal atividade como simples decorrência do princípio do impulso oficial, que, para ser exercitado, independe da vontade e do requerimento das partes. Além disso, colocamos os princípios dispositivo e da vedação da reforma para pior nos seus devidos lugares, permitindo ao tribunal julgar por salto de instância de forma contrária, inclusive, aos interesses da parte recorrente. Assim é que o requerimento da parte não é exigido para o salto julgamental, que tem como pressupostos, apenas, a interposição e o conhecimento de um recurso; o seu provimento ou a anulação da sentença e a maturidade da causa" (LOPES Jr., Gervásio. Julgamento direto do mérito pelo tribunal, cit., p.164-165). O texto foi escrito para o §30 do art. 515 do CPC-1973, mas serve tranquilamente. Na mesma linha, considerando possível a aplicação *ex officio* do §3º do art. 1.013 do CPC,

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Novíssimo Sistema Recursal - conforme o CPC/2015. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 109. (DIDIER, 2016, p.195).

É consequência natural da reforma da sentença extintiva, quando todos os elementos necessários já foram colhidos.

7 A ANÁLISE DE MÉRITO EM CASOS DE DEFERIMENTO DE TUTELA PROVISÓRIA, EM SUBSTITUIÇÃO AO DECRETO DE EXTINÇÃO DE FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO NOS MOLDES DO ARTIGO 485, IX

7.1 Breves comentários

Conforme já observado, o artigo 485 trata das hipóteses em que ocorrem as decisões que extinguem sem resolução de mérito. Nas hipóteses em que o direito reclamado pelo autor não for transmissível, a hipótese também é de proferimento de decisão sem resolução de mérito com fundamento no inciso IX do art. 485. (BRASIL, 2015).

A esse respeito, Fredie Didier Jr. (2015, p. 726) ensina que:

O que determina a extinção do processo, nestas situações, é um fato jurídico composto: a morte do autor associada ao fato de que o direito litigioso é intransmissível. Não é a simples intransmissibilidade do direito que determina a extinção do processo. Há direitos que são intransmissíveis de forma absoluta; há outros que podem ser

transmitidos, se o antigo titular já tiver ajuizado demanda para reconhecê-los/efetivá-los - neste caso, se "inibe o ajuizamento da ação ainda não aforada, mas não obsta o prosseguimento da que já se propusera".

Portanto o fato que autoriza a extinção do processo é a morte do autor conjugada com a intransmissibilidade do direito litigioso, ressaltando que se a demanda contiver parte transmissível e parte intransmissível, nada impede que prossiga em relação àquela parcela, com a habilitação dos herdeiros. (DIDIER, 2015).

Desta forma há algumas questões a serem consideradas as quais desautorizam a prolação da sentença terminativa. (BUENO, 2016).

Pode ocorrer e certamente ocorrerá que a decisão que reconhece a extinção, imponha a alguém o pagamento de verbas sucumbenciais. Desde que o interessado pretenda cobrá-las, o processo manterá seu curso, em nova etapa, a de cumprimento de sentença, só sendo extinto nos moldes dos incisos II a V do art. 924 (BRASIL, 2015), por sentença que reconheça sua ocorrência (art. 925 do CPC (BRASIL, 2015)), embora ela também seja passível de recurso e, portanto, preservação do processo. (BUENO, 2016).

Art. 924. Extingue-se a execução quando:
I - a petição inicial for indeferida;
II - a obrigação for satisfeita;
III - o executado obtiver, por qualquer outro meio, a extinção total da dívida;
IV - o exequente renunciar ao crédito;
V - ocorrer a prescrição intercorrente.
Art. 925. A extinção só produz efeito quando declarada por sentença. (BRASIL, 2015, *online*).

Portanto é necessário observar a imposição dos ônus sucumbenciais ao vencedor por aplicação do princípio da causalidade. (THEODORO JR., 2015).

Caberá, então, ao juiz analisar as circunstâncias em que a causa foi proposta para averiguar a quem se poderia presumivelmente atribuir a culpa pela instauração do processo. Nessa perspectiva, recorre-se não propriamente ao princípio da sucumbência, mas ao princípio da causalidade, para condenar ao pagamento das despesas processuais e honorários de advogado a parte que, se chegasse ao julgamento de mérito, perderia a demanda. (THEODORO JR., 2015, p. 464).

Tratando-se da recusa no cumprimento espontâneo da obrigação prevista na lei ou em um contrato, a parte que fora lesada é obrigada postular uma tutela jurisdicional, assim o réu dá total causa à propositura da ação, motivo pelo qual deve suportar as despesas e os tributos causados pela sua inércia. A prolação de sentença meramente terminativa apenas premiará o réu por sua conduta lesiva e contrária à lei, entretanto a providência tecnicamente adequada seria a suspensão do feito. (THEODORO JR., 2015).

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. TRATAMENTO ONCOLÓGICO. FALECIMENTO DA AUTORA NO CURSO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. VERBA HONORÁRIA DE

SUCUMBÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE, SEGUNDO O QUAL OS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA RECAEM SOBRE A PARTE QUE DEU CAUSA À PROPOSITURA DA AÇÃO. CONFIGURAÇÃO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO FUNDAMENTADA NAS SÚMULAS 83 E 568/STJ (PRECEDENTE JULGADO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL, SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS OU QUANDO HÁ JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA SOBRE O TEMA). MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. CABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Acórdão recorrido em confronto com a orientação desta Corte, segundo a qual, **proposta ação de obrigação de fazer, no caso de fornecimento de medicamento ou tratamento médico, sobrevindo o falecimento da Autora, com extinção do processo sem resolução de mérito, deve o ente público responder pelo ônus da sucumbência, porquanto, a recusa no atendimento do pedido deu causa ao ajuizamento da demanda.**

[...] VI - Agravo Interno improvido, com aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.

(AgInt no REsp 1708528/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 10/04/2018) (BRASÍL, grifo nosso, 2018, *online*).

Interessante questão surge nas demandas indenizatórias em razão de dano moral, conforme entendimento majoritário da doutrina e do STJ (BRASÍLIA, 2011) o direito de indenização a dano moral é considerado patrimonial, o que permite, portanto, a sucessão do ofendido nos casos do artigo 485, IX (BRASIL, 2015), pois há aqui a transferência de direitos de ressarcimento em razão de ato ilícito. Muito embora o direito violado seja personalíssimo devido a pretensão em juízo, a indenização postulada assume caráter disponível e transmissível. (NEVES, 2017)

Informativo nº 0486. Período: 24 de outubro a 4 de novembro de 2011. TERCEIRA TURMA. INDENIZAÇÃO. SUCESSORES. LEGITIMIDADE.

Trata-se originariamente de ação indenizatória em que, com o falecimento do autor, foi deferida a habilitação dos sucessores para figurar no respectivo polo ativo. Assim, a questão jurídica centra-se em definir a legitimidade dos sucessores para receber a indenização por danos morais pleiteada pelo de cujus. A Turma, entre outras questões, entendeu que o direito à indenização, isto é, o direito de exigir a reparação do dano, inclusive de ordem moral, é assegurado aos sucessores do lesado, transmitindo-se com a herança. Vale dizer que o direito que se sucede é o de ação, de caráter patrimonial, e não o direito moral em si, personalíssimo por natureza, portanto intransmissível. Desse modo, consignou-se que, se é possível o espólio, em ação própria, pleitear a

reparação dos danos psicológicos suportados pelo falecido, com mais razão se deve admitir o direito dos sucessores de receber a indenização moral requerida pelo de cujus em ação por ele próprio iniciada. Dessarte, deve-se reconhecer como legítimo o direito dos recorridos à indenização a que o falecido eventualmente faça jus frente aos recorrentes, inexistindo qualquer ofensa aos arts. 43 e 267, IX, do CPC. Precedentes citados: AgRg no EREsp 978.651-SP, DJe 10/2/2011; AgRg no Ag 1.122.498-AM, DJe 23/10/2009; AgRg no REsp 1.072.296-SP, DJe 23/3/2009, e REsp 1.028.187-AL, DJe 4/6/2008. REsp 1.071.158-RJ, Rel Min. Nancy Andrighi, julgado em 25/10/2011. (BRASÍL, 2011, *online*).

Outrossim, no que diz respeito a saúde, a indenização por dano moral pleiteada na ação de obrigação de fazer tem por fundamento a simples negativa no cumprimento do dever legal ou contratual conforme os ensinamentos da Súmula nº 209 "Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive home care, por parte do seguro saúde somente obtidos mediante decisão judicial." (CARVALHIDO, 2010).

Dessa forma sobrevivendo a morte de uma das partes, impõe-se a suspensão do processo. Nesse sentido, é o disposto no artigo 313, inciso I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, *online*): "Art. 313. Suspende-se o processo: I - pela morte ou pela perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;"

Tal suspensão se deve a necessidade do suprimento da capacidade processual ou a sucessão processual (habilitação dos herdeiros ou do espólio), desde que o fato

tenha ocorrido antes do início da audiência (DIDIER, 2015).

Nesta perspectiva é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017):

PROCESSUAL CIVIL. FALECIMENTO DA AUTORA. HABILITAÇÃO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Ordinária proposta por Debora Rosas Amorim contra o Estado do Rio de Janeiro, ora recorrente, objetivando a sua internação em UTI de unidade hospitalar da rede pública, além de indenização por danos morais.

2. **O Juiz de primeiro grau julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, quanto ao procedente ao pedido de internação, e julgou improcedente o pleito indenizatório.**

3. O Tribunal a quo deu provimento à Apelação do Espólio de Debora Rosas Amorim, ora recorrido, e assim consignou na sua decisão: "Logo, diante da notícia da morte da parte autora, impositiva a suspensão do processo, nos termos dos artigos 43 e 265, I do Código de Processo Civil de 1973 3 . **Merece ser ressaltado que a lei visa proteger de modo absoluto o direito da parte que litiga em Juízo e falece no curso do processo, de forma a evitar prejuízos aos seus sucessores. Assim, a ausência de oportunidade para a sucessão da parte falecida no curso do processo torna nula a sentença de extinção.**" (fl. 117, grifo acrescentado).

4. Verifica-se que a sentença às fls. 63-64, é de fevereiro de 2015, logo correto o

entendimento da Corte Regional que determina a aplicação do CPC/1973.

5. Nesse sentido, não vejo motivo para alterar o entendimento do acórdão recorrido, razão pela qual o mantenho, por seus próprios fundamentos.

6. Ademais, rever o entendimento da Corte Regional demanda reexame do conjunto fático-probatório dos autos, obstado nos termos da Súmula 7/STJ. A propósito: AgRg no REsp 1.454.157/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 15/10/2014. 7. Recurso Especial não provido. (REsp 1685664/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 10/10/2017) (BRASÍL, grifo nosso, 2017, *online*).

O terceiro aspecto a ser considerado é a essência do trabalho, pelo qual todo conteúdo da pesquisa foi desenvolvido, o qual será analisado no próximo item.

7.2 Análise do mérito em razão do deferimento da tutela provisória nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito

No Estado Democrático de Direito, o objetivo da jurisdição não é mais visto como apenas realizar a vontade concreta da lei, mas a de prestar a *tutela* ao direito material envolvido em crise de efetividade. Nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída à apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Na superação desse conflito consiste a prestação jurisdicional, pouco importando que o provimento judicial seja favorável à pretensão do autor ou à defesa do réu. O que caracteriza a atividade jurisdicional é a tutela ao direito daquele que, no conflito,

se acha na situação de vantagem garantida pela ordem jurídica. *Tutelar os direitos*, portanto, é a função da Justiça, e o processo é o instrumento por meio do qual se alcança a efetividade dessa tutela. (THEODORO JR, 2015, p. 898/899).

Há situações as quais a duração do processo e a espera da composição do conflito geram prejuízos ou risco de prejuízos para uma das partes, o que pode estabelecer uma situação injusta a quem de fato deve obter a tutela jurisdicional. Posto isto, foram criadas tutelas diferenciadas caracterizadas como meios de regulação provisória da crise de direito em que se acham envolvidos os litigantes. (THEODORO JR. 2015).

Nesse diapasão nascem as tutelas provisórias, consideradas um conjunto de técnicas as quais permitem ao magistrado na presença de requisitos legais, tal como a urgência e evidência, prestar a tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão provisória apta a assegurar e/ou satisfazer a pretensão do autor antes da sentença. (BUENO, 2016).

Tão logo, é proposta uma ação, a tutela específica da ação é apreciada de imediato, assegurando ou satisfazendo a pretensão da parte. Todavia na maioria dos casos que envolvam tratamentos médicos ou a concessão de medicamentos ao autor, em razão da fragilidade da saúde e do alongamento no trâmite judicial, a parte acaba falecendo e a ação sendo extinta pelo juiz de primeiro grau nos moldes do artigo 485, IX do CPC (BRASIL, 2015). (JOÃO, 2014).

Neste sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (BRASÍLIA, 2015):

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA E CONFIRMADA EM SENTENÇA. FALECIMENTO DA PARTE AUTORA.

EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO PROCLAMADA PELA CORTE DE ORIGEM. DIREITO PERSONALÍSSIMO. MEDICAMENTO ONCOLÓGICO FORNECIDO POR PLANO DE SAÚDE A SEU BENEFICIÁRIO. ACÓRDÃO MANTIDO.

1. O pleito relativo ao fornecimento do medicamento oncológico direcionado a plano de saúde constitui direito personalíssimo do beneficiário, não se admitindo, assim, a sucessão processual pelo falecimento do doente no curso da demanda.

2. Somente se admitiria a sucessão do polo ativo da ação se o litígio versasse sobre o reembolso de valor correspondente ao custeio da medicação utilizada pelo beneficiário do plano, quando, então, transmudar-se-ia sua natureza jurídica em direito obrigacional.

3. **Ocorrido o falecimento da demandante, ainda que se tenha submetido a todo o tratamento com a medicação oncológica fornecida por força da decisão antecipatória de tutela confirmada por sentença, não mais persiste o interesse recursal do plano de saúde de ver julgado seu recurso de apelação, sobretudo quando não recorreu da parte da sentença que o condenou ao pagamento dos ônus de sucumbência, porquanto ausente o binômio necessidade-utilidade do provimento jurisdicional.** 4. Recurso especial desprovido. (REsp 1475871/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 13/03/2015) (BRASÍLIA, *grifo nosso*, 2015, *online*).

Ocorre que através das pesquisas realizadas no Tribunal de Justiça do Paraná foram encontrados alguns julgados que entendem de forma diversa. (PARANÁ, 2015).

O julgado, ora estudado, oriundo do Tribunal do Paraná, traz a teoria da causa madura, no qual defende o julgamento dos autos em razão da apresentação de todas as provas cabíveis no processo. Dispõe, portanto, que apesar do autor da ação ter falecido no curso do processo, remanesce seu interesse em obter pronunciamento favorável, devendo ser ressarcido dos valores suportados com medicamentos em sede de antecipação de tutela. (PARANÁ, 2015).

Por isso o Tribunal decretou a nulidade do processo a partir da sentença, e considerando que a causa versava sobre questão exclusivamente de direito e estava em condições de imediato julgamento, pautada pelos princípios da efetividade do processo, da instrumentalidade, da celeridade e da economia processual. (PARANÁ, 2015).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PLANO DE SAÚDE - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO JULGAMENTO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS - INEXISTÊNCIA DE POSTERIOR RATIFICAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS - APELAÇÃO INADMISSÍVEL - SÚMULA 418 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO DE APELAÇÃO EXTEMPORÂNEO - NÃO CONHECIMENTO - RELATOR VENCIDO NESTE TOCANTE - SENTENÇA QUE JULGOU EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO

MÉRITO, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 267, INCISO IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, EM RAZÃO DO FALECIMENTO DA AUTORA - NULIDADE - ANÁLISE DO MÉRITO COM SUPEDÂNEO NO ARTIGO 515, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CAUSA MADURA PARA JULGAMENTO - AUTORA DIAGNOSTICADA COM CÂNCER NO DUODENO, COMPATÍVEL COM LINFOMA - QUIMIOTERAPIA - PRESCRIÇÃO DOS MEDICAMENTOS "FILGASTRINE" E "MOZOBIL" - RECUSA DE CUSTEIO PELO PLANO DE SAÚDE - CONTRATO QUE PREVÊ A COBERTURA DO TRATAMENTO PARA A DOENÇA DIAGNOSTICADA - DEVER DE COBERTURA - PRIORIZAÇÃO DO TRATAMENTO DEFINIDO PELO MÉDICO DO PACIENTE - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO - PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE.1. É inadmissível o recurso de apelação, interposto antes da publicação de julgamento de embargos de declaração, quando não houve ratificação posterior das razões recursais, a teor do disposto na Súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça. Vencido o relator neste tópico.2. Embora a autora tenha falecido no decorrer na demanda, persiste seu interesse em obter pronunciamento judicial favorável. **Considerando que a causa encontra-se madura para julgamento, imperiosa é a apreciação do mérito nos termos do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil.3. Demonstrada a contratação do plano de saúde, bem como a necessidade do medicamento prescrito por profissional médico, bem como a previsão**

contratual do tratamento pleiteado, impõe-se a condenação da ré à obrigação de fazer consistente na entrega dos remédios "Filgastrine" e "Mozobil". 4. A negativa do custeio do tratamento coloca em risco a preservação da saúde e do bem estar da beneficiária, ameaçando a finalidade do contrato firmado. Ofensa aos princípios da boa-fé contratual e da equidade. Incidência do artigo 51, inciso IV, e § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.5. Priorização da prescrição do tratamento definida pelo médico do paciente, em detrimento do procedimento que o plano de saúde julga mais adequado. (PARANÁ, 2015, *online*).

É necessário ainda vislumbrar que mesmo que o julgado não tenha se pautado no princípio da primazia de mérito, tal norma desenvolvida nos estudos mostra-se um ótimo argumento a fim de que o processo recebesse a solução de mérito, tendo em vista as consequências jurídicas da tutela antecipada ora concedida. (PARANÁ, 2015).

Tal julgamento se mostra bastante justo em razão da solução de mérito ora apresentada, pois no estudo do caso foi possível ver o tratamento indicado deveria ser coberto pelo seu plano de saúde. Se outra solução fosse tomada, a empresa se absteria do pagamento do tratamento que a autora recebeu em vida, gerando assim um enriquecimento sem causa, ofendendo os princípios da boa-fé contratual e da equidade, bem como colocando em risco o bem primordial saúde e bem estar da beneficiária. (PARANÁ, 2015).

Todavia é interessante notar que nas inúmeras pesquisas realizadas no STF e nos tribunais inferiores, como no de Minas e do Rio de Janeiro as causas são sempre resolvidas da mesma forma, ou seja, são extintas

sem julgamentos de mérito mesmo nos casos de concessão de tutela antecipada.

Por fim, nesse viés de alteração da sentença extintiva é interessante vislumbrar dois outros dispositivos que merecem lembrança: a primeira referência é ao § 7º do art. 485 do CPC (BRASIL, 2015), que agrega ao recurso de apelação interposto da sentença terminativa efeito regressivo, permitindo ao magistrado retratar-se ela, ou seja, eventualmente no caso explanado o próprio juiz poderia julgar o mérito. A segunda é ao art. 488 do CPC (BRASIL, 2015), que permite ao magistrado prestar tutela jurisdicional, isto é, julgar o mérito, em favor de quem o proferimento de sentença terminativa aproveitaria. (BUENO, 2016).

8 CONCLUSÃO

Os resultados da pesquisa permitem concluir que a criação de entraves à análise de mérito são institutos que ficaram adstritos ao excesso de formalismo do CPC/73 (BRASIL, 1973), pois o atual CPC (BRASIL, 2015) abarca a ideia do princípio fundamental da primazia de mérito, no qual se impõe a solução do mérito com o propósito de colocar fim ao conflito.

“[...] Tutelar os direitos, portanto, é a função da Justiça, e o processo é o instrumento por meio do qual se alcança a efetividade dessa tutela” (THEODORO JR, 2015, p. 898).

O novo CPC, trouxe inúmeras regras as quais possibilitam o julgador resolver o mérito, partindo da premissa do princípio da cooperação entre as partes, as quais possuem a finalidade de empreenderem esforços e superar vícios, defeitos formais das postulações, com a fim de se obter a verdadeira resolução do mérito.

Conforme já observado, o artigo 485 trata das hipóteses em que ocorrem as decisões que extinguem o processo sem resolução de mérito. Na hipótese em que o direito reclamado pelo autor não for transmissível, a hipótese é de proferimento de decisão sem resolução de mérito com fundamento no inciso IX do art. 485 do CPC.

Ocorre que há algumas questões a serem consideradas pelas quais desautorizam a prolação da sentença terminativa. Em uma primeira análise é necessário evidenciar a impossibilidade de extinção sem julgamento de mérito nos casos em que se trata imposição dos ônus sucumbenciais ao vencedor por aplicação do princípio da causalidade. Há ainda a possibilidade de o sucessor continuar no feito a fim de pleitear danos morais, direito de caráter patrimonial, sendo, portanto, transmissível.

Tendo em vista esse momento contemporâneo vivido pelo Processo Civil Brasileiro se faz necessário demonstrar, mesmo que de uma forma tímida nos Tribunais brasileiros, no caso em tela o do Paraná, em que há decisões que analisaram o mérito na ocorrência da previsão do artigo 485, IX do CPC.

Mesmo que o entendimento que prevalece seja o do STJ que considera ausente o binômio necessidade-utilidade do provimento jurisdicional e não analisa o mérito, mesmos nos casos em que houve a concessão de tutela antecipada.

Tendo em vista a jurisprudência do Tribunal do Paraná, conhecido por inúmeras decisões contemporâneas ao direito brasileiro, foi encontrado um julgado que defende a necessidade de julgamento de mérito em razão da causa madura, teoria deslindada no trabalho, mostrando ser uma decisão mais coerente e justa nas situações, principalmente aquelas em que tratam de direito à vida e a saúde, as quais já possuem todo o conteúdo probatório.

Mesmo que óbito do autor da ação seja verificado antes do cumprimento da tutela liminar específica da obrigação, após efetivação da medida judicial, muito embora não se verifique mais a utilidade da medida pelo falecimento do destinatário exclusivo e personalíssimo, ao contrário do STJ, o Tribunal inferior considera que a utilidade e necessidade se mostram presentes quando da propositura da ação e da concessão da tutela liminar específica, motivo pelo qual se verifica a necessidade de confirmação da decisão judicial proferida em caráter precário e provisório através da sentença.

Há ainda a hipótese em que poderia levar à discussão judicial em face dos herdeiros do autor acerca do custeio dos serviços prestados e que não mais contam com o suporte judicial que ordenou a prestação. A decisão que extinga o processo colocaria os planos de saúde, por exemplo, em situações benéficas de enriquecimento sem causa e em descumprimento do contratual.

Em razão da jovialidade do Código de Processo Civil, a jurisprudência ainda é bem tímida em relação a uma solução de mérito no caso estudado. Mas em razão da aplicabilidade e da força normativa do princípio da primazia da resolução do mérito, amparada pelo princípio da teoria da causa madura, e sob o preceito de uma solução justa, nos parece que essa tese poderá ganhar grande força em razão da transição que estamos vivendo tendo em vista as normas fundamentais trazidas pelo novo Código de Processo Civil.

Nada mais justo seria, portanto, analisar a particularidade de cada caso a fim de analisar a efetiva necessidade de uma solução de mérito, sempre levando em consideração o princípio fundamental da primazia de mérito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. In: **Palácio do Planalto**, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. In: **Palácio do Planalto**, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. In: **Palácio do Planalto**, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 26 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. In: **Palácio do Planalto**, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 26 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 1. 071.158 / RJ. In: **STJ**, 25 out. de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=resp%2F+107115-8+ou+resp+1071158&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 1475871 / RS. In: **STJ**, 03 mar. de 2015. Disponível em:

www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1475871&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 1685664 / RJ. In: **STJ**, 10 out. de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=F+ALECIMENTO+DA+PARTE+AUTORA+suspens%E3o+m%E9rito&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial: 1708528 / RJ. In: **STJ**, 10 abr. de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=++MORTE+RESOLU%C7%C3O++M%C9RITO+&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 30 jun. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2 edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Princípio da Primazia da Resolução do Mérito e o Novo Código de Processo Civil. In: **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro. v.18, n. 70, p. 42-50, set./out., 2015. Disponível em: http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista70/versao-digital/revista-da-emerj-70/assets/common/downloads/publication.pdf. Acesso em: 17 jul. 2018.

CARVALHIDO, Hamilton. Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça – n. 15. In: **STJ**, Brasília, 2010. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15.pdf. Acesso em: 30 jul. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Opinião 49 princípio da primazia do julgamento do mérito. In: **Leonardo Carneiro da Cunha**, 30/03/2015. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>. Acesso em: 30 jul. 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I. 17 edição. v. I. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13 edição. v. 3. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JOÃO, Adriana Araújo. Interesse processual e óbito parte autora nas ações de obrigação de fazer que tenham por fundamento o direito fundamental à saúde – impropriedade da sentença meramente terminativa. In: **Defensoria RJ**, 20/10/2015. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/9b54e9755b544f8ca330b37450c9f989.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

LINS, Artur Orlando de Albuquerque da Costa. O princípio da primazia da julgamento do mérito e suas repercussões práticas no código de processo civil

brasileiro. In: **Publicações da Escola da AGU**, Out./dez., 2017. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2007/1732>. Acesso em: 12 jul. 2018.

NEVES, Daniel Amorim de Assunção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume único**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

PARANÁ. TJPR. Apelação Cível: 1256674-4. In: **TJPR**, 19 out. de 2015. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>. Acesso em: 30 jun. 2018.

PETRARCA, Carolina; ROLLEMBERG, Gabriela e LOBATO, Rafael. Supremacia do Mérito no Novo CPC: O desafio de combater a Jurisprudência Defensiva. In: **Migalhas**, Maio/ 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI238483,81042Supremacia+do+Merito+no+Novo+CPC+O+desafio+de+combater+a>. Acesso em: 20 jul. 2017.

REIS, Auack Natan Moreira de Oliveira; GOULART, Leandro Henrique Simões. A jurisprudência defensiva e os princípios constitucionais de acesso a jurisdição. In: **Letras jurídicas**, N.3, 06/2015. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/wp-content/uploads/2015/06/LJ-0333.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018.

REIS, Auack Natan Moreira de Oliveira; GOULART, Leandro Henrique Simões. A jurisprudência defensiva e os princípios constitucionais de acesso a jurisdição. **Letras jurídicas**, N.3, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HERANÇA DIGITAL: os bens armazenados virtualmente e o tratamento jurídico no âmbito do Direito das Sucessões

Fernanda Maffra Marques⁵

RESUMO

Com a globalização e o advento da internet, cada vez mais, as pessoas produzem conteúdos digitais. Por isso, apesar da transmissão patrimonial de uma pessoa aos herdeiros em decorrência de sua morte estar consolidado há muitos anos no ordenamento jurídico brasileiro, apenas recentemente a herança digital passou a ser objeto de discussão no campo Direito de Sucessões. Em decorrência de entraves práticos e da dificuldade do acesso de terceiros a esses bens virtuais, o presente estudo buscará abordar a viabilidade jurídica de se reconhecer bens armazenados virtualmente como parte do patrimônio hereditário de um indivíduo e a necessidade de se estabelecer dispositivos legais que regulamentem a transmissão destes após a sua morte.

Palavras-chave: Patrimônio Digital. Sucessões. Herança.

1 INTRODUÇÃO

As inovações tecnológicas crescentes nos últimos anos têm mudado significativamente a forma das pessoas se relacionarem, os hábitos de consumo e até mesmo de armazenamento de bens pessoais. As redes sociais e os serviços de armazenamento de dados e e-mails passaram a fazer parte do dia a dia das pessoas e é inegável que estas

ferramentas digitais produzem efeitos para além do aspecto virtual na vida de seus usuários. (VIEGAS; SILVEIRA, 2017).

Os direitos relativos aos materiais digitais – tais como fotos, textos publicados e músicas – acumulados nas mídias virtuais, após a morte do seu autor ou proprietário, passaram a ser objetos de discussões no campo do Direito Sucessório.

Nesta perspectiva, tendo em vista que o Direito deve sempre acompanhar as mudanças e evoluções sociais, o presente trabalho busca compreender os aspectos contemporâneos do direito de sucessão, analisando-se a possibilidade jurídica de reconhecimento de bens armazenados virtualmente como parte do patrimônio de um indivíduo e a transmissão desses após a morte, bem como definindo quem efetivamente detém a legitimidade para acessar contas e perfis de usuários falecidos.

Para tanto, inicialmente, através da técnica de análise bibliográfica, buscar-se-á apresentar breves considerações acerca dos Direitos Sucessórios, abordando os princípios do direito hereditário, bem como as modalidades de divisão e a transferência dos bens de uma pessoa falecida aos seus herdeiros.

Em seguida, buscar-se-á apresentar o conceito de bens digitais, como tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual como senhas, e-mails, redes sociais, contas da Internet e qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do *de cuius*, bem como o contexto histórico no qual surgiram. Será analisada, ainda, a classificação dos bens digitais apresentados pela doutrina, como susceptíveis ou não de valoração econômica, sem se descuidar de identificar as consequências destes no mundo jurídico.

Com fito de desenvolver uma análise mais aprofundada, o presente estudo se propõe também fazer uma abordagem sobre a herança digital, bem como

⁵ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

apresentar os projetos de lei que buscam adequar o ordenamento jurídico aos avanços tecnológicos na área do Direito Digital, buscando a resolução desses conflitos e violações do Direito à Herança, na medida em que ainda não há um reconhecimento da forma como de inventariar a herança digital apesar de ser de extrema importância emocional e econômica, de interesse dos herdeiros.

Por fim, mas não menos importante, estabelece-se a relação do tema aos conceitos do Direito das Sucessões, na tentativa de atribuir ao inventário uma forma de se transmitir esses bens digitais aos herdeiros do falecido, sem se descuidar de resguardar o Direito à intimidade e privacidade bem como corolários da Dignidade da Pessoa Humana.

Após analisar os reflexos dos avanços tecnológicos no comportamento humano, na conclusão, o presente trabalho ratificará que as normas jurídicas são instrumentos de justiça social e evidenciará a necessidade do Direito garantir que os bens digitais patrimoniais (aqueles que tenham valor econômico) integrem o patrimônio hereditário para todos os efeitos e sigam a regra comum da transmissão imediata para os herdeiros, enquanto que os digitais existenciais (aqueles afeitos ao direito da personalidade) devem ser excluídos da órbita virtual, finalizando-se sua existência assim como pessoa falecida, resguardando o seu Direito à intimidade e privacidade, salvo se o *de cuius* tiver deixado testamento com manifestação em contrário.

Importante ressaltar que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas contribuir para o entendimento acadêmico a respeito dos bens armazenados virtualmente e de seus efeitos patrimoniais e sucessórios.

2 DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS

A ocorrência da morte de uma determinada pessoa é um fato que traz diversas implicações sociais, sejam elas psicológicas, sentimentais ou jurídicas. Do ponto de vista jurídico, a morte é, portanto, um acontecimento capaz a gerar efeitos no âmbito do Direito. Uma das consequências jurídicas da morte da pessoa natural é a abertura da sucessão, com a transmissão dos bens deixados aos herdeiros legítimos e testamentários. (PEREIRA, 2018).

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2010, p. 11), “[...] a ideia de sucessão gira em torno da permanência de uma relação jurídica, que subsiste apesar da mudança dos respectivos titulares.” Em outras palavras, a sucessão significa o ato ou o efeito de suceder.

Nessa esteira, De Plácido e Silva (1987, p. 1493) leciona:

Sucessão vem do latim *successio*, de *succedere* (suceder), em sentido etimológico e amplo, sucessão, exprimindo uma relação de ordem, de continuidade, ou de uma sequência de fatos ou de coisas, define o que se segue, o que vem para colocar-se em lugar de qualquer outra coisa, ou que vem em certa ordem, ou em certo tempo.

No direito das sucessões, este termo é utilizado somente para referir-se à permanência da relação jurídica *causa mortis*, aquela que ocorre da morte do titular.

O Direito Sucessório, salvaguardado pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º, inciso XXX, é, portanto, que cuida da transmissão de direitos e obrigações do *de cuius* por ocasião da sua morte, é a substituição do titular do patrimônio, em decorrência de sua morte, por uma ou mais pessoas vivas.

Nos termos do artigo 1.784 até 2.027, do Código Civil (BRASIL, 2002). o direito das sucessões consiste em um conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, por testamento ou em virtude de lei, depois da sua morte.

Logo, para que ocorra a sucessão *causa mortis* é necessário primeiramente que ocorra a morte da pessoa natural, para só então desencadear o direito dos herdeiros de assumir a titularidade de obrigações e direitos do *de cuius*. (DINIZ, 2010)

Importante destacar a expressão *de cuius* é a abreviatura da frase “[...] *de cuius successione (ou hereditatis) agitur*”, que significa “[...] aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata”, como explica Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 20).

Cumprir mencionar também que os bens deixados pelo falecido são chamados de herança, que constitui não apenas bens materiais e corpóreos, mas todos os direitos e obrigações. Em outras palavras, herança é o objeto da sucessão *causa mortis*. (DINIZ, 2012).

Ao definir herança, Maria Helena Diniz (2012, p. 77) assevera que esta diz respeito “[...] ao patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmite aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do *de cuius*.”

Desta forma, fica claro que, a herança não se trata de um conjunto de pessoas, mas, sim, de bens; assim, recebe, tanto os direitos como as obrigações que o falecido possuía à época de sua morte.

Arnoldo Wald (2012, p. 7 e 8) esclarece a diferença entre herança e sucessão ao dizer que “[...] a sucessão é o modo de transmissão, enquanto a herança é o conjunto de bens, direitos e obrigações que se transmitem aos herdeiros e legatários”.

A transmissão da posse e da propriedade destes direitos e obrigações ocorre, instantaneamente, no momento da morte de seu proprietário, conforme estabelecido pelo artigo 1.784 do Código Civil Brasileiro. (BRASIL, 2002).

Assim, considera-se a data do óbito como fato gerador do direito hereditário. A lei que regula a sucessão e a legitimação para suceder, portanto, é a lei vigente ao tempo da abertura daquela, preceito contido no art. 1.787 do Código Civil. (BRASIL, 2002).

Entretanto, mesmo que a transmissão da propriedade dos bens ocorra com a morte, é indispensável o procedimento do inventário e partilha.

Venosa (2013, p. 34) informa que a “[...] palavra inventário decorre do verbo *invenire*, do latim: encontrar, achar, descobrir, inventar, e do verbo *inventum*: invento, invenção descoberta”.

O mesmo autor conclui que “[...] a finalidade do inventário é, pois, achar descobrir, descrever os bens da herança, seu ativo e passivo, herdeiros, cônjuge, credores, etc. Trata-se, enfim, de fazer um levantamento, que juridicamente se denomina inventário da herança”. (VENOSA, 2013, p. 34 e 35).

O inventário, portanto, é o procedimento pelo qual se define quais bens integram o acervo hereditário e qual quinhão pertencerá a cada herdeiro, ou seja, sempre que se desejar fazer uma averiguação sobre o estado de qualquer patrimônio, faz-se uma descrição dos bens, isto é, um inventário.

Em outras palavras, é a descrição minuciosa de todos os bens, obrigações e dívidas ativas deixadas pelo *de cuius*. É o procedimento de jurisdição contenciosa que discriminará os bens pertencentes ao acervo hereditário e indicará os herdeiros e legatários do *de cuius*, estabelecendo o quinhão pertencente a cada um. O inventário, nesse sentido, serve para formalizar a divisão e

a transferência dessa universalidade de bens aos herdeiros. (VENOSA, 2013).

Podemos citar algumas finalidades do inventário, tais como: isolar os bens da meação do cônjuge, verificar se a herança é suficiente para o pagamento das dívidas, definir as formas de pagamento, dispor sobre a forma que se realizará a partilha, dentre outras. (VENOSA, 2013).

A abertura do procedimento de inventário, na sucessão *causa mortis*, é realizada no momento posterior, no qual se apura, arrecada, nomeia e formaliza a transmissão dos bens deixados pelo falecido aos seus sucessores, compreendendo duas fases: inventário e partilha. (VENOSA, 2013)

Nessa esteira é possível afirmar que a transmissão, num primeiro momento, é aplicada como uma ficção jurídica que garante a continuidade do patrimônio do falecido e maior segurança aos herdeiros até que se efetive a partilha, a qual se dará no momento da abertura do procedimento de inventário. (VIEGAS; SILVEIRA, 2017).

Assim, todos os direitos, bens e obrigações serão incluídos no inventário, integrando o monte-mor. Somente depois é que separar-se-á o que pertencia ao *de cujus* e distribuirá entre os herdeiros, procedimento este chamado de partilha.

Nos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 465):

O inventário (estágio inicial) consiste na atividade processual endereçada à descrição detalhada de toda a herança, de molde a individualizar todos os bens móveis e imóveis que formam o acervo patrimonial do morto, incluindo até mesmo as dívidas ativas e passivas e quaisquer outros direitos de natureza patrimonial deixado pelo *de cujus*. A partilha é o segundo estágio do

procedimento e vem a ser a atividade desenvolvida para ultimar a divisão do acervo entre os diversos sucessores, estabelecendo e adjudicando a cada um deles um quinhão certo e definido sobre os bens deixados pelo morto.

Pode-se afirmar, portanto, que a partilha é um segundo estágio do procedimento de inventário e nem sempre ocorrerá, uma vez que uma herança, composta por bens, direitos e obrigações, poderá ser totalmente absorvida por dívidas deixadas pelo falecido.

O inventário pode ser judicial ou extrajudicial, que é realizado em cartório, quando não há testamento, herdeiros menores ou incapazes e quando todos estiverem de acordo, nos termos do art. 610, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, *online*) de 2015, *in verbis*:

Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Portanto, o inventário judicial será obrigatório quando houver interesse de incapazes, testamento ou quando inexistir acordo entre os herdeiros. Nos demais casos o inventário é facultativo, já que a partilha poderá ser feita por escritura pública (extrajudicial).

2.1 Breves considerações acerca dos princípios do Direito Sucessório

O direito sucessório está diretamente relacionado ao direito à propriedade e aos princípios da tutela especial à família e dignidade da pessoa humana.

O art. 226 da Constituição Federal dispõe que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. (BRASIL, 1988, *online*).

Ora, é dever do Estado, portanto, zelar pela família e pelos direitos que dela decorrem, e estando o direito sucessório necessariamente ligado ao âmbito familiar, cabe a ele resguardar o direito de herança.

O princípio da dignidade humana, por sua vez, está elencado no artigo 1º, inciso III da Constituição (BRASIL, 1988) de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil e conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito.

Trata-se de princípio que visa assegurar a todas as pessoas direitos e garantias fundamentais visando condições existenciais mínimas para uma vida saudável, sendo, ainda, considerada uma qualidade intrínseca que qualifica o ser humano como dotado de autonomia e autodeterminação. (DIAS, 2016).

Sobre o princípio em comento, vale a pena destacar os dizeres de Maria Berenice Dias (2016, p. 68):

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. [...] Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a

fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

A aplicação concreta deste princípio, portanto, é um dever social, em que o Estado se vê obrigado a gerir sua atuação pautada na dignidade humana. O reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelo Direito são resultados da evolução do pensamento humano. (DIAS, 2016).

O princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado, nas palavras de Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2002, p. 51), como “[...] um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais”.

No Direito de Família, a dignidade de pessoa humana é efetivada através das garantias civis e sociais no contexto familiar, como o direito ao planejamento familiar, por exemplo. (DIAS, 2016).

É em observância a essas garantias, principalmente, que se definiu no ordenamento jurídico brasileiro a destinação a ser dada ao patrimônio do autor da herança. (NUNES, 2002).

Todavia, os princípios que condicionam e orientam a compreensão do Direito Sucessório não se limitam aos mencionados acima. Ao contrário, existem outras proposições ideais que funcionam como diretrizes centrais que embasam o direito hereditário e fornecem subsídios à sua correta interpretação e aplicação. (DINIZ, 2010)

O Direito Sucessório é baseado em princípios gerais, cuja aplicação é comum aos demais ramos do direito, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa

humana mencionado acima, e também em princípios específicos. (DINIZ, 2010)

O presente trabalho não pretende esgotar todos os princípios específicos relacionados ao tema. Limitar-se-á aos princípios da liberdade limitada de testar, da liberdade absoluta para testar e princípio da *saisine*.

O princípio da liberdade limitada para testar está previsto princípio no artigo 1.789 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*) que dispõe: “[...] havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

Nos termos do art. 1.845 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*): “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

Este princípio assegura ao *de cuius* uma liberdade para criar os herdeiros, mas de forma limitada, ao passo que garante aos herdeiros necessários cinquenta por cento do patrimônio objeto da sucessão. O legislador, ao instituir este princípio, buscou dar especial tutela à família. (DIAS, 2016).

O princípio da liberdade absoluta para testar, por sua vez, tem previsão no artigo 1.850 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*) que dispõe que “[...] para excluir de sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”.

Portanto, é possível observar que este não corresponde ao antônimo do princípio da liberdade limitada para testar, já que o *de cuius* só terá absoluta liberdade para testar na ausência de herdeiros necessários. Em outras palavras, não havendo herdeiros necessários, poderá o testador dispor da totalidade de seu patrimônio, tendo em vista que não existe sucessor a ser protegido pela lei.

Isso significa que uma vez ausentes da linha sucessória aquelas pessoas cujo o legislador buscou dar especial tutela, prevalecerá a declaração de vontade do

falecido em detrimento do direito de herança dos colaterais até o quarto grau. (DIAS, 2016).

Por fim, mas não menos importante, destaca-se o princípio da *saisine*, que determina que a transmissão dos bens se dará no momento da morte para os herdeiros legítimos. (VIEGAS, SILVEIRA, 2017).

Este princípio está legitimado no direito brasileiro através da redação do artigo 1.784 do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*) que prevê que “[...] aberta a sucessão, a herança transmite – se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Todavia, o Código Civil (BRASIL, 1916, *online*) de 1916 já o disciplinava no artigo 1.572 que dispunha: “Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Observa-se que o princípio *saisine* traz a consequência de transmissão dos direitos hereditários instantaneamente, sem qualquer intervenção ou atitude do sucessor, posto que assim que ocorre a morte a herança é transmitida. (VIEGAS, SILVEIRA, 2017).

Feitas breves considerações sobre os princípios do Direito Sucessório, passa-se a estudar as modalidades de sucessão.

2.2 Das modalidades de sucessão

O artigo 1.786 do Código Civil (BRASIL, 2002) vigente dispõe de duas modalidades de sucessão *causa mortis*: a sucessão legítima, dos artigos 1.829 a 1.856, e a sucessão testamentária, dos artigos 1.857 a 1.990.

Abordar-se-á, adiante, as principais características de cada uma dessas modalidades.

2.2.1 Da Sucessão Legítima

A sucessão legítima, como o próprio nome insinua, é aquela que decorre da lei, isto é, da ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do CC/02. (BRASIL, 2002).

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 44), “[...] por sucessão legal ou legítima entenda-se aquela em que a transmissibilidade da herança é regradada não pelas normas do testamento, mas, sim, pela própria lei”.

Os autores lecionam ainda que:

[...] são as regras do Código Civil que cuidam de disciplinar a ordem de chamamento dos sucessores, também denominada ordem de “vocação legal”. Assim, se o autor da herança morre sem fazer testamento (ab intestato) – ou sendo este inválido (nulo ou anulável) – é a própria lei que, atuando supletivamente, cuida de dispor a respeito da sucessão hereditária. [...] (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 44).

Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 42), por sua vez, argumenta que “[...] a sucessão legítima representa a vontade presumida do *de cuius* de transmitir o seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, pois teria deixado testamento se outra fosse a intenção”.

A modalidade de sucessão legítima, portanto, é a regra. Na hipótese de ausência ou invalidade do testamento, aplicar-se-á sucessão legítima.

Cumprido ressaltar que os herdeiros da sucessão legítima podem ser classificados como necessários ou facultativos. Os herdeiros necessários, conforme já mencionado, correspondem àqueles que não podem ser

excluídos da sucessão, salvo as exceções previstas em lei, quais sejam os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Lembrando que são resguardados aos herdeiros legítimos necessários metade da totalidade do patrimônio do *de cuius*. (VIEGAS, SILVEIRA, 2017).

Além dos herdeiros necessários, existem os herdeiros facultativos que são representados pelos colaterais até o quarto grau. Estes serão beneficiados pela sucessão legítima se o falecido não fizer testamento formalizando sua vontade de deixar seus bens para outra pessoa e/ou não tiver herdeiros necessários. (VIEGAS, SILVEIRA, 2017).

2.2.2 Da Sucessão Testamentária

A sucessão testamentária, por sua vez, é a transmissão *causa mortis* que se dá em obediência à declaração de vontade do falecido, revestida de solenidade, elencando aqueles que pretende beneficiar com os seus bens quando de sua morte.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 74), “Testamento constitui ato de última vontade, pelo qual o autor da herança dispõe de seus bens para depois da morte e faz outras disposições [...]”.

Na modalidade de sucessão testamentária, portanto, considera-se a vontade do autor da herança que, ainda em vida, formaliza um testamento indicando seus sucessores.

A sucessão testamentária está prevista no art. 1.857 do CC/02 (BRASIL, 2002, *online*) que dispõe: “Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”.

Esta modalidade de sucessão encontra-se estritamente ligada à dignidade da pessoa humana. O reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana pelo Direito é resultado da evolução do pensamento

humano, e foi através deste princípio, principalmente, que o direito de sucessão foi fortalecido de forma a ampliar sua abrangência e a aceitar como legítima a vontade do autor da herança. (VIEGAS, SILVEIRA, 2017).

O legislador garantiu que o autor da herança pudesse dispor de seu patrimônio alterando a ordem de vocação hereditária prevista em lei. Entretanto, é importante esclarecer que o Código Civil (BRASIL, 2002) estabeleceu em seus artigos 1.788 e 1.789 que as disposições legais prevalecerão sobre a vontade do *de cuius* naquilo que constituir *ius cogens*, bem como no que for silente ou omissivo o testamento.

Existem duas espécies de testamento: comum ou ordinários e especiais ou extraordinários. O primeiro é dividido em testamento público; cerrado e particular (art. 1862 do CC/02 (BRASIL, 2002)). São testamentos especiais, por sua vez, o marítimo; o aeronáutico e o militar (art. 1886 do CC/02 (BRASIL, 2002)). Quanto às formas e requisitos, cumpre ressaltar que não serão tratadas no presente trabalho tendo em vista que irrelevantes para o tema proposto.

De toda forma, é possível concluir, por todo o exposto, que o testamento é um instituto que tem como principal finalidade proteger a última vontade do testador e pode ser feito por qualquer pessoa que tenha capacidade de testar. (DIAS, 2016).

Todavia, apesar do ordenamento jurídico brasileiro direcionar o direito sucessório com suas normas específicas e princípios vigentes, ainda é necessária uma evolução no que tange à herança, de modo a se adequar as mudanças sociais, principalmente no que diz respeito àquelas trazidas pela era tecnológica que tornaram os bens digitais cada vez mais presentes entre as relações jurídicas estabelecidas na sociedade civil. (VIEGAS; SILVEIRA, 2017).

Diante ausência de legislação específica sobre a hereditariedade dos bens digitais, o testamento é visto com uma solução para garantir a transferência destes após a morte de seu proprietário. (LIMA, 2013).

No entanto, conforme analisado, o testamento é um ato formal de vontade do autor da herança e caso este não a manifeste, não é unânime qual deve ser o destino dos bens digitais. As opiniões se dividem entre os que acham que os arquivos digitais sejam passíveis de sucessão legítima e os que discordam totalmente desta posição.

No entanto, antes de adentrar especificamente nesta discussão a respeito da herança digital, é importante trazer à baila o conceito de bens digitais e a classifica-los quanto a sua economicidade.

3 A NOVA ERA DIGITAL E O ARMAZENAMENTO DE BENS EM MÍDIAS VIRTUAIS

A sociedade transita hoje no que se convencionou denominar Era Digital. As inovações tecnológicas crescentes nos últimos anos passaram a ocupar espaço importante e essencial no atual modelo de vida das pessoas, trazendo resultados para além do aspecto virtual na vida de seus usuários. (LIMA, 2013)

Com o surgimento da internet no final dos anos 1960, as ideias de liberdade, imaterialidade passam a revolucionar a leitura e a comunicação em rede, possibilitando arquivar, copiar, desmembrar, recompor, deslocar e construir textos e arquivos digitais. Nessa atual configuração, as tecnologias digitais revolucionaram a dimensão dos produtos, da sua transmissão e arquivo, alterando o cenário econômico, político e social. (LIMA, 2013)

Entende-se, então, que as transformações tecnológicas da qual a sociedade se apropria alterou significativamente a forma das pessoas se relacionarem, os

hábitos de consumo e até mesmo de armazenamento de bens pessoais. Os serviços de armazenamento de dados fizeram com que outros aspectos passassem a ter relevância na sociedade, como é o caso dos direitos sucessórios relativos aos materiais digitais – tais como fotos, textos publicados e músicas – acumulados nas mídias virtuais, após a morte do seu autor ou proprietário.

Diante deste processo de reconfiguração social, é relevante investigar alguns conceitos importantes baseado nas novas tecnologias e nas práticas que desencadearam a discussão jurídica que permeia o tema.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 277) destaca que os bens consistem nos objetos inseridos nas relações jurídicas que se originam entre os indivíduos, sendo os bens jurídicos o objeto dos direitos que se fundam para concretização das finalidades jurídicas.

Nessa esteira, o autor (GONÇALVES, 2011, p. 277) conclui que bens “[...] são coisas materiais, concretas, úteis aos homens e de expressão econômica, suscetíveis de apropriação, bem como as de existência imaterial economicamente apreciáveis”

Nesse aspecto de conceituação e classificação dos bens tutelados juridicamente, a internet e suas respectivas consequências jurídicas é um exemplo do fenômeno contemporâneo de flexibilização dos conceitos jurídicos (REBELO, 2009, p. 81).

Dentro desse contexto de flexibilização dos conceitos jurídicos, os bens devem ser analisados, pois os mesmos, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 281) configura-se em bens corpóreos e incorpóreos, e diante das mudanças aferidas pela sociedade digital essas definições também possuem aplicabilidade nos bens que circulam na rede.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 281) leciona ainda que, “a classificação dos bens é feita segundo critérios de importância científica, pois a inclusão de um

bem em determinada categoria implica a aplicação automática de regras próprias e específicas, visto que não se podem aplicar as mesmas regras a todos os bens”.

Os bens corpóreos resumem-se naqueles que podem ser percebidos e sentidos pelos indivíduos, também definidos como bens materiais ou tangíveis. É bem verdade que existem bens virtuais que podem ser facilmente transferíveis, já que armazenados em mídia tangível, como HD externo, Pen drives, ou mesmo no computador. Nesses casos, as fotos, textos, livros digitais armazenados não são tão diferentes a álbuns de fotos impressas, livros físicos, uma vez que os objetos que os armazenam são equivalentes a bens corpóreos. (LIMA, 2013)

Os incorpóreos, por sua vez, não possuem existência material e em consequência disso não podem ser percebidos pelos sentidos humanos. Alguns bons exemplos de bens incorpóreos são os créditos, os direitos autorais, invenções, propriedades literárias, científicas e artísticas. Bens armazenados em mídias online, chamados de nuvem na computação, cuja a regra de acesso e transferência são definidas por seus provedores também são equivalentes a bens incorpóreos. (LIMA, 2013)

Segundo o autor Gonçalves (2011, p. 279), são também exemplos de bens incorpóreos “[...] software e o Know-how, produtos da moderna tecnologia”. Nesse contexto, pode-se afirmar que os bens incorpóreos abrangem os bens digitais.

Bens digitais, na concepção de Emerenciano (2003, p. 83), podem ser conceituados da seguinte forma:

Os bens digitais [...] constituem conjuntos organizados de instruções, na forma de linguagem de sobre nível (O computador opera com as instruções transmitidas em linguagem de baixo nível, que é a linguagem capaz de ser interpretada pela

máquina. As linguagens são de alto ou baixo nível conforme sua maior ou menor proximidade com a linguagem humana), armazenados em forma digital, podendo ser interpretados por computadores e por outros dispositivos assemelhados que produzam funcionalidades predeterminadas. Possuem diferenças específicas tais como sua existência não-tangível de forma direta pelos sentidos humanos e seu trânsito, por ambientes de rede teleinformática, uma vez que não se encontram aderidos a suporte físico.

Entretanto, apesar de estabelecido o conceito de bens digitais, é importante ressaltar que a doutrina faz uma diferenciação sobre os mesmos quanto a sua economicidade.

Sendo uma ciência, o Direito promove a individualização de objetos e suas classificações e, conforme Lima (2013, p. 33), para fins de verificação de níveis de garantia, os bens digitais podem ser diferenciados como susceptíveis ou não de valoração econômica, conforme será abordado nos itens seguintes.

3.1 Bens digitais susceptíveis de valoração econômica

É sabido que algumas pessoas utilizam as ferramentas digitais apenas para divulgar acontecimentos diários da sua vida pessoal, manter contato com familiares e amigos distantes, buscarem e compartilhar informações, entre outras coisas.

Em contrapartida, outras valem-se da internet e das ferramentas digitais para proveito financeiro, como, por exemplo, proprietários de comércios online, influenciadoras digitais, *youtubers* e artistas em geral.

Não raras vezes estas pessoas que utilizam as mídias digitais para proveito financeiro armazenam bens

incorpóreos susceptíveis à valoração econômica em mídias virtuais. São exemplos de bens virtuais economicamente valoráveis sites de e-commerce, materiais de pesquisa, fórmulas de produtos, marcas, e-book, músicas, etc. (VIEGAS, SILVEIRA, 2017)

Antes, somente se verificava no plano patrimonial os bens materiais, tangíveis. Todavia, os conteúdos que antes eram armazenados em discos de vinil, CD's, álbuns de fotos, livros, etc., já não precisam mais estar associados a qualquer mídia física. (COSTA FILHO, 2016)

Contudo, diante da evolução tecnológica e da crescente tendência de armazenamento virtual de mídias, os bens intangíveis também passaram a integrar o patrimônio de uma pessoa, conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 269):

Os bens corpóreos e os incorpóreos integram o patrimônio da pessoa. Em sentido amplo, o conjunto de bens, de qualquer ordem, pertencentes a um titular, constitui o seu patrimônio. Em sentido estrito, tal expressão abrange apenas as relações jurídicas ativas e passivas de que a pessoa é titular, aferíveis economicamente.

Portanto, é incontroverso que os bens que possuem valor monetário se enquadram no conceito clássico de patrimônio expresso no art. 91 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002, *online*), como “o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”.

Nesta esteira, Cezar Fiúza (2004, p. 184) define patrimônio como “[...] um complexo de direitos e obrigações de uma pessoa, suscetível de avaliação econômica, integra a esfera patrimonial das pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas”.

Diante do exposto, é possível concluir ser incontroverso que o acervo que possui evidente valor econômico integra a herança, constituindo direito dos herdeiros independentemente de previsão em testamento, já que constitui patrimônio do *de cuius*.

3.2 Bens digitais insusceptíveis de valoração econômica

Bens digitais não economicamente valoráveis são aqueles que possuem natureza estritamente existencial, não sendo capaz de gerar um ganho de cunho monetário. (VIEGAS; SILVEIRA, 2017)

Entretanto, deve-se deixar claro que esta classificação é apenas para fins didáticos, vez que, é inegável o potencial econômico do acervo virtual de cunho pessoal de algumas pessoas, como escritores, músicos, e artistas no geral, por exemplo. Costa Filho (2016, p. 209) faz questão de lembrar que nestes casos “bens virtuais de aparente valor exclusivamente afetivo podem um dia se tornar fonte de propriedade intelectual”.

É cediço que os arquivos digitais de uma pessoa já falecida, ainda que não detenham valor patrimonial agregado, podem conter um valor sentimental, tais como fotografias e filmagens armazenadas na nuvem, contas de e-mail, mensagens instantâneas. Por esta razão é de se esperar que exista um grande interesse por parte destes em ter acesso aos conteúdos digitais do *de cuius*. (VIEGAS, SILVEIRA, 2017)

Todavia não está legitimado no ordenamento jurídico vigente o poder de se inventariar os bens incorpóreos do *de cuius* armazenados em mídias virtuais. Com base na interpretação extensiva como forma de preencher lacunas é possível afirmar a possibilidade de o proprietário dos bens digitais definir o destino do seu legado virtual após sua morte mediante elaboração de um testamento. (VIEGAS, SILVEIRA, 2017)

No testamento a pessoa pode, por exemplo, dispor de seus *logins* e senhas de contas virtuais, definindo quem poderá ter acesso a este acervo e o que deverá fazer com ele.

Ora, o §2º do art. 1.857 do CC/02 (BRASIL, 2002, *online*) dispõe que “são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”.

Todavia, na ausência de testamento, caberá ao herdeiro interessado pleitear judicialmente a herança digital dos bens insusceptíveis a valoração econômica.

Como o tema ainda é incipiente, não é possível afirmar que a decisão será favorável, pois as discussões que permeiam o tema esbarram nos direitos de personalidade e intimidade do *de cuius*, bem como no direito patrimonial e de sucessão. (COSTA FILHO, 2016)

De toda forma, serão abordadas mais adiante as disposições doutrinárias e o posicionamento do autor a respeito da possibilidade da sua sucessão hereditária dos bens incorpóreos sem valor pecuniário armazenados em mídias digitais.

Antes, no entanto, abordar-se-á os preceitos normativos no ordenamento jurídico brasileiro sobre a sucessão de bens digitais e os projetos de lei que buscam regulamentar o tema.

4 SUCESSÃO DOS BENS DIGITAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Os direitos relativos aos materiais digitais acumulados nas mídias virtuais, após a morte do seu autor ou proprietário, passaram a ser objetos de discussões sobre a viabilidade jurídica de reconhecer bens armazenados virtualmente como parte do patrimônio de um indivíduo e a necessidade de se estabelecer dispositivos legais que

regulamentem a transmissão destes após a morte. (LIMA, 2013)

Os herdeiros de pessoas falecidas que detinham em vida vasto acervo patrimonial digital, tem demonstrado interesse em inventariar não somente os bens corpóreos desta pessoa, mas também os incorpóreos, que são entendidos pelos bens digitais. (ATHENIENSE, 2012)

Em decorrência de entraves práticos e da dificuldade do acesso de terceiros a esses bens armazenados em mídias virtuais com a proteção de senhas, o tema Herança Digital tem se tornado importante para a comunidade jurídica, sobretudo pelo fato de o direito estar intimamente ligado à era digital contemporânea, onde todos possuem contas digitais, endereços eletrônicos, senhas em redes sociais, entre outros tipos de bens que são valorados pelo seu titular, inclusive intrinsecamente relacionados à intimidade, autoria e privacidade. (VIEGAS, SILVEIRA, 2017)

Pinheiro (2009, p. 3) dispõe que “Toda mudança tecnológica é uma mudança social, comportamental e, portanto, jurídica”.

Porém, nota-se que, pela ausência legislativa a respeito do tema, apesar da transmissão patrimonial estar positivada a muito anos do ordenamento jurídico brasileiro, ainda existem dúvidas sobre a sua extensão aos direitos relativos aos bens acumulados nas mídias virtuais após a morte do seu autor ou proprietário. (COSTA FILHO, 2016)

Por isso, apesar da transmissão patrimonial de uma pessoa aos herdeiros em decorrência de sua morte estar consolidado a muitos anos no ordenamento jurídico brasileiro, apenas recentemente a herança digital passou a ser objeto de discussão no campo Direito de sucessões.

É importante destacar que apesar da legislação brasileira ainda não possuir dispositivos normativos

específicos para disciplinar o destino dos ativos digitais de uma pessoa falecida, ela também não traz nenhum óbice.

Obviamente, há peculiaridades nos bens armazenados na rede que devem ser contempladas pelas áreas do Direito, mas não há necessidade da criação de um direito específico e sim uma reflexão mais aprofundada, tendo em vista as significativas mudanças culturais e comportamentais vividas pela sociedade. (PINHEIRO, 2009)

É cediço que o Direito deve sempre acompanhar as mudanças e evoluções sociais, portanto, diante dos impactos causados pelos avanços tecnológicos na sociedade brasileira, é imprescindível analisar a possibilidade jurídica de reconhecimento de bens armazenados virtualmente como parte do patrimônio de um indivíduo e a transmissão desses após a morte, bem como definir quem efetivamente detém a legitimidade para acessar contas e perfis de usuários falecidos.

O principal desafio trazido pela era digital ao Direito das Sucessões é garantir a que normas de direito sucessório, previstas no Livro V do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002, *online*), sejam devidamente aplicadas ao patrimônio digital, permitindo-se, assim, a sua transferência aos herdeiros em razão da morte de seu titular.

As funções disponibilizadas nas redes de internet como blogs, redes sociais, contas de e-mail, portanto, merecem tratamento específico, eis que intimamente relacionados a Direitos postulados Constitucionalmente de seus titulares, assim como a privacidade, a honra, intimidade e a liberdade de expressão. (VIEGAS, SILVEIRA, 2017)

Nota-se que existe a iminente necessidade de se regular o tema, em razão da insegurança jurídica que se encontra diante da ausência de qualquer disposição legal que trate especificamente sobre os bens digitais,

transmissão *causa mortis* destes bens decorre da interpretação extensiva e sistemática das normas que regulamentam o Direito de Sucessão.

Atualmente, tramitam no Congresso Nacional dois projetos de lei que visam regular a matéria, que serão tratados a seguir.

4.1 Projeto de Lei n. 4.099/2012

O projeto de lei n.4099/12 (BRASIL, 2012), proposto pelo Deputado Jorginho Mello (PR), dispõe sobre a adequação do Código Civil a realidade digital.

O texto legislativo propõe acrescentar um parágrafo único ao art. 1788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”, afim de dispor sobre a transmissão aos herdeiros de todos os conteúdos de contas digitais ou arquivos digitais do autor da herança”. (BRASIL, 2012)

A justificativa para a apresentação do referido projeto, segundo o Deputado Jorginho Mello, permeia o fato de que o Direito Civil precisa ajustar-se às novas realidades geradas pela tecnologia digital, que agora já é presente em grande parte dos lares. (BRASIL, 2012)

Ainda, segundo o Deputado, é preciso que a lei civil trate do tema, como medida de prevenção e pacificação de conflitos sociais. O melhor é fazer com que o direito sucessório atinja essas situações, regularizando e uniformizando o tratamento, deixando claro que os herdeiros receberão na herança o acesso e total controle dessas contas e arquivos digitais. (BRASIL, 2012)

No presente momento o referido projeto tramitou regularmente por todas as comissões da Câmara Federal aprovado nesta casa legislativa sendo remetido ao Senado e aguardando apreciação do mesmo desde outubro de 2013.

4.2 Projeto de Lei n. 4.847/2012

Da análise do texto legislativo do projeto de Lei nº 4.847/2012 (BRASIL, 2012), verifica-se que propõe acrescentar o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O referido projeto prevê que "A herança digital se defere o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes: I.- senhas; II.- redes sociais; III.- contas da Internet; IV.- qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido". (BRASIL, 2012)

Este prevê, ainda, que se o falecido não tiver deixado testamento, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos, além de que caberá ao herdeiro definir o destino das contas do falecido seja para transformá-las em memorial, apagar o conteúdo ou remover a conta. (BRASIL, 2012)

Como Justificação para apresentação do projeto, o Deputado Marçal Filho expôs no sentido de que tudo o que é possível guardar em um espaço virtual – como músicas e fotos, passa a fazer parte do patrimônio das pessoas e, conseqüentemente, da chamada “herança digital”. (BRASIL, 2012)

Ainda, de acordo com o Deputado, no Brasil, o conceito de herança digital ainda é pouco difundido, mas é preciso uma legislação apropriada para que as pessoas ao morrerem possam ter seus direitos resguardados a começar pela simples decisão de a quem deixar a senha de suas contas virtuais e também o seu legado digital. Quando não há nada determinado em testamento, o Código Civil prioriza familiares da pessoa que morreu para definir herdeiros. Dessa forma, o presente Projeto de Lei pretende assegurar o direito dos familiares em gerir o legado digital daqueles que já se foram. (BRASIL, 2012)

No presente momento o referido projeto de lei foi sobrestado a tramitação pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal em 27/12/2013, sendo por questões de regimento interno da casa legislativa e identidade fática de matéria com o projeto de lei nº 4.099/2012 anteriormente apresentado e aprovado, arquivado encontrando-se em apenso a este último.

Enquanto não aprovados os referidos projetos, os casos que surgirem deverão ser solucionados judicialmente com base nas disposições do Código Civil e da Constituição Federal, partindo-se do pressuposto que todos os bens existentes são passíveis de transmissão através de herança, inclusive aqueles digitais, por estarem dotados de conteúdo valorativo tanto econômico, quanto emocional, para os herdeiros da pessoa falecida.

5 O DIREITO DE HERDAR BENS DIGITAIS

Conforme analisado, os arquivos digitais de uma pessoa já falecida podem conter um grande valor sentimental e até econômico para os seus herdeiros. Por esta razão é de se esperar que exista um grande interesse por parte destes em ter acesso aos conteúdos digitais do *de cuius*.

Ocorre, no entanto, que ainda não é pacífico o entendimento sobre a possibilidade jurídica de reconhecimento de bens armazenados virtualmente como parte do patrimônio de um indivíduo e a transmissão desses após a morte, bem como definindo quem efetivamente detém a legitimidade para acessar contas e perfis de usuários falecidos. (VIEGAS, SILVEIRA, 2017)

A despeito da ausência de legislação sobre o assunto, a recomendação para uma pessoa deseja o deixar seus bens digitais para um terceiro em especial, deverá dispor através de testamento. Como último ato de vontade, o *de cuius* poderá formalizar, através deste documento, que

deseja que conceder acesso a todo o seu acervo digital, deixando logins e senhas de contas virtuais, inclusive, definindo a pessoa que poderá ter acesso e o que ela deverá fazer com ele. (ATHENIENSE, 2012)

Quando a destinação do acervo digital do *de cuius* está disposta em testamento elaborado pelo mesmo antes de sua morte, não há nenhum óbice em transferi-los aos herdeiros. (ATHENIENSE, 2012)

Ao contrário, conforme já estudado, esta modalidade de sucessão respeita o princípio da dignidade da pessoa humana e legitima a vontade do autor da herança. Ademais, o testamento torna a sucessão dos bens digitais muito mais fácil, ao passo que diminui as chances de conflitos sobre quem será o herdeiro destes bens.

A ausência de testamento, em contrapartida, levanta grandes discussões a respeito da preservação do patrimônio digital e a sua sucessão hereditária, sobretudo no que pertine aos bens que integrarão o patrimônio objeto de partilha. (LIMA, 2013)

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro não dispor de nenhum disposto que regulamenta a transmissão da herança digital, ele também não proíbe que os bens armazenados virtualmente sejam inseridos no conceito de patrimônio hereditário. Assim, é necessário realizar uma interpretação extensiva dos dispositivos legais que tratam do tema para entender o conceito supramencionado de patrimônio e, por consequência, as implicações disto na herança digital. (ATHENIENSE, 2012)

Conforme já estudado, um dos pressupostos da sucessão é a existência de patrimônio, assim considerados os bens auferíveis de valor econômico.

A ideia expressa pelo Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002, *online*), reforça este entendimento, ao passo que estabelece que o patrimônio inclui o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico, conforme estabelece o artigo 91 do referido diploma legal.

Venosa (2013, p. 33), nessa esteira, argumenta que o patrimônio hereditário do *de cuius* contém bens materiais ou imateriais, mas sempre avaliáveis economicamente.

Desta forma, não há dúvida que os bens digitais suscetíveis de valoração econômica compõem o acervo patrimonial hereditário do falecido e quanto a eles opera-se os efeitos da sucessão.

Os bens armazenados virtualmente que possuem valor monetário, portanto, caso não sejam herdados pela sucessão testamentária, não só podem como devem constar na lista de bens objetos da sucessão legítima, havendo a necessidade inclusive de se auferir o valor econômico destes bens para que sejam respeitadas as normativas legais, no que tange ao quinhão de direito de cada herdeiro, legítimo ou testamentário, quando da partilha. (VENOSA, 2013)

Importante destacar que no mundo globalizado atual é bem possível que o acervo digital de uma pessoa venha a representar mais da metade de todo o seu patrimônio, e quando da abertura da sucessão isso terá implicações na reserva de direito dos herdeiros necessários, por exemplo. (PINHEIRO, 2009)

Assim, em razão do relevante valor econômico, é incontestável que acervo digital deve fazer parte dos bens que integram o patrimônio hereditário. O difícil, no entanto, é definir até que ponto alguns bens virtuais podem ter valor econômico, pois, conforme já foi abordado no presente trabalho, é inegável o potencial econômico de alguns acervos virtuais, seja pela história que ele carrega ou pela influência da pessoa que o detinha.

Nessa esteira, arquivos digitais – músicas, fotos, livros digitais, por exemplo – que a princípio não apresentam nenhum valor monetário, podem alcançar status econômicos e o direito sucessório deve resguardar também os direitos dos herdeiros quanto a estes bens. (PINHEIRO, 2009)

É preciso, para tanto, uma análise criteriosa dos bens dos falecidos bem como dos fatores que podem agregar valor econômico aos mesmos, análise esta que deverá ser realizada no processo de inventário.

5.1 Possibilidade de os bens digitais insuscetíveis de valoração econômica integrarem o patrimônio hereditário

Além dos bens que são suscetíveis à valoração econômica, existem bens do acervo digital que possuem natureza estritamente existencial, que são aqueles afeitos ao direito da personalidade do titular.

Nesse caso, tratando-se de um legado virtual que exteriorize unicamente a intimidade do autor da herança, surge o dilema acerca da possibilidade de os bens digitais sem valoração econômica integrarem ao acervo patrimonial hereditário do falecido.

Nelson Rosenthal (2014, p. 198) defende que devem integrar à herança todos os bens do falecido, possuindo ou não conteúdo economicamente valorável. Entretanto, a doutrina majoritária, não compartilha deste posicionamento.

Para Venosa (2013, p. 33), o conceito de herança e a previsão constitucional de sua proteção baseiam-se justamente na ideia de que aquilo que não representa conteúdo econômico não é capaz de ser repassado aos herdeiros via causa mortis.

Os direitos de personalidade estão previstos na parte geral do Código Civil (BRASIL, 2002, *online*), especificamente no Capítulo II, do Título I, do Livro I. A morte determina o término da personalidade do indivíduo (arts. 6º e 11 do CC).

Deste modo, resta claro que o morto não detém personalidade e, portanto, os direitos a ela inerentes. Acontece, no entanto, que isso não exclui os direitos que o

mesmo detinha em vida, mas também não garante a sua transferência à família do falecido. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011)

Reconhecendo o caráter personalíssimo dos direitos provenientes da pessoa do titular, deve-se concluir pela intransmissibilidade do legado digital auferível sem valoração econômica, exceto se o falecido tiver externalizado, por ato de sua vontade (testamento), o contrário. (VIEGAS, SILVEIRA, 2017)

Ora, os perfis digitais e os sistemas de armazenamento de dados virtuais utilizados como mecanismo de comunicação do titular e de compartilhamento de aspectos de sua intimidade, se destinados aos familiares ou amigos após a morte do titular, poderá ferir o direito à privacidade, a hora (ambos previstos no art. 5, X da CF/88) e a imagem (art. 5º, X e XXVIII, CF/88) não apenas da pessoa falecida, mas de todos com que aquele conversou.

Imagine casos hipotéticos em que uma pessoa confessa a prática de um ato que considera imoral, vergonhoso, através de conversas privadas armazenadas em mídias virtuais, ou confessa a homossexualidade que não teve coragem de revelar à família, por exemplo. Então, é preciso observar que, diante deste contexto, há um rol de direitos a serem preservados e tutelados muito maiores do que simples conversas em aplicativos ou redes sociais.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 214), nesse sentido, lecionam que “O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros.”

Portanto, não se infere como razoável que após a morte continue ativo o perfil virtual do titular, sem que esse fim tenha sido fruto de sua expressa manifestação de

vontade, possibilitando a administração de sua conta por pessoas que ainda sejam próximas e queridas do *de cujus*, o que pode não constituir a melhor opção para a manutenção da garantia de seus direitos à intimidade. Caso contrário, seriam excluídos da orbita virtual, finalizando-se sua existência assim como pessoa falecida.

Maria Adriana Dantas Virgínio (2015), nesse sentido, traz que:

Os bens digitalizados merecem ser incluídos extensivamente no conceito de herança, uma vez que integram o patrimônio do indivíduo. Quanto aos arquivos que possuam valor econômico, como vídeos e músicas, a questão não é tão problemática, tendo em vista o princípio da patrimonialidade que norteia o direito das sucessões. Em contrapartida, alguns doutrinadores entendem que os arquivos que não podem ser avaliados financeiramente, como fotos pessoais, escritos caseiros e vídeos particulares são excluídos da concepção de espólio. No entanto, os sucessores podem herdar este material caso haja disposição de última vontade do *de cujus*, na hipótese de não existir, os herdeiros não poderão pleitear judicialmente a posse do referido conteúdo, mas terão o direito de requerer a exclusão desse acervo, caso esteja disponível ao público em redes sociais, por exemplo. (VIRGÍNIO, 2015)

O mesmo entendimento é o de Costa Filho (2016, p. 194), ao lecionar que “a lei consolida a privacidade dos dados armazenados, fortalecendo a corrente jurisprudencial que não concede aos herdeiros acesso ao acervo digital deixado, no caso de não haver disposição de última vontade do *de cujus* nesse sentido”.

Importante ressaltar que a Lei nº 12.965/2014 (BRASIL, 2014) que consolidou o Marco Civil da Internet, também privilegia a inviolabilidade e sigilo das informações em face do direito dos herdeiros (art. 3º, II e III; art. 7º, I, II e III).

Portanto, a extensão do cenário patrimonial para abranger os bens digitais sem valoração econômica não pode ser feita por analogia às normas vigentes no ordenamento jurídico. Ao contrário, apesar da lei não vedar a inclusão dos bens existenciais no patrimônio hereditário, pela interpretação das disposições institucionais o que se pode concluir é que estes não podem ser objetos de sucessão. (VIEGAS, SILVEIRA, 2017)

A recomendação é que o autor da herança deixe definindo em testamento, caso seja sua vontade, quem poderá ter acesso ao acervo digital existencial e o que deverá fazer com ele. (STACCHINI, 2013)

Além do testamento, algumas empresas como o Google Inc., informam alternativas para as pessoas que desejam dar destinação específica aos seus dados que estão armazenados nos servidores da empresa, como forma de um testamento digital. Da página do servidor, pode-se extrair a seguinte recomendação:

Ninguém gosta de pensar muito sobre a morte, ainda mais sobre a própria. Mas planejar o que acontecerá depois que você se for é muito importante para as pessoas que ficam para trás. Então, lançamos um novo recurso que facilita informar ao Google a sua vontade quanto aos seus bens digitais, quando você morrer ou não puder mais usar a sua conta. Trata-se do Gerenciador de Contas Inativas: não é lá um nome fantástico, mas acredite, as outras opções eram ainda piores. O recurso pode ser encontrado na página de

configurações da conta do Google. Você pode nos orientar com relação ao que fazer com as suas mensagens do Gmail e dados de vários outros serviços do Google se a sua conta se tornar inativa por qualquer motivo. Por exemplo, você pode escolher que seus dados sejam excluídos depois de três, seis, nove ou doze meses de inatividade. Ou ainda pode selecionar contatos em quem você confia para receber os dados de alguns ou todos os seguintes serviços: +1s; Blogger; Contatos e Círculos; Drive; Gmail; Perfis do Google+, Páginas e Salas; Álbuns do Picasa; Google Voice e YouTube. Antes que os nossos sistemas façam qualquer coisa, enviaremos uma mensagem de texto para o seu celular e e-mail para o endereço secundário que consta nos seus settings da conta. Esperamos que este novo recurso ajude no planejamento da sua pós-vida digital e proteja a sua privacidade e segurança, além de facilitar a vida dos seus entes queridos depois da sua morte. (GOOGLE.INC BRASIL. 2018).

O *Facebook*, que já foi alvo de diversas ações judiciais movidas pelos descendentes para possibilitar a exclusão de páginas de pessoas falecidas, também dispõe de uma política para usuários falecidos, e em razão da proteção à privacidade. Pode-se abaixo verificar a partir de informações dispostas na página da rede social.

Podemos transformar a conta de uma pessoa falecida em memorial. Quando transformamos uma conta em um memorial, mantemos a linha do tempo no Facebook, mas limitamos o acesso a alguns recursos. Você pode reportar a linha do tempo de uma pessoa falecida em:

https://www.facebook.com/help/contact.php?show_form=deceased. Também podemos encerrar uma conta se recebermos uma solicitação formal que satisfaça certos critérios. (FACEBOOK.INC 2018)

O planejamento sucessório, portanto, ainda é a medida apta a salvaguardar os herdeiros de eventual incômodo ocasionado pela incerteza institucional da transmissibilidade do patrimônio digital que não revele a aferição de proveito financeiro, enquanto o tema não é regulamentado por lei específica que assegure o respeito à intimidade ao mesmo tempo em que garante a transcendência dos direitos de personalidade.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho propôs analisar o tratamento jurídico dado aos bens digitais no âmbito Direito das Sucessões. Tendo em vista todos os aspectos abordados, conclui-se que a legislação brasileira não abrange especificamente as novas controvérsias do Direito Sucessório oriundas do armazenamento de mídias digitais, mas fornece bases com alicerces nos dispositivos legais existentes que regulamentam a herança, para que os herdeiros não fiquem desamparados quanto da morte do titular do acervo digital.

Porém, o tema não deve ser tratado apenas sob a ótica da interpretação extensiva dos normativos vigentes, visto que é bastante complexo em razão de se esbarrar com vertentes principiológicas constitucionais, que giram em torno da Dignidade da Pessoa Humana, da privacidade e também o Direito à Herança. A questão é muito complexa quando se pensa, principalmente, na ausência de disposições legais que orientem a ação do judiciário no que

diz respeito ao acervo digital, sobretudo acerca de daqueles insuscetíveis de valoração econômica.

Tendo em vista os aspectos abordados, é importante pensar na imagem e reputação de uma pessoa após a sua morte, bem como as consequências disso para a família, tendo em vista que a internet, em seu vasto avanço, eterniza a vida através dos atos da pessoa no meio digital.

Todavia, ressalta-se que os Direitos de personalidade são intransmissíveis por herança, o que permite concluir, em relação ao acesso ao conteúdo dos atos dessa pessoa no meio digital, que é necessário impedir o acesso às mesmas em detrimento à confidencialidade das informações, salvo se atestado de última vontade do *de cuius* em contrário.

Confirma-se, no entanto, a compatibilidade da transmissão dos bens digitais com valor econômico reconhecido e os dispositivos legais existente. Inclusive, conforme foi possível observar no decorrer do presente trabalho, a doutrina majoritária compartilha deste entendimento.

Ainda, em que pese o silêncio legislativo, não há óbices para que a autor da herança realize testamento ou qualquer outra manifestação de última vontade no que tange à disposição de seu acervo digital. Inclusive, esta é a recomendação para aqueles que utilizam do armazenamento digital de bens suscetíveis ou não a valoração econômica.

Deixando o falecido seu desejo de disposição do patrimônio digital, este deve ser respeitado, da mesma forma que seria para o patrimônio corpóreo, obedecidos os limites da lei.

Inexistindo o testamento, os bens suscetíveis à valoração econômica deverão ser inventariados de modo que sejam destinados aos herdeiros e os bens existenciais

sejam excluídos da órbita virtual, finalizando-se sua existência assim como pessoa falecida.

REFERÊNCIAS

ATHENIENSE, Alexandre. Herança digital já chegou ao Brasil. In: **JusBrasil**, 2012. Disponível em:

<<http://alexandre-atheniense.jusbrasil.com.br/noticias/2986795/heranca-digital-ja-chegou-ao-brasil>>. Acesso em: 18 mar.2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4047/2012. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. In: **Câmara dos Deputados**, 2012a. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4099/2012. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil". In: **Câmara dos Deputados**, 2012b. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. In: **Palácio do Planalto**, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 set. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 set. 2018.

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 In: **Palácio do Planalto**, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 09 set. 2018.

COSTA FILHO, M. A. F. Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 09. 2016. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/rjsjpe/article/viewfile/152/143>>. Acesso em: 09 set. 2018.

DE PLÁCIDO e Silva. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Civil Brasileiro**, vol.5: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 6 – direito das sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

EMERENCIANO, Adelmo da Silva. **Tributação no comércio eletrônico**. São Paulo: Thomson Iob, 2003.

FACEBOOK BRASIL. In: **Facebook Brasil**, [s/d]. Disponível em <<https://pt-br.facebook.com/help/150486848354038>>. Acesso em: mar./2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FIÚZA, Cezar. **Direito Civil: Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 9. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010 (Coleção Sinopses jurídicas; vol. 4).

GOOGLE BRASIL. Planeje sua pós-vida digital com o Gerenciador de Contas Inativas. In: **Google Brasil**, 14/04/2013. Disponível em <<http://googlebrasilblog.blogspot.com.br/2013/04/planeje-sua-pos-vida-digital-com-o.html>>. Acesso em: 15 mar.2018.

LIMA, Isabela Rocha. Herança digital: direitos sucessórios de bens armazenados virtualmente. Brasília. Universidade de Brasília, 2013. In: **UNB**, 2013. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/6799>>. Acesso em: 20 out. 2018.

LUÍS, Leonardo. Bens Digitais guardados na nuvem estão entrando em testamento. São Paulo. In: **Folha de São Paulo**. 02/nov./2011. Disponível em: <[159](http://www1.folha.uol.com.br/tec/1000237-bens-digitais-</p></div><div data-bbox=)

[guardados-na-nuvem-estao-entrando-em-testamentos.shtml](#)>. Acesso em: 20 out. 2018.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Rauner Ailton Batista. Apontamentos acerca do Direito das Sucessões. In: **Jus Brasil**, 9/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68768/apontamentos-acerca-do-direito-das-sucessoes/2>>. Acesso em: 12 out. 2018.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

STACCHINI, Fernando F. Herança Digital. Última Instância. In: **Stacchini Advogados**, 2013. Disponível em: <<http://stacchiniadvogados.blogspot.com.br/2013/10/heranca-digital.html>> Acesso em: 29 set. 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2013. ISBN nº 978-85-224-7983-2.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVEIRA, Sabrina Bicalho. A herança digital: considerações sobre a possibilidade de extensão da personalidade civil *post mortem*. In: **RKL Escritório de Advocacia**, 2017. Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/heranca-digital-consideracoes-sobre-possibilidade-de-extensao-da-personalidade-civil-post-mortem/>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

VIRGÍNIO, Maria Adriana Dantas. A sucessão do acervo digital. In: **FBV**, 05.01.2015. Disponível em: <<http://idireitofbv.wikidot.com/sucessaodeacervodigital>>. Acesso em: 15 set. 2018.

WALD, Arnald. Direito Civil: **Direito das Sucessões**. 15. ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL EM DECORRÊNCIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Mariana Rodrigues Ramalho⁶

RESUMO

A presente pesquisa objetiva propor um estudo acerca do tema “A Responsabilização Civil em decorrência da Alienação Parental”. Desta forma, cabe fazer uma abordagem sobre esse instituto existente a muito tempo no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em casos de divórcio, onde um dos cônjuges pouco preparado emocionalmente tem os filhos como instrumento de ataque contra o ex parceiro. Vale dizer que a alienação parental é uma conduta perversa, é a sede de vingança destilada na figura dos filhos que sempre existiu, mas que passou a ter maior enfoque no judiciário após a publicação da lei 12.318/2.010, lei esta que visa atenuar os efeitos decorrentes dessa conduta ilícita bem como a proteção do poder familiar que deve ser exercido igualmente por ambos os genitores. Referida lei em seu artigo 6º elenca as sanções aplicáveis ao alienador sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal, sendo este o ponto crucial da presente pesquisa, ou seja, pretende-se fazer uma análise científica sobre a possibilidade de condenar na esfera civil do dano moral, o genitor que estiver alienando seus filhos contra o ex parceiro, uma vez que esta conduta constitui abuso do poder familiar, abuso moral contra a criança e o genitor alienado, e principalmente viola direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988.

⁶ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

Palavras-chave: Alienação parental. Dano moral. Responsabilização civil

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo fazer um estudo jurídico do instituto da responsabilidade civil no âmbito do direito das famílias, mais precisamente nos casos de alienação parental, prática esta que vem se tornando cada vez mais frequente no ambiente familiar.

O conceito de família teve uma evolução significativa ao longo dos anos. As relações desenvolvidas na intimidade do lar já não se vinculam mais ao aspecto consanguíneo, patrimonial e religioso, mas sim afetivo. Fato é que no decorrer da vida conjugal surgem situações e obstáculos que fogem do controle do casal, resultando assim o divórcio diante da não possibilidade da vida em comum.

Certo é que diante dessa situação muitos casais não conseguem solucionar amigavelmente questões que dizem respeito aos filhos, patrimônios e outros pormenores iniciando assim um conflito que acaba envolvendo todo o núcleo familiar. Partindo dessa premissa, levado pela mágoa e ressentimento advindos da separação, um dos cônjuges, geralmente o que detém a guarda dos filhos, inicia um processo de desqualificação do ex parceiro, denegrindo sua imagem, gerando o consequente rompimento de vínculos afetivos existente entre o pai/mãe alienado e a criança.

Esta conduta é denominada alienação parental que consiste exatamente da programação feita pelo genitor alienador com intuito de afastar definitivamente o genitor alienado de sua prole.

A lei da alienação parental estabelece as penas que podem ser aplicadas pelo magistrado cumulativamente ou não, sem prejuízo da responsabilidade civil discussão essa

que deu ensejo a presente pesquisa, já que a reparação civil é um tema também de muita discussão na doutrina e jurisprudência.

Assim, uma vez reconhecida pela lei da Alienação parental a possibilidade de cumular pedidos, nada impede a possibilidade de pleitear reparação civil por danos morais em face do genitor que estiver alienando seus filhos.

Na busca da compreensão do tema proposto necessário se fez entender sobre o direito de família e sua grande evolução após o advento da norma constitucional que a colocou como base da sociedade merecendo assim especial proteção do Estado, por isso no primeiro capítulo se dará enfoque a proteção jurídica constitucional dos filhos nas relações familiares adentrando nas questões que se referem aos princípios norteadores do direito de família, principalmente a afetividade, princípio basilar das relações entre pais e filhos sendo sua observância de suma importância para o desenvolvimento pleno da personalidade do infante. Além disso, será elucidado ainda acerca dos deveres inerentes dos pais para com os filhos menores. Obrigações estas asseguradas pela Constituição (BRASIL, 1988) e também pelas leis infraconstitucionais.

Já no segundo capítulo será dedicado ao estudo da alienação parental, à luz da Lei 12.318/10 (BRASIL, 2010), trazendo sua origem e as possíveis sanções e multas aplicáveis ao alienador. Buscando apresentar também o conceito de alienação parental, e ainda a diferenciação entre alienação parental e a síndrome da alienação parental, uma vez que esta é consequência daquela. Logo após, ponderou-se sobre o instituto da responsabilidade civil. Além de sua conceituação, coube apresentar também suas espécies, diferenciando danos materiais e danos morais. Por fim, buscou-se discutir a aplicabilidade da responsabilidade civil na alienação parental, verificando assim, a efetividade dessa aplicação frente às vítimas alienadas.

No entanto, para o desenvolvimento da presente pesquisa, foram utilizadas bibliografias específicas que tratam sobre o tema, além de doutrina, e artigo científico da internet, e legislação vigente relacionada ao assunto de forma a expor da melhor maneira possível o posicionamento sobre o tema.

2 PROTEÇÃO JURÍDICA - CONSTITUCIONAL DOS FILHOS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

O primeiro capítulo é dedicado a fazer um estudo sobre as grandes mudanças ocorridas na entidade familiar após a nova redação da norma constitucional. Norma esta que ampliou o conceito de família, colocando-a na posição de base da sociedade e, portanto, merecedora de especial proteção do Estado.

Cumprir dizer, que a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) elenca princípios que norteiam o direito de família, princípios estes que regulam as relações sociais quais sejam: princípio da igualdade entre os filhos, princípio da afetividade, princípio do melhor interesse do menor, princípio da paternidade responsável e o princípio da dignidade humana, sendo este, o macroprincípio norteador do nosso ordenamento jurídico e da sociedade.

Vale dizer ainda, que a reforma constitucional trouxe a proteção integral do menor consagrando em seu artigo 227 os direitos fundamentais inerentes à criança e ao adolescente, uma vez reconhecidos como sujeitos de direitos, sendo dever do Estado, da família e da sociedade zelar para que tais direitos sejam efetivados.

Ademais, observa-se ainda um novo aspecto de proteção do menor, com o advento do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), e a promulgação da Lei 8.069/90 (BRASIL, 1990) (Estatuto da Criança e do Adolescente), sendo que, além dos direitos fundamentais previstos na Constituição (BRASIL, 1988) tais normas trazem alguns

direitos que lhe são especiais pela sua qualidade de pessoa em desenvolvimento, como a educação, criação, alimento, e toda assistência necessária para um desenvolvimento físico e mental sadio proporcionando assim, meios para que estes possam interagir harmoniosamente com a sociedade.

2.1 Concepção atual e constitucionalizada de família

O conceito de família sofreu inúmeras transformações ao longo da história. A noção de entidade familiar já não é mais aquela à qual queriam prever o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) e a igreja católica.

Com o passar dos tempos novas reformas foram trazidas ao ordenamento jurídico, e concomitantemente a família foi assumindo novos contornos buscando se adaptar aos moldes de uma sociedade em pleno desenvolvimento.

No contexto trazido pelo Código de 1916 (BRASIL, 1916) a família era tida como sociedade constituída pelo matrimônio, um cerne formado por laços biológicos, cuja característica marcante era a hierarquia do patriarca frente aos demais membros do núcleo familiar.

Inexistiam espaços de individualismo e subjetividade, já que a grande preocupação do Estado e da sociedade era proteger a coletividade, a família como um todo, e não as pessoas que dela faziam parte. Prova marcante disso foi a cruel discriminação entre os filhos havidos fora do casamento, que não poderiam ser reconhecidos.

Vale destacar ainda na antiguidade, a falta de afeto entre os entes do grupo familiar que era constituída simplesmente com o intuito de proteção de seus bens. O caráter totalmente patrimonialista permeava a família patriarcal, ou seja, a figura do homem predominava de

forma absoluta, gerando históricos de submissão, frustração e infelicidade.

Conforme elucida Dias (2010), pensar em família, por mais que a sociedade se revolucione e os conceitos primordiais estejam sendo modificados, se mantém o modelo convencional, ou seja, um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas de forma radical essa realidade se modificou. Nos dias de hoje, as pessoas estão se acostumando com uniões familiares que se distanciam do perfil tradicional. O convívio com famílias denominadas como monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que ela se multiplicou, fazendo com que seja necessário adequar o termo ao que realmente representa, de maneira que todas essas uniões sejam albergadas.

Conforme o que expõe a autora é possível entender que a família sofreu muitas mudanças no decorrer do tempo, e atualmente tem um conceito completamente diferente em todos os aspectos.

Assim sendo, é importante salientar o conceito atual de família, sua evolução e o que expõe a doutrina a este respeito.

Nesse sentido Lôbo (2009, p. 02) dispõe:

Sempre se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução histórica que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procracional. Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher – poder marital, e sobre os filhos – pátrio poder. As funções religiosas e política praticamente não deixaram traços na família atual, mantendo apenas interesse histórico, na medida em que a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela

coordenação e comunhão de interesses e de vida.

Observando as palavras do autor é possível extrair que a família no passado era vista como um instituto indissolúvel, formado entre um homem e uma mulher que se uniram para ter filhos e constituir uma vida em comum.

Ensina Venosa (2009) que a definição de família oferece de plano, um paradoxo para sua compreensão. Na legislação infraconstitucional, mais especificamente o Código Civil (BRASIL, 2002) não possui definição para família. A identificação de conceitos nos diversos ramos do direito, na verdade são interpretados a maneira que lhes convier diante daquele período ou lugar. E assim, mesmo que tentasse não seria tão simples conceituar família, diante das várias oscilações desencadeadas pelos fenômenos sociais que a abrange.

Demonstrando assim que a família não é conceituada de forma clara pela legislação, pois ela sofre alterações a cada época de mudança da sociedade, ou seja, ela evolui conforme as pessoas e as circunstâncias.

Antigamente, só se aceitava a união entre um homem e uma mulher com o objetivo de constituir família, ou seja, com o intuito de ter e criar filhos, construir patrimônio, gerar renda entre outros fins, mais direcionados para os dogmas religiosos ou políticos da época. (LÔBO, 2009)

Atualmente, a família é tida como aquela formada por pessoas que se ligam pelo afeto, não só pelo parentesco ou pelos laços de sangue.

Explica Dias (2010) que a sociedade só aceitava a família formada pelo matrimônio, e assim a lei protegia somente os casamentos, as relações de filiação e parentesco advindo dessa espécie de união. As regulamentações dos vínculos afetivos formados na clandestinidade fizeram com que as relações

extramatrimoniais ingressassem no mundo jurídico por obra da jurisprudência, o que levou a Constituição (BRASIL, 1988) a albergar no conceito de entidade familiar sendo nominada como união estável. Dessa forma, o legislador se viu forçado a regulamentar esse instituto e integrá-lo ao Direito de Família.

Por sua vez, Lôbo (2009, p. 13), afirma que:

[...] a família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos de direito atomizados [...] Agora é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos.

É possível depreender destas palavras que a família tradicional sempre foi vista de forma muito rígida pela sociedade. E o problema maior é que sempre existiram as demais formas de família, como a união estável, a família monoparental entre outras, porém os legisladores, indo em consonância com a sociedade, não tutelavam estas outras formas.

Com o passar do tempo, entretanto, o próprio conceito de família foi ganhando novos contornos, pois a sociedade não mais podia deixar à margem uma situação que acontecia corriqueiramente, como a união estável. Desta feita, o Estado precisava tutelar estes institutos. (DIAS, 2010).

Com isso, a família passou a ser, de acordo com a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), um modelo mais flexível, que abrange a relação afetiva entre as pessoas, de maneira que a solidariedade e o afeto permeiam os interesses daqueles que integram a família.

Desta forma, Dias (2010, p. 34) expõe seu conceito de família:

A entidade familiar, apesar do que muitos dizem, não se mostra em decadência. Ao contrário, é o resultado das transformações sociais. Houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. Ao Estado, inclusive nas suas funções legislativa e jurisdicionais, foi imposto o dever jurídico constitucional de implementar medidas necessárias e indispensáveis para a constituição e desenvolvimento das famílias.

Da mesma maneira, explica Venosa (2009, p. 22):

[...] importa considerar a família em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar. Nesse particular, a Constituição Federal estendeu sua tutela

inclusive para a entidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes, a denominada família monoparental.

A definição de família hoje é vista de forma mais ampla, como acima expôs Venosa, pois a própria Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) assim dispõe. Tanto as relações de consanguinidade, como aquelas advindas de outras formas de afeto, são vistas como formas de família, pois as pessoas estão juntas e ligadas para este fim.

Como bem salienta Maria Berenice Dias (2010) a lei não se preocupou em nenhum momento em definir família, simplesmente a identificava relacionada ao casamento. Essa lacuna, portanto, impedia ao ordenamento jurídico o reconhecimento das relações advindas dos vínculos afetivos que levavam à comunhão de vidas e embaralhamento de patrimônios.

Diante disso, o conceito de família precisou ser ampliado, sem sofrer limitações, nem mesmo diante do rol constitucional, pois conforme evolui a sociedade, evoluem também os conceitos, como é o caso da entidade familiar.

Assim, diante destes conceitos, a família contemporânea é vista de outra maneira, pois não apenas aquele modelo tradicional, arraigado no matrimônio, é considerado família, mas também outros arranjos.

Neste sentido, Lôbo (2009) afirma que a família nesse mundo contemporâneo foi amplamente influenciada pelas modernizações da sociedade ao longo dos anos, sendo que no Brasil isso ocorreu mais especificamente durante o transcurso do século XX. Ao passo que, a independência feminina, seja econômica ou profissional representa um fator significativo na mudança da presença da mulher frente seu papel doméstico, remodelando a família, desse modo, fez com que desaparecesse o modelo de família patriarcal.

Destaca-se que um papel importante na sociedade, dando novos contornos a entidade familiar na medida em que deixou de ser apenas responsável pelas atividades do lar, e passou a ingressar no mercado de trabalho, buscando cada vez mais sua independência, iniciando assim a transformação do contexto familiar.

Esses fatos mencionados pelo autor possuem relevância, pois, como dito anteriormente, a família era totalmente patriarcal, ou seja, o homem era o chefe da família, a mulher cuidava da criação dos filhos, e esse era o modelo indissolúvel do casamento.

A família, antes da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) era delimitada pelas leis, pelo Estado e pelo sistema patriarcal. A mulher ficava em casa para cuidar da família e dos filhos, enquanto o marido saía para trabalhar, sustentar a casa e gerar renda. (LÔBO, 2009).

A noção de entidade familiar que até então era taxativa, foi modificando com o passar dos tempos. Com o advento da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o princípio basilar da dignidade da pessoa humana passou a disciplinar as relações interpessoais. A liberdade e a igualdade adquiriram o status de princípios do Estado Democrático de Direito implantado na nova ordem jurídica trazida pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

A família assumiu a função de instrumento de realização pessoal, conforme adverte Maria Berenice (2011, p. 41), em seu Manual de Direito das famílias:

O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que não possui mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões como

ilegítima, espúria, adúltera, informal, impura estão banidas do vocábulo jurídico. Não podem ser utilizadas, nem com referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação à família, seja no que diz respeito aos filhos, não mais se admite qualquer adjetivação.

Em uma tentativa conceitual, Maria Berenice Dias (2011, p. 462-463) discorre que: “A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas”.

Elucida Lôbo (2009) que o fator econômico hoje perdeu seu lugar, se antes era necessário garantir o maior número de filhos, como forma de assegurar a velhice, hoje isso é responsabilidade da previdência social. Grande contribuição para diminuição significativa desse apontamento é a emancipação econômica, social e jurídica feminina e a drástica redução do número médio de filhos das entidades familiares.

Toda conjuntura familiar tinha como objetivo então, a procriação da prole, com o intuito final de preservação do patrimônio constituído. Após a reforma constitucional a entidade familiar não está mais ligada à religiosidade e muito menos à proteção patrimonial, mas sim, a laços afetivos, onde pessoas se unem por amor em busca da felicidade plena e do respeito mútuo.

Argumenta Venosa (2009) que na atualidade as instituições de ensino, seja a escola ou aquelas destinadas somente ao esporte ou recreação preenchem atividades dos filhos que originalmente eram de responsabilidade dos pais. Os bons costumes, aqueles vindos de berço nem sempre são transmitidos pelos pais aos seus filhos dentro do seio familiar.

Em uma comparação do sistema brasileiro como um todo, vislumbra-se que ao Estado foram destinados bem mais obrigações, entre elas o dever de proporcionar e fiscalizar a educação. E com isso, inúmeras outras situações foram modificadas. No que tange a religião existe uma ampla existência de seitas e credos cristãos, desvinculados de fé originais que não mais permite uma definição homogênea, bem como no que se refere as funções de assistência a crianças, adolescentes, necessitados e idosos instituições governamentais devem ser criadas para garantir o bom desenvolvimento de todos. (VENOSA, 2009).

Explica Dias (2011) que o alargamento conceitual das relações entre as pessoas tem modificado a composição das famílias, e o só fato da sociedade e os costumes terem se modificado, faz com que a definição do instituo família seja alterado constantemente, na tentativa de acompanhar esse progresso. Assim sendo, expressões pejorativas não podem mais serem usadas como referência para designar uma relação de afeto, pois os vínculos parentais são irrestritos. Dessa forma, nem quanto a família, nem tampouco quanto aos membros da família pode ser utilizado qualquer adjetivação.

Dessa forma o modelo de família de hoje tem como molde o que dispõe a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) que, por sua vez, se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916). O consenso, a solidariedade, a afetividade, o respeito e a dignidade das pessoas que integram o grupo familiar são os pilares dessa mudança inscrita no artigo 226 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). (DIAS, 2010).

Afirma Venosa (2009) que a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) representou um marco na história do direito privado, principalmente, no que tange as normas referentes ao direito de família. O reconhecimento

da união estável como entidade familiar representou um grande passo jurídico e sociológico em nosso meio.

Além disso, os princípios basilares do direito de família estão expressos na Constituição (BRASIL, 1988), o que prova, mais uma vez, que a família atual está sedimentada na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, no respeito mútuo, no afeto, na igualdade dos filhos e dos cônjuges e no amor. (VENOSA, 2009).

Na medida em que a família deixou de ser concebida tendo como base aquilo que o Estado queria e não da forma como realmente era feita, houve a grande mudança, onde o indivíduo passa a dar importância às relações amorosas, ao afeto, ao que ele realmente quer e espera de uma família, e não aquilo que era imposto por uma legislação autoritária. (LOBO, 2009).

O modelo de família atual, segundo Dias (2010) tem como fundamento a repersonalização, a afetividade, a pluralidade, de forma que adquire um novo contexto no direito de família, sendo que nesse mundo contemporâneo o que possui mais ênfase na relação familiar nada mais é que o próprio indivíduo, e não mais o patrimônio.

Essa modificação de conceitos demonstra que os princípios que abarcam o direito de família estão cada vez mais ganhando representatividade, principalmente após a edição da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Assim, nesse novo modelo que reveste a família contemporânea, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) deu maior amplitude ao conceito de família, abrangendo aquela havida fora do casamento, com origem na união estável entre o homem e a mulher, bem como a composta por um dos genitores e seus descendentes, denominada família monoparental, consagrando o princípio do pluralismo e das entidades familiares.

Sobre as inovações trazidas pela nova ordem constitucional, no que diz respeito à entidade familiar César Fiúza assim discorre:

No Brasil, muito já se avançou desde a laicização do Direito. A Constituição Federal de 1988 considerou célula familiar a união estável entre homem e mulher ou entre qualquer dos pais e seus descendentes. Com isso, deu-se o pontapé inicial para nova visão de família. (FIÚZA, 2012, p. 1029).

Deste modo, cumpre ressaltar que a nova ordem constitucional não estabelece hierarquia entre as entidades familiares e sequer define um conceito singular de família atribuindo ao intérprete o trabalho de adequar as relações diárias aos modelos de família existentes. Para Maria Helena Diniz:

É, portanto, o ramo do direito civil concernente às relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável, ou pelo parentesco e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial, pois, embora a tutela e a curatela não advenham das relações familiares, têm, devido a sua finalidade, conexão com o direito de família. (DINIZ, 2004, p. 04).

Veja-se a importância da modificação trazida na redação do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

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

(...)

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

§ “4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, *VadeMecum*, 2014, p. 73)

No que diz respeito à reforma constitucional, cabe trazer os ensinamentos dos ilustres doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, a saber:

Nesse ponto, devemos reconhecer o grande avanço que se operou. Isso porque, até então, a ordem jurídica brasileira apenas reconhecia como forma “legítima” de família aquela decorrente do casamento, de maneira que qualquer outro arranjo familiar era considerado marginal, a exemplo do concubinato. Vale dizer, o Estado e a igreja deixaram de ser necessárias instâncias legitimadoras da família, para que se pudesse, então, valorizar a liberdade afetiva do casal na formação do seu núcleo família. (GAGLIANO, 2014, p. 42)

Desta forma, cumpre ressaltar que a formação do núcleo familiar se tornou livre entre sujeitos, como exemplo pode-se citar a maior mudança de todos os tempos ainda codificada, que é o reconhecimento pelo STF em julgamento de votos unânimes da união estável entre pessoas do mesmo sexo e aplicando à mesma o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002).

Percebe-se então, que a extensão que o Direito das famílias tem tomado, tem feito com que a legislação se adeque e se atualize, não fechando os olhos para a realidade da vida moderna.

2.2 Princípio da paternidade responsável

Nosso ordenamento jurídico estabelece normas de proteção às crianças e adolescentes, na medida em que os designa como sujeitos de direito.

O princípio da paternidade responsável é um dos princípios norteadores do direito de família estabelecido no artigo 226, § 7º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), onde expressa claramente, a responsabilidade que deve ser observada tanto na constituição quanto na manutenção da família.

Pode se notar então, que o princípio em questão, objetiva resguardar a convivência familiar e a bilateralidade em direitos e obrigações dos pais para com os filhos.

Maria Berenice Dias ao discorrer sobre o princípio da paternidade responsável aborda o dever de convivência, que exige sua observância, sob pena de responsabilização:

Não se podendo mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz seqüelas de ordem emocional e podem comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. (DIAS, 2011, p.460).

É de notório conhecimento que a figura dos pais presentes e compromissados com a educação e criação dos filhos, caracterizam fatores de extrema importância para que estes no futuro sejam capazes de discernir entre o caminho certo e o errado e opta consciente por um deles.

Se todos os pais assumissem de forma efetiva seu papel dentro do núcleo familiar muitos dos problemas sociais hoje existentes seriam amenizados.

Se a criança ou o adolescente não encontra no lar aceitação, acolhida e proteção de pessoas com as quais possui algum vínculo afetivo, ela tende a se tornar agressiva e interdisciplinar, uma vez que a moldura de sua personalidade é baseada no seio familiar. Assim, por trás de um adulto com uma série de problemas, há um histórico de rejeição, omissões e desafetos.

É o que discorre Rodrigo da Cunha Pereira:

O princípio jurídico da paternidade responsável não se resume à assistência material. O amor não é apenas um sentimento, mas sim, uma conduta, cuidado, é alimento imprescindível para o corpo e para a alma. Embora o direito não trate dos sentimentos, trata dos efeitos decorrentes destes sentimentos. Afeição, segundo o dicionário Aurélio, significa também instruir, educar, formar, dar afeição, forma ou figura. (PEREIRA, 2012, p. 246).

Assim, a paternidade responsável deve ser exercida desde a concepção do filho, a fim de que o pai seja responsável pelas obrigações e direitos daí advindos. Este princípio possui estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o planejamento familiar, o qual deve ser exercido de forma efetiva para o pleno desenvolvimento do infante.

2.3 A afetividade como princípio regente da relação entre filhos e genitores

Diante das transformações que marcaram o Direito das famílias, o princípio da afetividade ganhou relevante

importância, uma vez que norteia a relação de toda uma sociedade.

Assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade tem acentuado valor no ordenamento jurídico:

O princípio da afetividade funciona como se fosse o alicerce para a construção e manutenção das relações de família. É, portanto base para todos os outros princípios assim como o da dignidade da pessoa humana, que paira sobre todos os princípios, como se fosse o telhado da construção principiológica para o ordenamento jurídico da família. (PEREIRA, 2010, p. 200-201).

Deste modo, a afetividade constitui elemento próprio da personalidade, estando diretamente ligada ao macro princípio da dignidade humana, como ratifica Maria Helena Diniz ao dispor que: “Princípio da afetividade é a base do respeito à dignidade da pessoa humana, norteador das relações familiares e da solidariedade familiar”. (DINIZ, 2011, p. 42).

Sobre a relevância que adquiriu a afetividade nas relações familiares, cabe trazer os ensinamentos de Ricardo Calderón:

A partir do seu conhecimento como elemento do convívio familiar, a afetividade fez um percurso que pode ser descrito como da periferia ao cerne destas relações e, a partir de então, passou a exercer um outro e importante papel. O início deste século XXI tornou perceptível como a afetividade passou a figurar de forma central nas relações familiares, não em substituição aos critérios biológicos ou matrimoniais (que persistem com inegável

importância), mas ao lado deles se apresentou como relevante uma ligação afetiva. (CALDERÓN, 2013, p.205).

Diante disso, a afetividade tornou-se elemento presente e indispensável nas relações mais íntimas de todo e qualquer indivíduo.

Há que se falar que nas relações entre pais e filhos, torna-se ainda mais importante a aplicação deste princípio uma vez que o carinho, atenção e o afeto são elementos principais para o desenvolvimento pleno da personalidade da criança/adolescente e de sua vida em sociedade, uma vez que a falta desses elementos poderá ocasionar problemas em sua identificação, pois é na figura dos pais que a criança conhece o sentimento do amor.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) foi construída com base no princípio da afetividade, percebe-se esta característica quando o legislador constituinte faz uma constante valorização da dignidade humana mesmo não mencionando o afeto de maneira expressa. Além do que, tem-se no afeto o arrimo das relações familiares modernas.

Quando se parte do ideal que o presente ordenamento reconhece o princípio da afetividade torna-se claro que as relações socioafetivas se sobrepuseram ao vínculo biológico, reforçando que as famílias hoje se constroem por uma condição sentimental, não sendo mais apenas laços biológicos.

Diante das mudanças emergidas alhures, o constituinte foi atento, equiparando através do princípio a afetividade, irmãos biológicos aos adotivos, garantindo seus direitos fundamentais e reforçando a solidariedade entre eles.

O professor Paulo Lôbo (2009), em sua obra, identifica que na Constituição existem quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade.

Inicialmente, ele verifica a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (art. 227, §6º, CF), em seguida, a adoção como escolha manejada em virtude do afeto, dando ao adotado, direitos iguais ao do filho biológico (art. 227, §§ 5º e 6º, da CF), menciona, também, o reconhecimento e a tutela estatal da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos (art. 226, §4º, CF) e, por fim, o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, CF).

Destarte, tais fundamentos são de suma importância para visualização do princípio da afetividade esculpido no texto constitucional, mesmo que de maneira implícita, como mencionado acima, já que não há menção expressa da incidência desse princípio.

O Princípio da Afetividade e o Código Civil (BRASIL, 2002) vigente têm uma relação mais antiga visto que o projeto do código atual foi gerado em 1975, de maneira que houve necessidade de modificá-lo por inúmeras vezes como o fito de adequar-se às diretrizes consignadas no texto constitucional.

O parágrafo único do art. 1.584, Código Civil (BRASIL, 2002) dispõe:

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Sobre essa passagem do Código, manifesta-se Maria Berenice Dias (2010) aduzindo que, ainda que tenha havido grande esforço por parte do legislador na elevação do afeto a valor jurídico, o mesmo mostrou-se tímido ao criar as disposições legais, delimitando apenas situações

pontuais.

O afeto é muito mais que um vínculo que une os integrantes de uma família, é sim um elo de harmonia, compondo a família universal.

As entidades familiares modernas possuem como essência da formação humana o afeto como principal valor. Este surge a partir da convivência entre os membros dessa família, proporcionando o desenvolvimento social, harmônico e saudável. A afetividade propicia a família uma maneira de viver mais intensa e sincera, desde que todos sejam participantes dessa realidade. Não é possível atualmente exercer a paternidade dissociada do afeto, seja ela biológica ou não.

Da existência da família socioafetiva pressupõe a existência da paternidade jurídica ou biológica, pois somente a partir da vontade livre e consciente de querer ser pai assumindo todas as responsabilidades paternas que se faz cabível o reconhecimento do elo de afeto, o qual caracteriza a relação sociológica, ou seja, a extrema necessidade dessa união, desse reconhecimento para formação do vínculo familiar.

A afetividade orienta a paternidade e forma a família. Ela redimensiona as relações, gerando uma verdade social, da qual necessita de respaldo legal para garantir o respeito, bem como proporcionar que os indivíduos tenham liberdade de amar preservando a dignidade humana.

2.4 O dever dos pais de guarda, sustento e educação dos filhos

Como já dito anteriormente, no Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) o casamento era indissolúvel, e caso ocorresse o desquite, os filhos menores ficariam com o cônjuge inocente, é o que pontua Maria Berenice Dias:

Para a definição da guarda, identificava-se o cônjuge culpado. Não ficava ele com os filhos. Eram entregues como prêmio, verdadeira recompensa ao cônjuge “inocente”, punindo-se o culpado pela separação com a pena da perda da guarda da prole. Na hipótese de serem ambos os pais culpados, os filhos menores podiam ficar com a mãe, se o juiz verificasse que não acarretaria prejuízo de ordem moral a eles. Mas se a única culpada fosse a mãe, independentemente da idade dos filhos, eles não podiam ficar em sua companhia. Estas regras, encharcadas de conservadorismo, deixavam de priorizar o direito da criança. Questionava-se apenas a postura dos genitores, como verdadeira ameaça, quase uma intimidação em prol da manutenção do casamento. (DIAS, 2011, p.439).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu artigo 226 § 5º, ao assegurar ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres em relação à sociedade conjugal eliminou tais discriminações produzindo novas ordens significativas no que diz respeito ao poder familiar.

Neste sentido, é o que discorre Pablo Stolze:

Como vimos, a culpa deixou de ser um elemento relevante para o reconhecimento do divórcio. Isso também gera repercussões nos efeitos colaterais do término do vínculo conjugal.

Assim, entendemos que a culpa deixou de ser referência, também, no âmbito da fixação da guarda de filhos.

Aliás, após a promulgação da Constituição de 1988, essa linha de raciocínio já vinha sendo adotada. No que toca aos filhos, sentido nenhum há de determinar a guarda em favor do suposto “inocente” no fim do

enlace conjugal. (GAGLIANO, 2014, p.606).

A guarda natural, em regra, é estabelecida a ambos os pais, impondo a eles os deveres inerentes aos filhos menores, como estabelece o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

Neste sentido, cabe trazer a baila os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

A guarda dos filhos é, implicitamente, conjunta, apenas se individualizando quando ocorrer a separação de fato ou de direito dos pais. Também quando o filho for reconhecido por ambos os pais, não residindo eles sob o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decidirá atendendo ao melhor interesse do menor. (DIAS, 2011, p. 442)

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) seu artigo 229, bem como o artigo 1.634 do Código Civil (BRASIL, 2002) são claros ao expor que é dever dos pais de criar e educar os filhos menores, não ficando condicionada esta criação a relação afetiva entre o casal. Ou seja, os deveres assistenciais derivam tão somente da relação filial.

Assim, o fato dos genitores já não manifestarem vontade de viver sob o mesmo teto, não provoca a alteração no poder familiar, ambos continuam sendo responsáveis pelo sustento, educação e cuidado dos filhos.

Neste sentido, discorre Rodrigo da Cunha Pereira:

Independentemente da convivência ou relacionamento dos pais a eles cabe a responsabilidade pela criação e educação dos filhos, pois é inconcebível a idéia de que o divórcio ou o termino da relação dos genitores acarrete o fim da convivência entre os filhos e seus pais. (PEREIRA, 2012, p. 246).

Revela-se então totalmente irregular, a inclusão da responsabilidade dos pais como um dos deveres inerentes ao casamento. Aceitar isso forçaria reconhecer que com o fim do matrimônio, cessariam também os deveres dos pais para com a prole, o que não é verdade. Assim, com a separação, coloca-se fim ao casamento, ou seja, a relação entre marido e mulher, e não o relacionamento entre pais e filhos.

O Código Civil (BRASIL, 2002) em seu capítulo XI trata da proteção da pessoa dos filhos caso os pais decidam romper os laços afetivos. A antiga Lei de divórcio, 6.515/77 (BRASIL, 1977), estabelecia em seu artigo 10, que a guarda filial pertenceria ao cônjuge que não houvesse dado causa a separação. Atualmente, a guarda é atribuída ao cônjuge que revele melhores condições para exercê-la, respeitando, sobretudo o princípio do melhor interesse do menor como menciona o artigo 1.583 § 2º do referido diploma legal.

Sílvio Rodrigues ao dispor da proteção à pessoa dos filhos dispõe que:

Aliás, as regras que inspiraram o legislador, nesse ensejo da proteção à pessoa dos filhos, são válidas para todas as situações de conflito que envolvam a prole. De resto, e em rigor, o princípio, conforme se verá, é um só, a saber: em todos os litígios em que se disputa a guarda dos filhos, o julgador deve ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse dos menores. (RODRIGUES, 2004, p.243)

Diante da união dos casais, surgem também os problemas que tornam a manutenção dessa relação insustentável. Ocorre que na maioria das vezes, depois de se ter filhos e ficar um tempo em união, laços afetivos

foram criados, a convivência familiar já está enraizada e o seu desfazimento através do divórcio acarreta vários efeitos e consequências, como traumas que fazem a criança se sentir culpada, ansiosa, abandonada, problemas escolares, entre outros é aí que se encontra o tema desse estudo a síndrome de alienação parental. (OLIVEIRA, 2003).

Nesse foco, se faz necessária a adoção de critérios ou institutos de proteção ao menor instituídos pela legislação. O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) se propôs a detalhar todos os direitos fundamentais que o menor possui fazendo assim valer os seus direitos. No entanto, existem outros meios legais para se resguardar a proteção ao menor, que é a guarda, seja ela unilateral ou compartilhada. (OLIVEIRA, 2003).

A guarda como proteção dos filhos também impõe outras obrigações conforme discrimina o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, *online*):

Artigo 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

A lei não deve ser utilizada como o único meio de proteger os filhos, mas somente como um direcionador da atuação dos pais, pois o mais importante é a atitude dos próprios pais terem consciência de que se trata de seu filho e educá-lo, protegê-lo da melhor maneira possível. Não existirá imposição seja na forma de lei ou de costume que faça alguém ser como o outro quer se não tiver uma educação direcionada para esse fim. (OLIVEIRA, 2003).

Assim, quando realmente tenha feito tudo que esteja ao alcance dos pais e o resultado não for positivo, estes devem apresentar o problema ao sistema judiciário para assim atender o melhor interesse do filho. Uma das formas de proteção é o atendimento do melhor interesse dos filhos, respeitando a sua idade, seu desenvolvimento, deve ser tomada uma decisão menos traumática para o filho. Dessa forma, protegerá os possíveis conflitos entre os pais e facilitará a comunicação entre ambos. (OLIVEIRA, 2003).

Muitas das vezes somente o pai ou a mãe se preocupa em requerer em juízo a guarda de seu filho, contudo, quando a disputa é entre os dois, fica complicado aplicar o princípio do melhor interesse da criança, pois deve-se escolher o melhor, o mais correto, para que todos tenham um bom relacionamento.

Como salienta Euclides Oliveira no momento em que se depara com essas demandas no judiciário é comum perceber que o melhor interesse da criança é confundido com o melhor interesse dos pais: “Colocados como epicentro da disputa paterna, como se fossem meros objetos numa relação de forçada convivência em que se lhes renega a posição de sujeitos de direitos.” (OLIVIERA, 2003, p. 151)

As partes através de seus respectivos advogados são responsáveis pelos fatos apresentados judicialmente, que oportunamente se valem daqueles momentos da convivência com o menor que mais lhe beneficie, e as vezes prejudica a análise dos interesses da criança, vez que estes possuem poucas oportunidades de se expressarem. Existe previsão na legislação infraconstitucional que o menor deve se expressar e sua opinião deve ser devidamente considerada:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou

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

§ 1º Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada. (BRASIL, 1990, *online*).

Apesar de algumas crianças serem sujeitas a manipulação da sua própria vontade, existe outros indicadores que analisados em conjunto permite uma avaliação do melhor interesse da criança como idade e gênero da criança, ajuste dela ao ambiente, tempo e disponibilidade para os cuidados dela, e a posição econômica dos pais. (OLIVEIRA, 2003).

Outras questões são objetos dessa disputa, como a regulamentação de visita ou quem terá melhores condições de proporcionar um ambiente saudável e tranquilo para o seu desenvolvimento psíquico, físico e social. (OLIVEIRA, 2003).

Para chegar a uma decisão judicial inicialmente correta, portanto, necessita de uma criteriosa avaliação realizada atenciosamente por uma equipe interdisciplinar que possa reconhecer a realidade da família estabelecendo os tipos de vínculos existentes entre a criança e cada um dos pais. (OLIVEIRA, 2003).

Na hipótese de dissolução da união conjugal, surge a obrigação de definir sobre a guarda dos filhos, como o próprio Código Civil (BRASIL, 2002, *online*), preleciona, tendo como ponto de partida a concordância entre os cônjuges:

Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os

cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Caso inexistente esse acordo, a guarda será atribuída àquele que melhor reunir condições para exercê-la, sem dizer quem possui melhores condições financeiras ou materiais. Assim, a guarda poderá ser consequência da vontade dos cônjuges ou por determinação judicial, sendo unilateral ou compartilhada.

A guarda unilateral será atribuída aquele genitor que revele melhores condições de exercê-la, constituindo a família monoparental, nessa hipótese a ambos detém o poder familiar, mas as decisões fica a cargo do guardião. Como consequência deve-se regulamentar visitas, pensão alimentícia, e aquele que não ficou com a posse do filho, poderá supervisionar os interesses do filho e fiscalizar sua manutenção e educação. (TRINDADE, 2004).

Essa hipótese em alguns casos, surte o efeito esperado, contudo, na maioria delas isso não acontece, uma vez que o genitor insatisfeito com a guarda deferida somente ao outro, permanece queixoso, até pelo fato do afastamento do vínculo de filiação entre eles, pois a visita acontece em um dia imposto sobre regras. Assim com a ausência de convivência, o genitor não guardião aproveita da oportunidade de contato com o filho, fazendo dele um objeto de vingança. (TRINDADE, 2004).

A guarda unilateral é uma forma tradicional e conservadora de se cuidar dos filhos, mas esta não acompanhou a evolução social uma vez que é atribuída a um só dos genitores, e ao detentor da guarda recairá toda a responsabilidade no que diz respeito ao menor, enquanto ao outro caberá o direito de visita e supervisão das atribuições delegadas ao guardião. Cumpre dizer que no caso da separação, a guarda unilateral é uma arma poderosa nas mãos daquele que a detém, pois é nítido o sentimento de posse do guardião para com os filhos.

Por outro lado, têm-se a guarda compartilhada. Sua aplicabilidade, exige dos cônjuges um desarmamento total, uma superação de mágoas e frustrações. E, se os ressentimentos persistirem, o genitor deve abrir mão do convívio com o filho nessa modalidade para melhor atender ao interesse do filho. (TRINDADE, 2004).

A guarda conjunta ou compartilhada está definida na lei, mais precisamente no art. 1583, §1º do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), nela ambos os pais tem o poder familiar, sem importar o tempo em que os filhos passem com cada um deles.

Esse modelo se torna a preferência legal em razão do caráter de compartilhamento dos pais, para assim ambos os pais estarem presentes no crescimento e desenvolvimento dos filhos. Podendo, atuarem juntos na educação e no sustento da criança, retirando a ideia de posse do instituto guarda, propiciando a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais, nesse mesmo sentido vem a explicação de Trindade (2004, p. 160):

Minha convicção está ancorada no texto do artigo 229 da Constituição Federal, que impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, independentemente de viverem ou não no mesmo lar. O Estatuto da Criança e do Adolescente confirma o preceito maior ao incumbir aos pais o dever do sustento, guarda e educação de seus filhos, sem discriminar ou condicionar o exercício da guarda à convivência dos genitores.

Já, a guarda compartilhada foi uma conquista obtida por ambos os cônjuges, uma vez que esta é uma forma de amenizar os traumas advindos da separação, onde os genitores terão contato direto e frequente com os filhos, participando assim dos eventos cotidianos como

reunião escolar, festa de aniversário, eventos na família evitando assim um desgaste psicológico na criança.

Cumpra salientar que a guarda compartilhada é uma grande aliada contra a possível instalação da alienação parental, uma vez, que a criança ficará na companhia de ambos os pais, dificultando assim que um denigre a imagem do outro.

Pablo Stolze, nos dizeres de Leonardo Moreira Alves discorre acerca da guarda compartilhada:

Como é cediço, inúmeros são os efeitos traumáticos provocados pela dissolução do casamento/união estável no desenvolvimento psíquico dos filhos menores e um deles, notadamente, é a perda de contato frequente com um dos seus genitores. Nesse sentido, verifica-se que a guarda compartilhada pretende evitar esse indesejado distanciamento, incentivando, ao máximo, a manutenção dos laços afetivos entre os envolvidos acima referidos, afinal de contas pai (gênero) não perde essa condição após o fim do relacionamento amoroso mantido com o outro genitor (gênero) do seu filho, nos termos do art. 1.632 do Código Civil. (GAGLIANO, 2014, p. 611).

Stolze cita ainda em seu exemplar de Direito Civil, o entendimento de Paulo Lobo:

A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Assim, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação

e o desenvolvimento do filho. Nesse sentido, na medida das possibilidades de cada um, devem participar das atividades de estudos, de esporte e de lazer do filho. O ponto mais importante é a convivência compartilhada, pois o filho deve sentir-se 'em casa' tanto na residência de um quanto na do outro. (GAGLIANO, 2014, p. 611).

Sobre esse parâmetro que se baseia o questionamento desse trabalho, pois em muitos casos a guarda seja ela unilateral ou compartilhada, os pais acabam não aceitando as condições estabelecidas e por ato de vingança fazem dos filhos uma peça de um jogo, colocando o filho com o outro genitor, alienando-o causando vários distúrbios aos menores, inclusive a síndrome da Alienação Parental.

Assim, independente da modalidade da guarda, o juiz deverá analisar sempre o que for mais benéfico à criança e ao adolescente zelando sempre pelas suas necessidades vitais básicas tais como a educação, saúde, lazer, segurança, e ao convívio familiar saudável.

3 DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL, ALIENAÇÃO PARENTAL E CONSEQUENCIAS JURÍDICAS

O segundo capítulo é dedicado a fazer uma análise sobre as consequências trazidas pelo fim do matrimônio, onde em meio ao conflito litigioso um dos genitores acaba usando os filhos como instrumento para atingir o outro e a partir daí, surge a Alienação parental. Cumpre dizer que a alienação parental é uma conduta séria e que deve ser analisada de forma minuciosa pelos magistrados e operadores do direito para que as vítimas sofram o mínimo possível os desgastados advindos de tal prática.

Durante o processo de divórcio, o conflito entre os cônjuges pode aumentar devido a alguns fatores que fogem do controle das partes, e que tem como consequência um dano emocional muitas vezes irreversível. Assim quando um dos cônjuges não consegue lidar com a perda do outro, desenvolve um desejo de vingança, momento este que os filhos passam a ser vistos como um "objeto" de satisfação pessoal do genitor guardião que passa a programá-los para que com o passar do tempo, rejeite o genitor não guardião.

Assim o genitor detentor da guarda se vale de vários artifícios e condutas mentirosas, manipulando a mentalidade do infante, imputando ao outro genitor má conduta e denegrindo sua personalidade e imagem sob as mais variadas formas. Vale dizer que uma das artimanhas mais graves utilizadas pelo guardião é a acusação de ter havido abuso sexual, especialmente quando os filhos são pequenos, e por isso, mais manipuláveis.

Os casos narrados acima dão origem à chamada alienação parental, que pode ser conceituada como uma intervenção psicológica feita pelo alienador na pessoa dos filhos tendo como consequência o afastamento e a destruição de todo e qualquer vínculo afetivo entre genitor e filho alienados.

A alienação parental é uma prática que quando se encontra em um estado avançado pode causar sérios danos à criança envolvida, uma vez que devido à vulnerabilidade emocional em que se encontra frente à separação, esta desenvolve um sentimento de rejeição pelo genitor não guardião. Vale dizer que a alienação parental é uma conduta totalmente inconstitucional, uma vez que a norma traz em seu corpo a proteção total da criança e do adolescente e principalmente os direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano.

Em meio a este conflito que atinge cada vez mais as famílias e a sociedade, fora promulgada em 2010 a Lei 12.318/10, que apresenta em seu corpo o conceito e as

possíveis sanções a serem aplicadas alternativamente ou cumulativamente, ao genitor que estiver alienando seus filhos, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal conforme cada caso prático.

3.1 Gênese da alienação parental

Para que se possa compreender a origem da Alienação Parental, necessário se faz a identificação das partes envolvidas no litígio.

Desta forma, atuam como partícipes o genitor alienador ou alienante que poderá ser a mãe, o pai ou qualquer outra pessoa que detenha a guarda do menor, e genitor alienado aquele que é vítima da alienação.

Cumprido dizer ainda, que a criança/adolescente também é identificada como alienado, sendo esta, a maior vítima da alienação parental.

Um dos primeiros profissionais a identificar a alienação parental foi o professor e psicanalista norte americano Richard Gardner, em meados dos anos 80.

Gardner definiu a Síndrome da Alienação Parental como uma disfunção que surge primeiro no contexto das disputas de guarda. Sua primeira manifestação é a campanha que se faz para denegrir um dos pais, uma campanha sem nenhuma justificativa. É resultante da combinação de doutrinações programadas de um dos pais (lavagem cerebral) a as próprias contribuições da criança para a vilificação do pai alvo.

A alienação parental se instala na maioria das vezes, quando um dos cônjuges não consegue aceitar a perda do outro, e são incapazes de solucionar problemas patrimoniais e outros pormenores. Assim, o genitor alienador (guardião) distorce a percepção do filho de quem realmente é o genitor alienado iniciando assim, restrições de contato entre ambos como acessos às festas escolares, aniversários, reuniões de família e as próprias visitas que,

diga-se de passagem, é um direito/dever do genitor não guardião, até provocar o afastamento total entre eles e até mesmo com a família, amigos e todo o círculo de amizade que está diretamente ligado ao alienado.

Vale dizer que esta prática sempre existiu, mas é um tema de discussão recente em nosso ordenamento jurídico, tanto que só em 2010 foi promulgada lei específica que tratasse sobre o assunto, importante frisar também que a mídia vem trabalhando este assunto delicado, tem-se como exemplo o trabalho desenvolvido pela autora Glória Perez em sua novela “Salve Jorge”.

A mencionada telenovela relatou a história de um casal recém-divorciado em que o pai, inconformado com a separação, utiliza sua filha para vingar-se da ex- mulher.

Pensando nesse problema que abrange cada vez mais as famílias e a sociedade de um modo em geral, o legislador pátrio teve a cautela de criar uma lei que tratasse sobre o assunto e na data de 26 de agosto do ano de 2010 foi promulgada a lei 12.318 (BRASIL, 2010), com o intuito de diminuir a prática e punir o genitor que estiver alienando seus filhos.

O conceito legal da alienação parental é definido no artigo 2º da referida lei, o que dispõe:

Art 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós, ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, **VadeMecum**, 2014, p. 1855)

Referido dispositivo legal trouxe ainda em seu parágrafo único o rol exemplificativo das condutas que são consideradas formas de Alienação Parental, a saber:

Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
Dificultar o exercício da autoridade parental;
Dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, **VadeMecum**, 2014, p. 1855)

Percebe-se então que a vítima alienada poderá ser o pai ou a mãe ou qualquer outra pessoa que detenha a guarda do infante.

Com base na definição legal, dentre as várias definições doutrinárias existentes acerca do tema, Maria Berenice Dias assim discorre:

Em outras palavras, a alienação parental é um processo que consiste em programar uma criança para odiar um de seus genitores, sem justificativa, de modo que a

própria criança ingressa na trajetória de desconstituição desse mesmo genitor. Dessa maneira, podemos dizer que o alienador educa os filhos no ódio contra o outro genitor, seu pai ou sua mãe, até conseguir que eles, de modo próprio, levem a cabo esse rechaço. (DIAS, 2013, p. 22)

Desta forma, a alienação parental tem origem na medida em que o genitor alienador não permite que o filho alienado tenha convivência plena com aquele que não mais reside sob o mesmo teto, em meio a inúmeras situações, geralmente com criação de falsas histórias com o intuito de denegrir a imagem do outro, uma verdadeira “lavagem cerebral”, onde todas as armas encontradas pelo alienador são utilizadas, e aos poucos a própria criança começa a tomar como verdadeiros os fatos alegados pelo guardião.

É o que discorre ainda Berenice Dias ao tratar da alienação parental:

Nesse jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter havido **abuso sexual**. O filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, as falsas memórias. (DIAS, 2011, p.463).

A prática da alienação parental é uma tática abominável para afastar pai/mãe do convívio com o filho,

objetivando a destruição definitiva dos vínculos parentais, causando graves prejuízos psíquicos aos filhos e a desmoralização do guardião acusado e excluído.

Ressalta-se ainda, que além da ofensa a questões éticas e morais, a prática de alienação parental é totalmente inconstitucional, uma vez que a Constituição Federal (BRASIL,1988) assegura à criança e ao adolescente a proteção integral por parte do Estado e dos genitores, e as garantias fundamentais inerentes ao ser humano tais como a dignidade, a honra e a imagem, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Este é um problema que precisa ser identificado desde o início, para que tal norma seja efetivamente cumprida, uma vez que as crianças e adolescentes não podem ser tratados como objetos no qual o seu genitor tem a posse e propriedade e serem submetidas a esse tipo de tortura psicológica.

3.2 O perfil do alienador

Há quem afirme que a maioria dos genitores alienantes são as mulheres, contudo, os estudos divergem nesse sentido, já que não se pode associar somente a elas essa reação, já que hoje os homens são capazes de desempenhar esse papel. Sentimentos como inveja, ciúme, vingança, possessividade desencadeiam essa postura e o genitor que a adota, é egoísta, maquiavélico que age de forma consciente, pensada:

Ao destruir a relação do filho com o pai, a mãe entende que assume o controle total e atinge sua meta: que o pai passe a ser considerado um intruso, um inimigo a ser evitado, e que o filho agora é 'propriedade' somente dela; ela dita as regras e faz o que quiser 'para o bem

dele', mas, ao contato com terceiros, chegam as mães por vezes a alterar o discurso e 'se passarem por cordeiras' dizendo que 'nunca' afastarão o pai e que 'a vida é assim', pois, como dissemos, são astutas, vis e dissimuladas, premeditadas e com atitudes maquiavélicas e quase sempre concatenadas (PINHO. 2009, p. 119).

Dias (2006, p. 121), ressalta a dificuldade de absorver o luto, a perda, fazendo com que o genitor alienador cometa tais atos:

No entanto, muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor.

No mesmo sentido é o entendimento do autor Xaxá (2008, p. 12), em que defende que a incapacidade de superar as perdas é o motivo para a ação do genitor alienador e que o divórcio é o estopim desencadeador dessa personalidade:

Entretanto, muitas vezes, o guardião (a) da criança, tem dificuldade em elaborar adequadamente o luto da separação, gerando um sentimento de abandono, sentindo-se traído (a) e rejeitado (a) e, ao notar o interesse do outro genitor em manter os vínculos afetivos com o filho, acaba por desenvolver um quadro de hostilidade, ódio e até vingança,

desencadeando uma verdadeira campanha para desmoralizar, humilhar e destruir o exconjuge.

De acordo com Goudard (2008, p. 19) existem dois perfis de genitores alienadores, os quais sistematiza:

Do genitor superprotetor entende que ele quer reparar uma ferida narcísica e que acredita ser o único bom genitor, o único capaz de cuidar bem dos filhos. O genitor alienante se considera o único bom genitor. O intuito, inconsciente ou não, é rejeitar, até mesmo destruir, o outro genitor e reparar sua ferida narcísica. Este genitor possui, aparentemente, toda a sua sanidade mental e sabe sempre apresentar os fatos sob um aspecto que o favorece.

Essas situações surgem predominantemente pelo fato de ser proferida a guarda unilateral e preferencialmente às mães ou aos pais cabendo ao outro flexibilizar horários de visitas. Essa postura conservadora, tradicional desencadeia conflitos antes nem tanto em voga, mas que atualmente dependem de uma solução mais específica.

Mesmo com a nova redação do art. 1.584, II, §2º do CC/02 (BRASIL, 2002) dada pela Lei 11.698/08 (BRASIL, 2008) determinando que sempre que possível a guarda deva ser compartilhada, contudo, talvez pela falta de estrutura do judiciário em apreciar pormenorizadamente os conflitos relativos a guarda de filho, a tendência do magistrado ainda é pela guarda unilateral e preferencialmente a mãe, cabendo ao pai reivindicar pelo direito de visitas (XAXÁ. 2008). Essas decisões devem ser pautadas no melhor interesse da criança sempre. Para Brandão (2009, p. 5) a SAP não deve resultar de uma

patologia médica, mas sim do reconhecimento de identificação e de cidadania:

Desde o advento da modernidade industrial, a ideia de cuidado infantil foi remetida ao “universo feminino”, circunscrevendo a mulher no espaço doméstico-familiar e delegando a ela lugar central. O universo do lar tornou-se o lugar de intimidade, no qual a mulher assumiu a identidade de “mãe amorosa”, sendo necessário para tanto que o homem fosse excluído dos cuidados infantis. Assim, à mulher, foi-lhe concedida uma “cidadania”, porém limitada a essa esfera.

Existe previsão legal para que o menor expresse sua vontade, contudo, essa livre vontade acaba sendo manipulada por um dos pais e o assessoramento seria como garantia de melhor garantir o interesse do menor, mas em muitos casos acaba prevalecendo o interesse dos genitores a partir de uma ação “livre” do filho.

O comportamento de um alienador pode ser muito criativo, tornando-se difícil estabelecer um rol no que diz respeito ao seu perfil, uma vez que isso também varia de acordo com a personalidade de cada sujeito, mas alguns tipos de comportamento são denotativos de alienação, quais sejam: papel de vítima perante os outros (profissionais, amigos, judiciário); Esquizo-paranoide: faz uma divisão rígida das pessoas em “boas” (a favor dela) e “más” (contra ela), e sente-se perseguida, injustiçada, indefesa; psicopata: Não sente culpa ou remorso; não tem a mínima consideração pelo sofrimento alheio – nem dos filhos, e não respeita leis, sentenças, regras.

Via de regra, o perfil do genitor alienante é de um indivíduo super protetor que almeja o amor dos filhos com exclusividade e, para obtê-lo, não hesita em valer-se de meios escusos, até mesmo, alegando que o filho foi

vítima de abuso sexual praticado pelo genitor alienado quando, na realidade, não havia nenhum indício de tal abuso. Nesse ambiente conflituoso de falsas acusações contra uma figura de elevada importância para o infante, são delineados efeitos danosos para a construção da personalidade e caráter do menor. Evidencia-se então, um verdadeiro descumprimento do direito de convívio familiar saudável e harmonioso, estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

Assim, o genitor alienador se torna o centro das atenções do filho, fazendo-o crer que ele é capaz de cuidar sozinho dele, tenta a todo modo transparecer ser a melhor pessoa possível perante os outros, fazendo-os acreditar em sua dor, e sofrimento devido à separação recaindo toda culpa no alienado.

Tal prática se torna tão frequente, que o próprio alienador não consegue mais distinguir o que é verdade e mentira, passando a acreditar nas próprias histórias criadas por ele, e faz com que os filhos acreditem, sintam e sofram com algo que não existiu.

Além das características elencadas acima Maria Berenice Dias cita algumas outras que também dizem respeito ao perfil de um alienador:

- Dependência;
- Baixa auto-estima;
- Condutas de desrespeito a regras;
- Hábito contumaz de atacar as decisões judiciais;
- Litigância como forma de manter aceso o conflito familiar e de negar a perda;
- Sedução e manipulação;
- Dominância e imposição;
- Queixumes;
- Histórias de desamparo ou, ao contrário, de vitórias afetivas;
- Resistência a ser avaliado;

Resistência, recusa, ou falso interesse pelo tratamento. (DIAS, 2011, p. 25)

Certo é que, a prática da alienação parental é uma conduta que traz sérios prejuízos psicológicos tanto ao genitor alienado quanto à criança que no decorrer do tempo, passa a acreditar que o pai/mãe afastado é realmente o vilão que o guardião pintou. Resta então no futuro a frustração por ter crescido tendo uma imagem distorcida do genitor não guardião em sua mente, e, em decorrência disso, não ter compartilhado com o mesmo, momentos importantes da sua vida.

3.3 A alienação parental e a dissolução da sociedade conjugal

O relacionamento conjugal mesmo embasado na afetividade compõe-se de elementos que vão além do sentimento, elementos estes indispensáveis para harmonia do relacionamento entre o casal tais como respeito mútuo, sexualidade, situação financeira dentre outros.

Fato é que cessados estes elementos torna-se impossível a vida em comum gerando o enfraquecimento da relação e, conseqüentemente o rompimento da união.

Sílvio Venosa em seu exemplar de direito civil nos traz um trecho sobre o assunto: “Os conflitos sociais gerados pela nova posição social dos cônjuges, as pressões econômicas, a desatenção e o desgaste das religiões tradicionais fazem aumentar o número de divórcios” (VENOSA, 2014, p. 06).

A ruptura do vínculo conjugal tem-se tornado cada vez mais frequente no núcleo familiar. Concomitante a esta realidade, pode-se notar ainda um cenário impactante na vida daqueles diretamente envolvidos e, em especial os filhos advindos de tal relação, que acabam se tornando uma espécie de “objeto” de disputa entre os ex-cônjuges,

incorrendo como consequência a instalação da alienação parental.

O genitor alienante, repetidas vezes, demonstra que a separação é uma situação emocionalmente mal resolvida, sendo esta a verdadeira razão para provocar, nos filhos, a alienação parental, o que se agrava quando o alienado restabelece a vida conjugal. (ZIMERMAN, 2010, p. 410).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) precisamente em seu artigo 227 prevê que é dever de todos, família, Estado e sociedade, a proteção à criança e ao adolescente. Assim, frente à separação os operadores do direito devem resguardar a proteção de todos os envolvidos no conflito, principalmente as crianças.

O conflito da separação na vida de uma criança submetida a alienação parental pode trazer prejuízos significativos para o seu desenvolvimento, prejuízos esses que podem perdurar por toda a vida socioafetiva dessa criança, interferindo assim na forma que ela irá se relacionar com o mundo externo.

Vale dizer que a atenção e cuidado dos pais nos primeiros anos de vida da criança são indispensáveis para o desenvolvimento saudável de sua personalidade, mas talvez essa seja uma questão complicada no que diz respeito ao litígio familiar pois frente à separação muitas vezes a criança é alvo de disputa entre seus pais.

Por mais que a expectativa dos pais seja de cuidar, educar e proteger a criança, ainda assim, no processo de litígio os filhos tendem a ficar à mercê de um genitor que normalmente não consegue elaborar a perda do outro, envolvendo a criança nessa disputa.

Desta forma, mesmo após a separação, o casal conjuntamente deve manter o filho em sua companhia,

proporcionando-lhe educação, atenção, afeto, e respeito, para que este possa se desenvolver de forma plena tornando-se assim, um cidadão qualificado.

Há não muito tempo atrás, a religião influenciava nas relações familiares e assim, impunham que o casamento seria indissolúvel. Contudo, com o passar dos anos esse conservadorismo foi obtendo novos contornos, mudando essa realidade.

No Brasil, note-se que o casamento, nem sempre se refere as uniões matrimonializadas. Muito frequente desde o período colonial é a presença da família monoparental caracterizada pela figura da presença da mãe solteira e da mulher que foi abandonada pelo companheiro.

Contudo, com a evolução da sociedade, os costumes foram alterando e a definição de família se revolucionou. Muito embora, alguns mostrassem resistência a dissolução do casamento a lei, regulamentou o divórcio, na época, denominado desquite e posteriormente com a lei 6.515/77 (BRASIL, 1977) previu a separação judicial que dispensava aos cônjuges os deveres do casamento sem romper o matrimônio. Em seguida, com a Emenda 66/2010 (BRASIL, 2010), houve a nova lei do divórcio que revogou tacitamente a separação judicial, possibilitando ao casal a dissolução definitiva do casamento. (PERESSINI, 2003).

Essa modificação foi recebida com certo receio pela sociedade, pois tinha-se o temor de que com o divórcio a sociedade se degenerasse, contudo, nos dias atuais, com a vigência do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), ambos ou um deles, pode obter a separação do casal:

Artigo 1572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do

casamento e torne insuportável a vida em comum.

§1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

Vislumbra-se então a questão relativa a guarda dos filhos, pois normalmente da união dos casais advêm o nascimento de filhos em comum e com o divórcio tem-se que dividir o tempo de cada um com seus filhos. Diante disso, necessário se faz uma atuação conjunta da psicologia jurídica e do poder judiciário para solução dos conflitos.

Desse modo, a vara de família ou sucessões é a responsável por discernir sobre as questões de divórcio, guarda, regulamentação de visita, pensão alimentícia entre outros e diante do número significativo de demandas propostas no judiciário todos os dias a decisão definitiva se restringe aos laudos. (PERESSINI, 2003).

Assim, as demandas que envolvem um acompanhamento a longo prazo ficam prejudicadas pois o judiciário se encontra sobrecarregado, tanto na vara da família como na vara da infância e da juventude, quando esses tipos de ações se referem a situação de risco dos menores.

Normalmente a disputa de guarda, envolve situações com prática de abusos, violência e alienações em que crianças e adolescentes são vítimas e assim a medida mais correta seria a mudança da guarda e para isso exige-se uma maior atenção do judiciário para que não se obtenha uma decisão que possa evitar grandes transtornos ao menor até mesmo pelo fato de se encontrarem em desenvolvimento. Peressini (2003, p. 112) aponta a respeito da psicologia jurídica na área do processo judicial brasileiro:

Nas Varas de Família e das Sucessões dos Foros Regionais e dos Tribunais de Justiça estaduais, priorizam-se casos em que há filhos envolvidos (direta ou indiretamente) nas relações processuais. Isso porque, como membro da família afetivamente mais sensível, a criança percebe mais facilmente os efeitos nocivos de uma desestruturação familiar, e por esse motivo sofre os maiores prejuízos emocionais e comportamentais.

Essas situações normalmente não recebem a melhor solução, pois as varas que possuem atribuição para tanto não foram criadas com essa finalidade e diante disso, se demonstra a necessidade de elevar a postura de um psicólogo judiciário, pois com seu laudo, poderia verificar melhor a estruturação das relações entre os membros de uma família, como aponta Peressini, “[...] a família é vista como um grupo de pessoas ligadas entre si por parentesco, afeto, solidariedade, necessidade de reprodução, como forma de garantir sua identidade social.” (2003, p. 113).

Outra questão que envolve esses conflitos é a possibilidade de interposição de recursos pela parte que se insatisfeita com as decisões proferidas pelo juiz ordinário. Essa hipótese acarretará uma análise do Tribunal de Justiça do Estado respectivo e com o fim de reformar a sentença nova avaliação deverá ser realizada e pelo fato de ser feita em outro tempo, em outra realidade novas provas serão produzidas e por consequência tornará mais conflituosa a definição desses conflitos para todos os envolvidos naquele litígio. (PERESSINI, 2003).

3.4 Distinções entre alienação parental e Síndrome da alienação parental

Apesar de parecerem sinônimos, a alienação parental e a síndrome da alienação parental se diferenciam em alguns pontos.

Sílvio Venosa assim conceitua a alienação parental: “Trata-se de abuso emocional de consequências graves sobre a pessoa dos filhos. Esse abuso traduz o lado sombrio da separação dos pais. O filho é manipulado para desgostar ou odiar o outro genitor”. (VENOSA, 2014, p. 340)

Assim, a alienação parental é um processo desencadeado pelo alienador, onde em longo prazo a criança é programada para que rejeite o genitor alienado, de modo a comprometer sua imagem, narrando falsas histórias.

David Zimmerman é claro ao expressar sobre o assunto:

O que o genitor alienante objetiva é evitar o contato entre o filho e o alienado, fazendo de tal conduta instrumento de vingança contra o alienado. Para tanto, inúmeras situações são criadas, chegando às raias de se inventar estórias de falsos abusos sexuais. (ZIMERMAN, 2010, p. 409).

As situações mais frequentes de indícios de alienação parental podem ser observadas através de frases ditas pelo genitor como bem ilustra José Osmir Fiorelli em seu livro psicologia jurídica:

“Cuidado ao sair com seu pai, ele quer roubar você de mim.”
“Sua mãe abandonou vocês.”
“Seu pai não se importa com você.”

“Sua mãe me ameaça, vive me perseguindo.”

“Seu pai só quer comprá-lo com tantos presentes, na verdade, não se importa com você.”

“Sua mãe é uma desequilibrada.”

“Lembra-se de que quando seu pai estava aqui só lhe dava surras, como podemos acreditar que agora lhe tratará bem?”

“Só podia ser filho de um FULANO.”

Agride o pai e destrói a autoestima da criança... (FIORELLI, 2014, p. 319)

Como a alienação parental é uma prática continuada, com o passar do tempo a criança ou adolescente passa a acreditar naquilo que é dito pelo guardião sobrevivendo ela mesma a rejeitar o genitor alienado e em decorrência desta prática podem surgir alguns efeitos na criança, que poderão variar de acordo com a idade, personalidade e o tipo de vínculo que ela possui com os genitores.

Os efeitos mais comuns são:

- Mentir compulsivamente;
- Manipular as pessoas e as situações;
- Manipular as informações conforme as conveniências do (a) alienador (a);
- Expressar emoções falsas;
- Acusar levemente os outros;
- Não lidar adequadamente com as diferenças e frustrações = INTOLERÂNCIA;
- Mudar seus sentimentos em relação ao pai/mãe - alvo: de ambivalência amor-ódio à aversão total;
- Ter dificuldades de identificação social e sexual com pessoas do mesmo sexo do pai/mãe – alvo;

- Expressar reações psicossomáticas semelhantes à de uma criança verdadeiramente abusada.

A partir daí, é que se instala a Síndrome da Alienação parental que pode ser conceituada como um distúrbio psicológico que decorre das acusações feitas por parte do alienador.

Pablo Stolze Gagliano citando os entendimentos de Richard Gardner assevera que:

A Síndrome da alienação parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a 'lavagem cerebral, programação, doutrinação') e contribuições da própria criança para caluniar o genitor alvo. (GAGLIANO, 2014, p. 613).

A síndrome da alienação parental (SAP), não se confunde com a alienação parental, porém, a primeira decorre da última, e só se faz presente quando a criança passa a nutrir sentimento de rejeição ao genitor alienado, ao recusar a vê-lo, e ainda por cima a contribuir na campanha difamatória contra ele. Assim, a síndrome refere-se a questões emocionais, danos ou sequelas que a criança pode vir a desenvolver. É uma conduta do próprio infante, enquanto a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo genitor para conseguir afastar o alienado da prole.

Berenice Dias nos traz exatamente a distinção entre alienação parental e a síndrome:

Isto porque, "síndrome" significa distúrbio, sintomas que se instalam em decorrência da prática, de que os filhos foram vítimas, de extrema reação emocional ao genitor. Já "alienação" são os atos que desencadeiam verdadeira campanha desmoralizadora levada a efeito pelo "alienante", que nem sempre é o guardião. (DIAS, 2013, p. 16).

Vale conceituar aqui a denominada "implantação de falsas memórias" nome este dado a uma crença de um fato que não ocorreu, mas o alienador age como se efetivamente tivesse acontecido, artifício usado juntamente com a alienação parental que tem o intuito de fazer com que o filho se afaste cada vez mais do genitor alienado, como exemplo podemos citar a prática de abuso sexual, forma grave e perversa de se implantar falsas memórias.

Vale dizer que a implantação de falsas memórias não se confunde com a síndrome da alienação parental uma vez que aquela é uma alteração do desenvolvimento da memória do infante enquanto esta é um distúrbio de afeto.

Abusos acontecem e devem ser submetidos a investigação, contudo, existe sim aquele que imputa falsamente a ocorrência de falsas acusações no infante, com o fim de denegrir a imagem do outro, por si só, merece uma reprimenda social, já que constitui forte indício de alienação, pois produz sim um sentimento de abuso o fato de fazer com que a criança aceite vivenciar situações que antes não eram comuns como sendo normais (TRINDADE, 2004).

A implantação de falsas memórias, em que faz com que o genitor tire a realidade inexistente e crie outra prejudicará o desenvolvimento da criança, criando uma confusão psíquica irreversível. Dias esclarece de forma

clara essa questão, na qual as crianças são submetidas a práticas abusivas e manipuladoras, e por causa disso, necessitam enfrentar diversos procedimentos psiquiátricos e judiciais:

Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias. Além do prejuízo da falsa denúncia, nunca se terá certeza sobre o ocorrido e essas pessoas adultas são doentes o suficiente para expor os filhos a tal situação, submetendo-os a exames, entrevistas e acabam também os privando da convivência normal e elas mesmas acabam acreditando na sua versão, ficando convencidos de sua posição, acabam angariando amigos e profissionais como advogados, psicólogos e juizes sobre a falsa implantação. (DIAS, Maria Berenice. Síndrome da Alienação Parental, o que é isso? Disponível em: <<http://www.apase.org.br>>, acesso em 20.08.2018)

Destaca Trindade (2004, p. 162): “Tudo isso traz dificuldade para a criança conviver com a verdade, pois sendo constantemente levada a um jogo de manipulações, acaba por aprender a conviver com a mentira e a expressar falsas emoções.”

O abuso emocional, por ter uma dificuldade de avaliação acaba impossibilitando a convivência com o genitor alienado inclusive gerando um medo por partes dos filhos. Na pior das hipóteses, verificando que a denúncia é

inverídica, o profissional responsável por auxiliar na recuperação da criança deve tentar minimizar o transtorno, vez que esta poderá interpretar que foi vítima de um jogo. A criança é levada a um mundo duplamente inventado, em que as verdades são censuradas e a definição do que é certo ou errado fica incerto, o que favorece ao prejuízo do caráter. (TRINDADE, 2004).

Quando da identificação da síndrome, a criança passa a ver o genitor alienado como um intruso, querendo afastá-lo de qualquer maneira de sua vida.

Na maioria das vezes, o genitor alienador não tem ideia das consequências que aquele ato pode trazer às partes envolvidas, e principalmente para as crianças que ainda não sabem discernir o verdadeiro do falso, gerando assim, um transtorno em sua personalidade.

No processo de divórcio litigioso, havendo indícios da prática de alienação parental o magistrado determinará as medidas provisórias necessárias para a preservação da integridade da criança ou do adolescente, e determinará perícia psicológica ou biopsicossocial conforme demonstram os artigos 3º e 5º da lei 12.318/10 (BRASIL, 2010), para identificar se realmente existiu a conduta, ou se as acusações foram mero desejo de vingança por parte do alienador.

Lado outro, quando se leva ao judiciário a notícia de tais abusos, a situação se torna bastante delicada, uma vez que o juiz deve tomar imediatamente uma atitude, porém há o receio de que a denúncia possa ser falsa, trazendo assim transtornos emocionais ao menor e ao alienado, privando também o convívio entre ambos.

Necessário se faz a correta identificação da alienação parental por parte dos aplicadores do direito para se não inibir, pelo menos, amenizar os reflexos dessa prática, para que o problema cause o mínimo de prejuízo psíquico e moral nas partes envolvidas.

3.5 Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil vem do latim *respondere*, que significa responder, assumir, assegurar. Em nosso ordenamento jurídico, o fundamento legal da responsabilidade civil está prevista nos artigos 186 e 927 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Certo é que se tem sujeitos a causar e a sofrer danos, desta forma, é direito de todo cidadão ser ressarcido pelo dano sofrido.

Partindo desse pressuposto vale dizer que existem duas espécies de reparação civil, por danos materiais e morais, sendo que por dano material entende-se aquele que atinge o patrimônio da vítima e divide-se em dano emergente e lucro cessante, tudo conforme o artigo 402 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Já o dano moral, é uma violação a direito da personalidade, previsto na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu artigo 1º, inciso III e artigo 5º, incisos V e X.

Ao se falar de responsabilidade civil é necessário ter em mente a presença de quatro pressupostos, sem os quais não haverá responsabilidade: conduta, dano, nexo causal e culpa, sendo que a falta de um desses elementos pode cessar a responsabilidade civil.

A conduta é um comportamento humano espontâneo, voluntário. Tal comportamento diz respeito à conduta do agente e não o resultado danoso obtido, essa conduta pode ser comissiva ou omissiva.

O dano é o segundo pressuposto da Responsabilidade civil, é a diminuição ou subtração do bem jurídico de terceiro, seja esse bem material ou imaterial.

Por nexos causal, entende-se ser a relação causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado. Não se

cogita indenização se não existir a relação de causalidade entre a conduta e o dano causado.

O último pressuposto é a culpa que se divide em duas espécies “*lato sensu*” (sentido amplo) e “*stricto sensu*”, (sentido estrito), ou seja, quem age com culpa atua de forma dolosa, intencional. O agente atua de forma consciente, de forma que deseja que ocorra aquele fato ilícito.

Em uma conceituação sobre a Responsabilidade Civil a professora Maria Helena Diniz assim expressa:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticada, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal (DINIZ, 2014, p. 51).

Desta forma, para que haja a Responsabilidade Civil deve existir a figura do ato ilícito configurando o dano, sendo que por esse dano, como já mencionado acima, entende-se toda diminuição ou subtração de um bem jurídico de um terceiro.

Cumpra dizer ainda, que a responsabilidade civil se divide em duas espécies que são: Responsabilidade Civil objetiva e subjetiva. Conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento fundamental da obrigação de reparar. Na Teoria da culpa, ou responsabilidade civil subjetiva é imprescindível que a vítima comprove a culpa do agente para que possa assim pleitear indenização pelo dano sofrido.

A culpa caracteriza-se pela negligência, imprudência ou imperícia daquele que causa dano a

outrem, o que difere da responsabilidade civil objetiva que independe da comprovação de culpa.

Assim, frente à responsabilidade civil subjetiva, necessário se faz que a vítima comprove a culpa do agente causador do dano.

É o entendimento de Sérgio Cavaliere ao discorrer que: “A vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário terá que conformar-se com sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo”. (CAVALIERE FILHO, 2014, p. 43).

Carlos Roberto Gonçalves nos traz também o conceito de responsabilidade civil subjetiva:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (GONÇALVES, 2014, p. 48).

Sendo assim, haverá o dever de indenizar quando comprovada a culpa do agente causador do dano, sendo esta a categoria nuclear da responsabilidade civil subjetiva.

Cabe dizer que no caso em tela, o ônus da prova incube a quem alega, como bem expressa o artigo 333, I do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), uma vez que se trata de fato que constitui direito do genitor alienado, tendo ele então, que comprovar a conduta passível de reparação. Para melhor compreensão do pressuposto culpa cabe trazer o posicionamento doutrinário de Sílvio Venosa

A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o

desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude. (VENOSA, 2014, p. 27).

Venosa, nos dizeres de Rui Stoco conclui ainda que:

A culpa genericamente entendida é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nessa figura, encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na ilicitude, e o subjetivo, do mau procedimento imputável.” (VENOSA, 2014, p. 27).

A presença desse pressuposto pode ser claramente identificada também no corpo do artigo 186 do Código Civil, a saber: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL, Vade Mecum, 2014, p. 169).

O doutrinador Sérgio Cavaliere Filho tecendo comentários acerca do artigo 186 do Código civil assim expressa:

Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem. (CAVALIERE FILHO, 2014, p. 33).

Portanto, a partir do momento que alguém, mediante conduta culposa viola direito de outrem ainda que exclusivamente moral causando-lhe dano, está diante de um ato ilícito e deste ato surge o dever de indenizar.

No que se refere ao tema abordado na presente pesquisa, quando o alienante se vale de artifícios mentirosos, tem a intenção de lesionar o genitor alienado, desta forma, como mencionado anteriormente, se encontra aqui o elemento culpa, ou seja, refere-se à vontade do agente, de se obter resultado através daquela conduta por ele praticada.

Maria Berenice Dias nos traz a afirmativa de cabimento de reparação civil nos casos da prática da alienação parental:

A alienação parental é uma conduta antijurídica e afronta o princípio do melhor interesse da criança/adolescente. O seu dano, passível de reparação, está na esfera imaterial ou não patrimonial, pois afeta o aparelho psíquico dos filhos. Por fim, o nexo de causalidade entre a conduta do alienante e o abalo psicológico sofrido em virtude dessa ação. Quanto aos preceitos da culpa, tem-se a intenção do alienante em lesionar o genitor alienado. (DIAS, 2013, p. 38-39)

Nota-se entretanto, que os requisitos necessários para que haja o dever de indenizar, estão presentes nitidamente na conduta antijurídica da alienação parental, sendo assim, perfeitamente possível sua reparação

Ademais a lei 12.318/10 (BRASIL, 2010) dispõe em seu artigo 6º as sanções que poderão ser aplicadas pelo magistrado, cumulativamente ou alternadamente sem qualquer prejuízo da responsabilidade civil, ou seja, fica

então resguardado o direito das vítimas da Alienação Parental de pleitear indenização a seu favor.

3.5.1 Dano moral e alienação parental

Como já mencionado anteriormente, para que haja responsabilidade civil deve existir o dano, sendo que por dano entende-se toda diminuição ou subtração de um bem jurídico de terceiro, seja esse bem material ou moral.

O dano material é aquele que atinge o patrimônio da vítima, neste caso, a indenização será reparatória, ou seja, visa restabelecer o “*status quo ante*”, devolvendo ao lesado o que lhe foi tirado pelo dano causado.

Já o dano moral fere direitos da personalidade, ou seja, aquele que afeta a moral e a integridade da pessoa, neste caso a indenização será compensatória, ou seja, tenta trazer ao lesado o mínimo de alegria que lhe foi atingida, e também punir o causador do dano para que este não pratique novamente tal conduta.

Partindo desse pressuposto, cumpre dizer que vários doutrinadores vêm se posicionando acerca da reparação civil pelo dano moral, no entanto, necessário se faz diferenciar os dissabores sofridos no cotidiano, aos atos que realmente ensejam uma reparação civil, uma vez que meros aborrecimentos fazem parte do dia-a-dia dos seres humanos.

É o que leciona Carlos Roberto Gonçalves no que configura a reparação civil pelo dano moral:

Deve reputar como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade

exacerbada estão fora da órbita do dano moral. (GONÇALVES, 2014, p. 388-389).

Carlos Roberto Gonçalves expressa ainda que:

O dano moral é que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesa de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra a dignidade, e a intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos arts. 1º, III e 5º, V, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES, 2009, p. 359).

Sendo assim, o dano moral é um ato ilícito que lesa direito da personalidade, ou seja, bens de natureza extrapatrimonial, que causam dor e sofrimento ao lesado, não tendo nenhum tipo de vínculo com o dano material.

Cabe trazer ainda, os ensinamentos de Sílvio de Sávio Venosa, a saber:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atenção é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comenzinha da vida que pode acarretar indenização (...) (VENOSA, 2008, p. 41).

Cumprido ressaltar que aos pais incube o direito de convivência saudável com os filhos, mesmo estando separados. Desta forma, a violação aos direitos constitucionais se estende ao filho alienado, visto que,

muitas vezes, a vontade dos filhos e o melhor interesse do menor é deixado de lado no processo de alienação.

Vale destacar que o dano moral tem natureza compensatória e não reparatória, uma vez que não é possível “reparar” um prejuízo psíquico e moral sofrido pelo genitor e filho alienados. Não há como regressar a situação ao seu estado anterior. Desta forma, tal reparação civil visa compensar a dor, sofrimento e humilhação daquele que teve seus direitos e garantias constitucionais violados.

Como voltar ao passado, e devolver as pernas ao atleta olímpico “atropelado”, brutalmente, por uma lancha guiada com negligência? Compreensivelmente, tais danos não aceitam, pela natureza das coisas, retorno ao estado anterior. Uma lesão à honra por exemplo. (FARIAS, 2014, p. 347).

No mesmo sentido, Paulo Nader discorre que:

Os patrimônios individuais são formados por bens materiais e imateriais. Os primeiros se compõem de riquezas suscetíveis de avaliação pecuniária, enquanto os segundos não comportam tal estimativa, como a vida, a honra, a liberdade. Os prejuízos causados aos bens materiais por *damnum* ou *lucrum cessans* configuram os *danos patrimoniais*, enquanto os afetos aos bens imateriais são os *danos morais*. A indenização por danos morais não visa à reparação, pois não há como a vítima se tornar indene; condena-se com dupla finalidade: a de proporcionar à vítima uma compensação e para se desestimular condutas dessa natureza. (NADER, 2009, p. 81).

Por fim, quando se estuda sobre a Síndrome, vislumbra-se que suas consequências estão ligadas ao íntimo das vítimas, como a angústia, e a depressão, não podendo deixar de citar a humilhação e constrangimento sofridos pelo alienado quando acaba sendo investigado por crime inexistente, portanto, tudo isso acarreta o dano moral, que não só pode como deve ser indenizado.

Nos termos da brilhante lição do ilustre doutrinador Cavalieri Filho:

Nessa linha de princípios, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Dor, vexame, sofrimento e humilhação são conseqüências, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém. (CAVALIERI FILHO, 2014, p.111-112).

Assim, no que tange à alienação parental, o dano moral torna-se ainda mais consistente uma vez que tal prática é considerada uma lesão decorrente de uma conduta ilícita, qual seja, o direito ao exercício da autoridade parental. Nesta seara, quando o genitor não guardião é privado da convivência com seu filho, este tem seus direitos fundamentais violados, quais sejam: direito a honra, a imagem, e a dignidade humana.

Cabe dizer ainda que não há jurisprudência acerca da responsabilização civil do alienante, mas, como já demonstrado aqui, a alienação parental se encaixa tranquilamente nos requisitos necessários para que haja o

dever de indenizar, sendo possível então, o pleiteio da indenização por parte do genitor alienante.

3.5.2 Critérios de quantificação do dano moral

A quantificação é uma problemática no que diz respeito às ações de indenização, devido a sua perplexidade em cada caso concreto.

Apesar do dano moral já ter respaldo tanto na Constituição (BRASIL, 1988) quanto no Código Civil (BRASIL, 2002), não há em nosso ordenamento jurídico qualquer norma que discipline o *quantum* indenizatório para ressarcir os danos morais. Vale dizer ainda, que dano e a quantificação não se confundem.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho:

O dano voltamos a insistir, está vinculado ao fato lesivo, ao ato ilícito, à violação de dever jurídico, e à respectiva lesão causada à bem ou interesse da vítima juridicamente tutelado, enfim, ao *an debeatur*. A quantificação do dano está vinculada à sua efetiva reparação, ao *quantum debeatur*. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 152).

Hodiernamente, existem dois critérios para a fixação do *quantum* indenizatório em ações de reparação por danos morais, a saber: critério da tarifação, pelo qual o *quantum* das indenizações é prefixado; e critério do arbitramento pelo juiz, onde o aplicador do direito estabelece o valor devido de forma livre, no entanto, valendo-se sempre do convencimento motivado.

O critério da tarifação não tem aplicação no sistema jurídico brasileiro pois, o valor do dano é fixado antes mesmo da violação aos direitos da personalidade do

ofendido, sendo adotado então o critério do arbitramento pelo juiz.

Cumpra dizer que ao arbitrar o valor indenizatório o magistrado deverá ater-se aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para que o valor não ultrapasse seus limites configurando em enriquecimento ilícito da vítima.

É o que alude o doutrinador Cavalieri Filho ao dispor que:

Também aqui terá o juiz que se valer da lógica razoável, que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (CAVALIERI FILHO, 2014. p. 155).

Na mesma linha de raciocínio Carlos Roberto Gonçalves dispõe:

Por outro lado, deve o juiz, 'ao fixar o valor, e à falta de critérios objetivos, agir com prudência, atendendo, em cada caso, às suas peculiaridades e à repercussão econômica da indenização, de modo que o

valor da mesma não deve ser nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequeno que se torne inexpressivo'. (GONÇALVES, 2014. p. 408).

Nesta seara, cumpre dizer ainda, que a liquidação do dano moral tem caráter punitivo para o ofensor e compensatório para a vítima.

O caráter punitivo visa reprimir o causador do dano, para que este não volte a praticar o ilícito novamente. Já o caráter compensatório visa de alguma forma, trazer alguma alegria para a vítima do dano.

São os ensinamentos do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves ao dizer que:

O caráter punitivo é puramente reflexo, ou indireto: o causador do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Porém, a finalidade precípua da indenização não é punir o responsável, mas recompor o patrimônio do lesado, no caso do dano material, e servir de compensação, na hipótese de dano moral. O caráter sancionatório permanece ínsito na condenação ao ressarcimento ou à reparação do dano, pois acarreta a redução do patrimônio do lesante. (GONÇALVES, 2014, p. 409- 410).

Deste modo, conclui-se que o valor indenizatório em favor dos ofendidos (pai alienado e filho) ficará a critério do magistrado, analisando sempre a extensão do dano, conforme artigo 944 do Código Civil (BRASIL, 2002), embasando nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo o apresentado, conclui-se então, que quando o genitor alienador se vale de artifícios mentirosos para afastar os filhos do genitor alienado denegrindo sua imagem, imputando até mesmo a prática de abuso sexual, este está diretamente violando direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Logo, constatada a prática da alienação, deverá o magistrado ter certa cautela, devendo através dos laudos periciais e oitiva do Ministério Público, aplicar a medida razoável cabível a cada caso concreto visando sobretudo o melhor interesse do menor.

Decerto, será possível responsabilizar o genitor alienado, de acordo com a gravidade dos atos praticados pelo alienador e as consequências trazidas às vítimas. Esta responsabilização busca coibir e reprimir a prática da alienação parental, prática esta que pode ser extremamente prejudicial para o desenvolvimento psicológico das vítimas, e poderá acarretar sequelas que perdurarão pelo resto de suas vidas.

Cumprido dizer, que o genitor alienado sofre dano moral, seja pela imagem denegrada, seja pela perda do afeto injustificado dos filhos que decorreu da alienação parental.

Com a nova redação constitucional conclui-se que o ordenamento jurídico está cada vez mais preocupado em tutelar as relações sociais, de forma a efetivar o princípio basilar norteador de todo o indivíduo, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana.

A prática da Alienação Parental é bem mais recorrente do que se imagina. Suas diversas maneiras de representação, praticadas independentemente pelo pai ou pela mãe, ou ainda pelos avós maternos ou paternos. Exige-se diante dessa realidade um posicionamento mais

específico do ordenamento jurídico, já que o só fato de estar previsto proteção a família com base no princípio da dignidade da pessoa humana, ou mesmo o direito de guarda, ou melhor interesse do menor se faz insuficiente para solucionar os casos concretos que vem surgindo a cada dia.

Os indivíduos são livres para se relacionar e talvez isso seja um ponto chave da questão já que o simples fato de pensar em si mesmo, na vontade de querer o seu bem e não do outro, faz com que qualquer motivo seja razão de terminar algo ruim e começar algo novo sem se preocupar com as consequências. O relacionamento é uma luta constante, não precisando ser poética para falar sobre isto, basta analisar superficialmente a legislação, vez que a cada relação que envolve dois ou mais indivíduos possuem regulamentação mesmo que não seja a contento.

Desse modo, as pessoas são capazes de muitas coisas para atender seu objetivo e no relacionamento esquecem dos filhos, transformando a vida deles em algo para atender as próprias necessidades do casal, já que a separação foi uma opção dos dois ou de um deles, os filhos serão a chave para reaver ou para dificultar a vida de ambos.

Tudo isso, para dizer que o interesse da criança e do adolescente sempre deve ser observado com prioridade, já que estes dependem de ampla e total proteção, são a semente do futuro e se não tratado desde a raiz não gerará bom fruto. A metáfora corresponde ao fato de que se o filho não tiver bons ensinamentos advindos daqueles que lhes cabem esse papel não serão capazes de ter condições para se sobreviver em sociedade, e assim os danos serão irreparáveis, já que podem chegar a perder o vínculo afetivo com aquele que lhe deu a vida ou lhe amparou por mesquinhez de um de seus responsáveis.

Por fim, o trabalho conjunto do Poder Judiciário e dos profissionais, assistente social e psiquiatra devem ser

árido e dedicado com o fim precípuo de diagnosticar tal problema e apontar meios para solucioná-lo, sem causar tanta dor e sofrimento.

REFERÊNCIAS

BARROS, Gabriela dos Santos. **Análise poliédrica da alienação parental e da síndrome da alienação parental**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12243&revista_caderno=14>. Acesso em: 24 set 2018.

BRAMBILLA, Juliana. **A Responsabilidade Civil na Síndrome da Alienação Parental**. Monografia. Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2692/2471>>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. **Vade Mecum Saraiva**. 17.ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: RT, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental** De acordo com a Lei 12.318-2010 (Lei da Alienação

Parental). 3. Ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**, v.5: direito de família. 19. ed. rev., aum. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: Direito das famílias- 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol.7. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves, et al. **Direito Civil: Responsabilidade Civil** volume III. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2014.

FIGLIOLI, José Osmir **Psicologia Jurídica**. 5. ed.- São Paulo: Atlas, 2014.

FIGLIOLI, César. **Direito Civil**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIGLIOLI, César. **Direito Civil: curso completo**.15.ed. ver. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze, et al. **Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. v. 6. 4.ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil.** 4. ed. v. IV. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** v. 4. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUNDIM, Wagner Wilson Deiró. **A problemática do arbitramento e quantificação do dano moral no sistema jurídico brasileiro.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8356/A-problematica-do-arbitramento-e-quantificacao-do-dano-moral-no-sistema-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 17 set. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: direito de família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família.** Campinas: Bookseller, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: Responsabilidade civil.** vol 7. Rio de janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Euclides. **Os operadores do direito frente às questões da parentalidade.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.20, out/nov, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família.** Volume V. 18.ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Sílvio **Direito Civil: direito de família.** volume. 6. 28. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Denise Maria Perissini. **A nova lei da alienação parental.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9277>. Acesso em: 19 set. 2018.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TRINDADE, Jorge. **Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

VENOSA, Sílvio de Sávio. **Responsabilidade Civil:** São Paulo: Editora Atlas, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil.** 4.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil.** 4.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2004.

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

XAXÁ, Igor Nazarovicz. **A Síndrome de Alienação Parental e o Poder Judiciário**. Monografia. Curso de Direito. Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Paulista. São Paulo, 2008. Disponível em: <https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobresap/Disserta%C3%A7%C3%A3oA_SAP_E_O_PODER_JUDICI.pdf>. Acesso em: 03 set de 2018.

ZIMERMAN, David. et al. **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3. ed. Campinas: Millenium, 2010.

RETIFICAÇÃO DE NOME DE TRANSEXUAL

Isabella Mattar Ramos⁷

RESUMO

Um dos temas que mais criam polêmicas e divergências entre a sociedade é a questão do nome civil. O nome é a própria identidade da pessoa, ou seja, é como se torna conhecido perante a comunidade. É um direito que traz a dignidade da pessoa, sendo que o nome constará nos documentos e registros que levará por toda a vida. Entretanto, por muitos anos o nome tem sido considerado como imutável e absoluto não passível de alterações, salvo raras exceções, e por isso passou prejudicar os direitos das minorias. Esta minoria que é uma comunidade sofrida se trata do transexual. O transexual, apesar de nascer de um sexo (masculino ou feminino), manifesta no decorrer da vida outra ideologia sexual, alterando para o sexo oposto. Melhor dizendo, poderá haver uma redesignação sexual ou feminilização/masculinização. Nestes casos de feminilização/masculinização, a pessoa se transforma no sexo oposto do que nasceu, e neste caso, adota outro nome para que não seja reconhecido com o nome masculino, caso tenha optado pela orientação feminina, ou o nome feminino, caso tenha optado pela orientação masculina. Mas, o problema é que o nome civil continuará o mesmo, e quando algum órgão público, empresa, faculdade etc. pedir o documento de identificação, poderá causar um enorme constrangimento, prejudicando sua imagem, honra e dignidade. Neste caso, importante se torna a figura da retificação do nome civil para transexual. Com efeito, o presente trabalho tem por objetivo analisar se é possível ou

⁷ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Itaúna (UIT).

não realizar esta retificação de nome de transexual, e caso sim, quais os requisitos ou critérios a serem preenchidos. Ademais, será apresentado como os Tribunais pátrios têm decidido a questão, sendo um caso que envolve uma discussão social, onde a vida, a decisão e a liberdade de uma pessoa devem ser mais importante do que a impossibilidade de alteração do nome.

Palavras-chave: Retificação de nome. Transexual. Dignidade. Registro civil.

1 INTRODUÇÃO

O que se analisará no presente trabalho é a difícil questão das pessoas transexuais, que por muito tempo tiveram que conviver com um nome que não faz parte de sua essência, identidade e personalidade. De tal modo, tiveram que sobreviver, muitas das vezes, negando sua identidade civil, em decorrência de constrangimentos perante outras pessoas.

No caso, como não existe lei para a retificação de nome para as pessoas transexuais, o Poder Judiciário tratava de realizar as autorizações, mas, nem sempre era possível em decorrência de entendimentos diversos, como por exemplo, condicionar a retificação com a obrigatoriedade de realização de cirurgia para alteração de sexo.

No entanto, a partir do julgamento do Supremo Tribunal Federal, houve o reconhecimento da retificação de nome às pessoas transexuais, conferindo assim a garantia da dignidade e personalidade, sem, no entanto, a necessidade de cirurgia ou autorização judicial.

É o que será analisado no transcorrer do presente trabalho, onde serão apresentados questões jurídicas e entendimentos doutrinários quanto ao tema proposto.

Para tanto, no primeiro capítulo, será discorrido

sobre os direitos fundamentais da pessoa, que engloba o princípio da pessoa humana, o direito à personalidade e o direito fundamental à identidade de gênero.

Já no segundo capítulo, será analisado sobre o tema da transexualidade, apresentando diferenciações, conceito, história de preconceitos e a exclusão destas pessoas.

Por fim, no terceiro capítulo, será analisado o objetivo principal que é o direito a retificação do nome aos transexuais, apresentando e transcrevendo as decisões judiciais que passaram a garantir tal direito. Inclusive, será analisado como passa a ser o procedimento que deve ser feito pelos cartórios do Brasil, em questão da retificação do nome do transexual.

Assim, o presente trabalho tem a função de apresentar o mais novo direito reconhecido pela Justiça, que é a retificação do nome, garantindo assim a dignidade e a personalidade das pessoas, de acordo com os ditames constitucionais.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA

Antes de analisar sobre o nome civil e sua possível retificação para as pessoas transexuais, deve ser feito um estudo sobre os direitos fundamentais da pessoa.

Os direitos fundamentais da pessoa já nascem com cada um, independente de qualquer outorga, autorização ou previsão legal. Significa que não é necessário constar no ordenamento jurídico sobre os direitos fundamentais, haja vista estar relacionada e vinculada a todos os seres humanos.

Inclusive, a carta da ONU (1948) de 1948 elencou os direitos fundamentais a nível universal, fazendo com que todos os Estados partes respeitem e utilizem em suas normas os princípios inerentes à pessoa humana.

Neste sentido, encontra-se prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948, *online*) os

direitos fundamentais, conforme artigos I a III:

Artigo I

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II

1 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2 - Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo III

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Observe-se que alguns dos direitos fundamentais e que é considerado como princípio universal é o direito à vida, à liberdade e igualdade. São corolários do respeito ao ser humano, onde cada um deve ser tratado de forma digna, respeitando as diferenças e a crença de cada um.

Por isso, pode-se dizer que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) enumera os direitos e garantias fundamentais em seu Título II, tornando expresso sobre os direitos e deveres individuais e coletivos. E além de dispor sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, a Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*), logo em seu artigo 1º, dispõe também como um de seus fundamentos

principais:

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;

Ou seja, a dignidade da pessoa humana se torna um vetor principiológico, de orientação de todos e principalmente do Estado Democrático de Direito, que deve ser respeitadas as diferenças e liberdades de cada um.

Ainda nesta visão, pode-se dizer que o constituinte pátrio, no sentido de alçar o princípio da dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, coadunou-se com a universalização dos direitos humanos, no sentido de que: “[...] o valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico informador do ordenamento jurídico brasileiro” (PIOVESAN, 2003, p. 13); e ainda, juntamente com os direitos fundamentais, conferiu suporte axiológico e ético ao sistema constitucional, sendo que: “[...] ter a dignidade da pessoa humana como fundamento da República significa o reconhecimento de que o indivíduo constitui o limite e o fundamento do domínio político do Estado”. (PIOVESAN, 2003, p. 14).

Nesta esteira, no contexto do constitucionalismo brasileiro, a dignidade da pessoa humana não configura um direito fundamental, mas vige como verdadeiro princípio e valor fundamental ou princípio jurídico-constitucional fundamental. (SARLET, 2000).

Assim, pode-se dizer que dentre os direitos fundamentais da pessoa humana, está a sua dignidade, de modo a constituir toda sua expressão de liberdade,

igualdade e respeito.

E com o escopo de tornar mais nítida a noção do que representam os direitos fundamentais da pessoa tendo como base a Constituição Federal, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 42) argumenta que:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.

Com efeito, conforme dispõe o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*): "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Decorre que, o Estado que se omitir na sua implementação poderá ser condenado à obrigação de fazer, por meio do que se conhece como judicialização das políticas públicas. (SARLET, 2006).

Portanto, os direitos fundamentais englobados em uma contextualização principiológica constitucional possui vínculo estrito a todas as pessoas, caracterizando-se como verdadeiras liberdades parametrizada na dignidade humana. (MORAES, 2005).

Ademais, a Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*) possui um enumerado rol de garantias voltado às pessoas, sendo que seu artigo 5º, *caput*, assim define:

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

Verifica-se que a expressão todos são iguais perante a lei, e que é garantido a todos o direito à vida e à liberdade, encontra-se atrelados ao direito fundamental, devendo o Estado criar formas de fazer cumprir tais garantias. (BRASIL, 1988).

Sem dúvida, quando um casal homossexual, por exemplo, consegue na Justiça direitos de sucessão, previdência, alimentos, dependência etc., é porque está diante da igualdade garantida pela Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Neste aspecto, importante transcrever a jurisprudência que invoca esta garantia constitucional, na qual se atenta aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...] O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º

da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. [...] O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria

Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. [...] Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF. ADI 4277/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Data de julgamento: 05 mai. 2011. Data de publicação: 14 out. 2011). (BRASIL, 2011, *online*).

Respectivo entendimento se relaciona a todas as

pessoas, inclusive aos transexuais, que também possuem como garantia o respeito à vida, à liberdade e a dignidade.

Segundo Paulo Bonavides (2004, p. 16):

[...] as garantias constitucionais podem ser tanto da Constituição (acepção lata), como serem 'garantias dos direitos subjetivos expressos ou outorgados na Carta Magna, portanto, remédios jurisdicionais eficazes para a salvaguarda desses direitos (acepção estrita)'.

Neste passo, o direito à vida, à liberdade e a dignidade tornam-se fator crucial para um Estado Democrático de Direito, pois são essas garantias que asseguram a proteção humana.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana se refere a um dos pilares de um Estado, por se tratar de um direito fundamental dos mais importantes. Destaca-se o fato de que sem a dignidade a pessoa não estará apta a garantir sua ideal sobrevivência, pois, poderá faltar-lhe saúde, alimentação, respeito, educação etc.

Por isso, deve-se criar um liame entre os direitos fundamentais das pessoas com a dignidade, inclusive em favor das minorias que são as mais prejudicadas de seus direitos, dentre eles os transexuais.

E como já mencionado, o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal (BRASIL, 1988) preceitua sobre o direito fundamental da dignidade, e ainda, a norma constitucional estabelece que todos são iguais perante a lei, conforme prescreve o artigo 5º, *caput* e inciso I:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988, *online*).

Aliás, a redação constitucional também proíbe qualquer tipo de discriminação, sendo um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal (BRASIL, 1988, *online*):

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esta proibição de quaisquer formas de discriminação se traduz no princípio da dignidade humana. A discriminação leva a perda dos direitos da pessoa, faltando assim igualdade perante a outra.

Por exemplo, se uma pessoa possui gênero sexual da qual não nasceu, ou possui outra ideologia religiosa, ou ainda é apta a outras formas de sobrevivência, não pode ser discriminada por isso, ao passo que sua liberdade deve ser respeitada, fazendo valer a garantia de que todos são iguais perante a lei, e ainda, todos devem ser respeitados independentemente de qualquer diferenciação.

Aliás, o próprio significado de discriminação é a diferenciação. Conforme define o dicionário:

Discriminação é um substantivo feminino

que significa distinguir ou diferenciar. No entanto, o sentido mais comum desta palavra aborda a discriminação como fenômeno sociológico.

A discriminação acontece quando há uma atitude adversa perante uma característica específica e diferente. Uma pessoa pode ser discriminada por causa da sua raça, do seu gênero, orientação sexual, nacionalidade, religião, situação social, etc.

Uma atitude discriminatória resulta na destruição ou comprometimento dos direitos fundamentais do ser humano, prejudicando um indivíduo no seu contexto social, cultural, político ou econômico. (SIGNIFICADOS, 2018, *online*).

No contexto universal, o artigo VII da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948, *online*) também se refere a proibição de qualquer distinção baseado pela discriminação:

Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Destarte, o princípio da dignidade da humana pessoa se refere, dentre vários outros preceitos, na garantia da pessoa não ser discriminada. De tal forma, Cleber Francisco Alves (2001, p. 11) enfatiza sobre a eficácia normativa autônoma da dignidade da pessoa humana, dizendo que:

[...] esse princípio, como tantos outros princípios fundamentais inscritos na Constituição, não é apenas “fonte de solução jurídica enquanto pressuposto de validade e enquanto elemento de interpretação e integração das normas”, mas podem servir de fonte autônoma de solução jurídica para determinados casos onde, apesar da ausência de regras específicas, se depare com uma situação concreta submetida à decisão judicial que deva se regulada de modo a salvaguardar a proeminência dos valores existenciais da pessoa humana.

Interpretando a citação acima, é forçoso dizer que, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI nº. 4.277-DF (BRASIL, 2009), decidiu de forma a dar uma solução jurídica ao princípio da dignidade da pessoa humana, tratando-a como um verdadeiro direito fundamental.

Contudo, o neoconstitucionalismo leva a um ativismo judicial, indo de encontro a várias questões sociais e de direitos fundamentais, onde ainda não existe uma legislação pronta para amparar o cidadão, e, por isso, determinados casos são levados ao Poder Judiciário para que interprete a Constituição Federal (BRASIL, 1988) de forma a atender os exatos anseios da força normativa.

Em outras palavras, quando o Supremo Tribunal Federal decide algo amparado pela garantia da dignidade humana, se conduz em conformidade ao artigo 1º, inciso III e do artigo 3º, inciso IV, e dos vários incisos contidos no artigo 5º, todos da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sendo que neste último trata-se de cláusula pétrea por ser direito fundamental das pessoas.

Assim, reitera a transcrição da decisão da ADI nº. 4.277-DF (BRASIL, 2009), podendo ser utilizada de forma

analógica para os direitos dos transexuais:

[...] reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais (STF. ADI 4277/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Data de julgamento: 05 mai. 2011. Data de publicação: 14 out. 2011). (BRASIL, 2011, *online*).

Assim, não poderá existir discriminação entre homem ou mulher, e ainda, entre a orientação sexual a ser seguida por qualquer pessoa, fazendo que todos tenham os mesmos direitos e deveres, inclusive nos aspectos da personalidade do Direito Civil.

Pode-se dizer, ademais, nas exatas palavras de Rosana Rostirolla (2015, *online*):

Pode ser afirmado que, com a consagração do Princípio da Dignidade Humana, implica em considerar-se o homem como centro do universo jurídico, reconhecendo este que abrange todos os seres e não apenas indivíduos determinados, de sorte que os efeitos irradiados pela ordem jurídica não hão de manifesta-se, a princípio, de modo diverso ante duas pessoas.

E também, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 46) explica sobre a qualidade intrínseca e distinta de cada ser

humano atrelado a sua dignidade humana:

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

Em arremate, ilustra de forma perfeita ao tema, Alexandre de Morais (2005, p. 16):

Ao Estado cabe o dever de garantir a justiça e direitos de liberdade individual. A dignidade da Pessoa Humana atribui unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerente às personalidades humanas, afastando a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em função da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral intrínseco da pessoa, que se manifesta singularmente na sua autodeterminação consciente e responsável, trazendo consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas, edificando um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, todavia sem menosprezar o merecimento das pessoas enquanto seres humanos.

Desta forma, é certo dizer que qualquer pessoa deve ter sua identidade respeitada, independente de qualquer orientação sexual, ao passo que somente com este respeito e com suas garantias preservadas é que a dignidade da pessoa humana estará preservada.

2.2 Direitos da dignidade humana com relação aos direitos de personalidade e os direitos fundamentais

Os direitos da dignidade humana possui estrita relação com os direitos de personalidade. A personalidade trata-se de um próprio direito fundamental, e isto se pode observar quando a legislação lhe garante o direito ao nome. O nome se traduz como um dos aspectos da personalidade.

Aliás, os direitos da personalidade possuem características especiais, pois se destina a própria proteção humana. Constituem, segundo Carlos Alberto Bittar (1995, p. 11): "[...] direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes".

O Código Civil (BRASIL, 2002) brasileiro, conforme dissertam Anne de Fátima Pedrosa Araújo e Natália Bernadeth Fernandes Rodrigues (2017, *online*), traz três características dos direitos da personalidade:

- a) intransmissibilidade: não podem ser transferidos a alguma outra pessoa;
- b) irrenunciabilidade: não podem ser renunciados, ou seja, ninguém pode dizer que não quer mais fazer uso dos seus direitos;
- c) indisponibilidade : ninguém pode usá-los como bem entender.

Por sua vez, existem outras características de personalidade propostas por outros doutrinadores, na qual são citados por Anne de Fátima Pedrosa Araújo e Natália Bernadeth Fernandes Rodrigues (2017, *online*):

- a) originalidade: são inatos ao ser humano e assegurados desde a formação do nascituro.
- b) extrapatrimonialidade: não podem ser mensurados, atribuídos valores para o comércio jurídico, mas há a autorização de uso de determinados direitos personalíssimos para que o seu titular possa obter algum proveito econômico.
- c) vitalícios: são direitos que permanecem até a morte, há também os que ultrapassam a existência física da pessoa, o post mortem, o direito ao cadáver e as suas partes separadas e o ad eternum , direito moral do autor, direito à imagem, direito à honra.
- d) opinabilidade: são absolutos e devem ser defendidos contra qualquer pessoa devendo ser respeitados pela coletividade e assegurados pelo Estado.
- e) impenhorabilidade: são direitos que não podem ser utilizados para o pagamento de obrigações.
- f) imprescritibilidade: ou seja, não tem “prazo de validade”. Podem e devem ser defendidos em juízo ou fora dele a qualquer tempo.
- g) absolutismo: o caráter absoluto dos direitos da personalidade é consequência de sua opinabilidade

erga omnes. São tão relevantes e necessários que impõem a todos um dever de abstenção, de respeito. Sob outro ângulo, têm caráter geral.

- h) não limitação: é ilimitado o número de direitos da personalidade, malgrado o Código Civil, artigos 11 ao 21, se referindo expressamente apenas a alguns. Reputa-se tal rol meramente exemplificativo, pois não esgota o seu elenco, visto ser impossível imaginar-se um *numerus clausus* nesse campo.
- i) não sujeição a desapropriação: os direitos de personalidade não são suscetíveis de desapropriação, por serem inatos a se ligarem a pessoa humana indistacável.

Por outro lado, pode-se delinear este direito de personalidade com os direitos da dignidade e direitos fundamentais. De tal forma, os termos: “[...] direitos humanos e direitos fundamentais sob o ponto de vista material possuem equivalente conteúdo, pois se referem a um conjunto de normas que objetivam proteger os bens jurídicos mais sensíveis na proteção da dignidade humana [...]”. (SARLET, 2006, p. 35).

Segundo Neudimair Vilela Miranda Carvalho (2017, *online*):

[...] os direitos humanos refere-se aos direitos básicos da pessoa reconhecidos no âmbito dos documentos de Direito Internacional. Assim, humanos seriam os direitos cuja validade desconhece fronteiras nacionais, comunidades éticas, afirmados por fontes de direito internacional.

No Brasil, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) é considerada o marco inicial da abordagem dos direitos humanos, sendo este um elemento básico da construção e consolidação de um Estado Democrático de Direito.

Por isso, sendo um marco dos direitos humanos, abarca juntamente outros direitos, como o da dignidade da pessoa humana e do direito a personalidade. São direitos que não caminham sozinhos, sendo um dependente do outro. Neste sentido, é a lição de Fábio Vieira Figueiredo (2013, *online*), na qual explica sobre a tripartição da personalidade dentro do direito fundamental:

Os direitos da personalidade tutelam a integridade do ser humano. Há, para análise da proteção da personalidade uma tripartição da personalidade nas respectivas: a) integridade física, compreendendo: vida, alimentos, próprio corpo (vivo ou morto), corpo alheio e partes separadas do corpo; b) integridade intelectual, compreendendo: liberdade de pensamento, autoria científica, literária e artística e, por fim; c) integridade moral, compreendendo: honra, segredo profissional, segredo doméstico, direito de autor, identidade familiar, pessoal e social.

E em complemento, continua Fábio Vieira Figueiredo (2013, *online*):

Assim, o direito geral de personalidade encontra, no direito brasileiro, reconhecimento, não só no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), mas com muito vigor, ainda, no art. 12 do CC que traça uma tutela geral aos direitos de personalidade. Isto porque a aferição objetiva da tutela geral do art. 12

do CC depende da inserção e conjunção de outros dispositivos de lei (tais como: o solidarismo constitucional do art. 3º, I da CF), que resultarão na subsunção do fato concreto em dispositivo de efetiva proteção da personalidade do indivíduo. [...] O valor da pessoa humana é traduzido juridicamente pelo princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, assegurando o mínimo respeito ao ser humano dotado de igual dignidade, sendo esse, como já denotado, inclusive, um princípio explícito dentro de nosso ordenamento. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, positivado, funciona como cláusula aberta e respalda, desta feita, o surgimento de novos direitos não expressos na Constituição de 1988, como por exemplo: os direitos humanos, constitucionalizados por via da dignidade da pessoa humana. Os direitos humanos devem ser considerados como a concretização histórica do princípio da dignidade da pessoa humana, que como dito, encontra-se positivado, hoje, na Constituição Federal. O elo entre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e os direitos de personalidade é um vínculo inquebrantável.

Assim, a personalidade de cada um deve ser respeitada, pois se traduz em seu preceito constitucional da dignidade e do direito fundamental. Por isso, quando uma pessoa, utilizando de sua liberdade, decide por outra orientação sexual deverá ser respeitada como pessoa humana e garantida todos os seus direitos, inclusive de sua personalidade, que envolve também seu nome.

2.3 Direito fundamental à identidade de gênero

Embora o tema da identidade de gênero seja novo, possui relação ao direito fundamental. A identidade de gênero possui relevância ao ponto de estar vinculada a igualdade das pessoas, que é um direito fundamental. Esta igualdade se situa no direito de que a pessoa possui de definir sua orientação sexual, dentre eles a opção de ser transexual. (ALVES, 2013).

Como dito alhures, o direito fundamental é inerente a todo ser humano, independente de orientação sexual, sob pena de ofensa a própria dignidade. Para tanto, a partir do momento em que se fala de identidade de gênero, deve-se saber que possui elementos que o caracteriza, dentre eles o sexo, a sexualidade, a identidade e o gênero. (ALVES, 2013).

Em relação ao sexo, é atribuído como sendo homem ou mulher. A pessoa já nasce com um sexo definido, sendo que a partir da vida humana poderá decidir por outra orientação sexual. No caso, o homem poderá ter relações homoafetivas com outro homem, e a mulher poderá ter relações homoafetivas com outra mulher.

Existem, por sua vez, outros fatores, mas que não envolve o sexo propriamente dito, mas sim a sexualidade. Isto porque, no sexo, o casal homoafetivo, por muitas das vezes, guarda sua aparência da mesma forma que nasceu. Ou seja, continua aparentemente sendo homem ou mulher.

Entretanto, isso muda quando a sexualidade entra em questão. Existem pessoas que optam em ter uma orientação sexual distinta do que nasceu, e, além disso, se transforma no próprio sexo oposto. Neste caso, são os transexuais, que transformam sua sexualidade no próprio sexo oposto, de modo à feminizar ou masculinizar.

Nas palavras de Gherpelli citado por Gabriela Barreto Alves (2013, *online*):

[...] uma forma de o indivíduo expressar

seus afetos e de vivenciar suas relações pessoais e interpessoais é a partir de seu papel sexual. A sexualidade englobaria a identidade de gênero, o afeto, as alterações físicas e psicológicas decorrentes do transcorrer da vida, a gravidez, o conhecimento do corpo, doenças sexualmente transmissíveis, transtornos sexuais, entre outros.

Já no que condiz ao gênero, leciona Lia Zanotta Machado (2000, p. 05):

Gênero é uma categoria engendrada para se referir ao caráter fundante da construção cultural das diferenças sexuais, a tal ponto que as definições sociais das diferenças sexuais é que são interpretadas a partir das definições culturais de gênero. Gênero é assim uma categoria classificatória que, em princípio, pode metodologicamente ser o ponto de partida para desvendar as mais diferentes e diversas formas de as sociedades estabelecerem as relações sociais entre os sexos e circunscreverem cosmologicamente a pertinência da classificação de gênero. Este conceito pretende indagar metodologicamente sobre as formas em que a classificação do que se entende por masculino e feminino é pertinente e faz efeito sobre as mais diversas dimensões das diferenças sociedades e culturas.

Por outro lado, quando se tem uma orientação sexual, a identidade de gênero se sustenta em todos os fatores, ou seja, é garantida a pessoa o direito de se casar de forma homoafetiva, ter a dependência do casal homoafetivo, sucessão homoafetiva etc.

Entretanto, um dos pontos que sempre gerou

discussão, principalmente em relação aos transexuais, é a questão do nome e sexo no registro civil. Como diz Gabriela Barreto Alves (2013, *online*):

Anotação do sexo no registro civil é importante, em um sentido amplo, para o bom desenvolvimento da sociedade e de sua organização normativo-jurídica, em virtude da existência de normas dirigidas especificamente a um ou outro sexo, como é o caso do art. 7º da Lei nº. 11.340 – Lei Maria da Penha – que conceitua de forma não-taxativa as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher. O conteúdo civil é também interessante ao próprio registrado, na maioria das vezes, a fim de exercer determinados direitos e obrigações.

Humildes citada por Gabriela Barreto Alves (2013, *online*) questiona sobre o procedimento de anotação do sexo em registro civil, propondo uma reavaliação dos critérios utilizados em razão da ideologia de gênero:

O registro civil impõe-se num lapso de tempo muito curto – poucos dias após o nascimento – com base no sexo biológico, para adquirir status de imutabilidade. A identidade sexual do indivíduo não se estrutura com a mesma rapidez, daí não haver correlação entre o sexo jurídico e o sexo psicossocial, levando-nos a conclusão de que o estado sexual constante do registro civil é uma ficção jurídica. Partindo desse pressuposto é que se deve relativizar a imutabilidade das informações do registro civil. Por que o registro civil é realizado apenas com base no órgão genital, se os avanços científicos mostram que o sexo biológico é, apenas, um dos vários componentes que formam o

sexo de um indivíduo? A importância do sexo psicossocial na formação da identidade sexual do indivíduo impõe uma reavaliação sobre os critérios jurídicos da imutabilidade das informações do registro civil. A construção da identidade sexual do indivíduo cuja ficção jurídica do registro civil não se confirmou perpassa pela nova perspectiva de relativização da indisponibilidade do próprio corpo, em prol da construção de sua identidade sexual.

Na legislação jurídica brasileira não traz a permissão legal de se alterar o nome e o sexo no registro civil, fato este que tem dificultado a vida daqueles que se apoiam na identidade de gênero, em especial os transexuais.

E por conta disso, o próprio direito fundamental da identidade de gênero resta afetado, em razão de que a pessoa não pode ser o que realmente aparenta ser. Conforme lição de Charles Taylor (1997, p. 38):

Falar de direitos humanos universais, naturais, é vincular o respeito pela vida e integridade humanas à noção de autonomia. É conceber as pessoas como colaboradores ativos no estabelecimento e garantia do respeito que lhes é devido. E isso exprime uma característica central de nossa perspectiva moral ocidental moderna. Essa mudança de forma se faz acompanhar, naturalmente, de uma alteração do conteúdo, da concepção do que é respeitar alguém. A autonomia agora é central a isso. Assim, a trindade lokiana dos direitos naturais inclui o direito à liberdade. E, para nós, respeitar a personalidade envolve como elemento crucial respeitar a autonomia moral da pessoa. Com o desenvolvimento da noção

pós-romântica de diferença individual, isso se amplia até a exigência de darmos às pessoas a liberdade de desenvolver a sua personalidade à sua própria maneira, por mais repugnante que seja para nós e mesmo para nosso sentido moral.

Assim, tanto a liberdade quanto a igualdade são atributos dos direitos fundamentais, sendo que a identidade de cada um deve ser respeitada como premissa da própria Constituição Federal (BRASIL, 1988). Inclusive, a identidade humana deve estar condizente a escolha do gênero, se masculina ou feminina, ou mesmo a dualidade, sem que exista qualquer diferenciação ou discriminação. (ALVES, 2013).

Diante disso, a imposição de manutenção de sexo e nome se tornam fatores que não se encontram atrelados aos direitos fundamentais, pois, afetam a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a sua igualdade perante as demais.

3 TRANSEXUALIDADE

Conforme já dito previamente no capítulo anterior, a transexualidade se refere ao gênero da pessoa, que como regra, se transforma no sexo oposto do que nasceu, de modo a feminizar ou masculinizar. (ALVES, 2013).

Nas palavras de Gherpelli citado por Gabriela Barreto Alves (2013, *online*):

[...] uma forma de o indivíduo expressar seus afetos e de vivenciar suas relações pessoais e interpessoais é a partir de seu papel sexual. A sexualidade englobaria a identidade de gênero, o afeto, as alterações físicas e psicológicas decorrentes do transcorrer da vida, a gravidez, o conhecimento do corpo, doenças

sexualmente transmissíveis, transtornos sexuais, entre outros.

Com efeito, quando se fala em transexualidade, significa que a pessoa nasce como homem ou mulher, mas depois, vai descobrindo ser uma pessoa referente ao outro sexo, fazendo crer que se trata do próprio sexo oposto, inclusive, ensejando na alteração de sua identidade e personalidade. (ALVES, 2013).

Não se confundi, por sua vez, o transexual com o travesti ou intersexual. Como explica Rafael Henrique Gonçalves Martines (2009, *online*):

De acordo com a medicina legal o travesti ou o eonismo é um transtorno sexual onde ocorre a alternância entre o masculino e o feminino, a pessoa não tem aversão a sua genitália e com ela até sente prazer. A intersexualidade ocorre quando a pessoa nasce fisicamente entre o sexo masculino e o feminino, tendo parcial ou completamente desenvolvidos ambos os órgãos sexuais, ou um predominando sobre o outro.

Observe-se que no caso do travesti, trata-se de um transtorno sexual, mas que não faz com que a pessoa altere sua personalidade e identidade. Já o intersexual, a pessoa nasce com membros parcialmente ou completamente desenvolvidos do sexo oposto, também não trazendo alteração de sua identidade ou personalidade. (MARTINES, 2009).

Apresentando o conceito de travesti, Adriana Frazin (2014, *online*) diz que é:

[...] uma pessoa que não se identifica com o gênero biológico e se veste e se comporta como pessoas de outro sexo. É

um homem que se veste como mulher, se comporta como mulher e se sente mulher ou o contrário, uma mulher que se veste, comporta e age como se fosse um homem.

E nos ensinamentos de Silvério da Costa Oliveira (2011, p. 16):

[...] a figura do travesti apresenta características distintas das descritas por pesquisadores americanos e europeus, cabe destacar que o travesti masculino, mesmo se submetendo a tratamento hormonal, deixando os cabelos crescerem, realizando cirurgia para a implantação de silicone criando mamas semelhantes à de mulheres, mesmo esteticamente em muito se aproximando do visual feminino, ainda assim, o verdadeiro travesti não nega sua genitália masculina.

Já o conceito de intersexual, conforme explica Sandra Cunha (2015, *online*) onde traduz o artigo de autoria da Sociedade Intersexual Norte Americana:

[...] é o termo comumente usado para designar uma variedade de condições em que uma pessoa nasce com uma anatomia reprodutiva ou sexual que não se encaixa na definição típica de sexo feminino ou masculino. Por exemplo, uma pessoa pode nascer com uma aparência exterior feminina mas com anatomia interior maioritariamente masculina. Ou nascer com genitais que se situam algures entre o feminino e o masculino – por exemplo, uma rapariga pode nascer com um clitóris visivelmente grande ou com ausência de abertura vaginal e um rapaz pode nascer com um pênis anormalmente pequeno ou com um escroto dividido e com formato

mais semelhante a lábios vaginais. Ou ainda, uma pessoa pode nascer com uma variedade genética em que algumas das suas células têm cromossomas XX e outras cromossomas XY.

No que tange ao transexual, conforme explicado por Rafael Henrique Gonçalves Martines (2009, *online*):

[...] a pessoa rejeita sua própria identidade sexual e se identifica psicologicamente com o gênero oposto, havendo uma confusão entre a identidade sexual física (o que a pessoa é) com a identidade sexual psíquica (o que ela pensa ser), ocasionando, através de uma neurose racional obsessivo-compulsiva, o desejo de reversão sexual integral. Os transexuais, diferente dos intersexuais, apresentam correlação entre os órgãos genitais externos com os internos.

Destarte, a diferença principal entre o transexual, o travesti e o intersexual, é que no primeiro caso, existe a rejeição pela identidade, identificando-se pelo sexo oposto, enquanto nos dois outros casos, a pessoa aceita sua identidade, mas apenas determina outra aparência para seu corpo. (MARTINES, 2009).

Nas palavras de Maria Helena Diniz (1998, p. 604):

Transexual: Medicina legal e psicológica forense. 1. Aquele que não aceita o sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto, sendo, portanto, um hermafrodita psíquico. 2. Aquele que apesar de aparentar ter um sexo, apresenta constituição cromossômica do sexo oposto e mediante cirurgia passa para retirada outro sexo. Tal intervenção cirúrgica para a mulher consiste na dos seios,

fechamento da vagina e confecção de pênis artificial, e para o homem, na emasculação e posterior implantação de uma vagina. 3. Para a Associação Paulista de Medicina, é o indivíduo com identificação psicosexual oposta a seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudá-los. Por fim, o sexo jurídico, entendido este como resultante do registro civil do indivíduo. Para a determinação do sexo, os autores ressaltam o conjunto de todos os conceitos mencionados. A busca da unidade é, portanto, o ponto mais importante da identificação sexual de um indivíduo. A identificação entre os diversos fatores caracterizadores da sexualidade é que determinará ser ou não uma situação revestida de normalidade.

O Movimento Social de Pessoas Transexuais e também LGBT citado por Frederico Oliveira (2013, *online*), adota a seguinte definição para o transexual:

Transexual: pessoa com identidade de gênero que se caracteriza por uma afirmativa de identificação, solidamente constituída e confortável nos parâmetros de gênero estabelecidos (masculino ou feminino), independente e soberano aos atributos biológicos sexualmente diferenciados. Esta afirmativa consolidada pode, eventualmente, se transformar em desconforto ou estranheza diante desses atributos, a partir de condições sócio-culturais adversas ao pleno exercício da vivência dessa identidade de gênero constituída. Isto pode se refletir na experiência cotidiana de autoidentificação ao gênero feminino – no caso das mulheres que vivenciam a transexualidade, que apresentam órgão

genitais classificados como masculinos no momento em que nascem –, e ao gênero masculino – no caso de homens que vivenciam a transexualidade, que apresentam órgão genitais classificados como femininos no momento em que nascem. A transexualidade também pode, eventualmente, contribuir para o indivíduo que a vivencia objetivar alterar cirurgicamente seus atributos físicos (inclusive genitais) de nascença para que os mesmos possam ter correspondência estética e funcional à vivencia psico-emocional da sua identidade de gênero constituída.

E para Elimar Szaniawski (1999, p. 49) os transexuais são: “[...] indivíduos que apresentam, ao simples exame ocular, genitais externos do tipo masculino e são portadores de uma psique totalmente ou predominantemente feminina, e vice-versa”.

Nesta esteira, como o transexual rejeita sua identidade, necessariamente utiliza outro nome para se identificar, daí ensejando na confusão e o constrangimento quando precisa apresentar seus documentos civis, como registro civil, certidão de nascimento, carteira de habilitação etc.

Por isso, quando se fala em retificação de nome da pessoa transexual, consiste em trazer sua própria identidade, na qual aceita e considera como tal, sendo que o nome que foi dado quando nasceu não mais lhe identifica. Quando a pessoa é obrigada a utilizar um nome que não condiz com sua aparência, acarreta-lhe em perda de sua personalidade e dignidade.

3.1 Breve histórico

A histórica do transexualismo é uma triste

realidade, porém, nos dias atuais vem evoluindo, embora muita coisa ainda deve ser melhorada na sociedade. Conforme Adrián citado por Jaime Alonso Caravaca Morera e Maria Itayra Padilha (2016, *online*), partindo da exclusão social do transexual:

A exclusão social, como realidade concreta não é um fenômeno recente: pode ser visualizada na trajetória histórica das desigualdades sociais e das populações socialmente subalternizadas. Possui antecedentes claros nas sociedades contemporâneas em forma de necessidades coletivas intensas, durante os séculos XIX e XX. Porém, a exclusão das populações transexuais expressa um panorama de configuração de iniquidade no contexto sociopolítico atual, cuja concepção continua ainda fluida como categoria analítica, difusa, apesar dos estudos existentes e os debates já estabelecidos.

E ainda, segundo Carreteiro citado por Alonso Caravaca Morera e Maria Itayra Padilha (2016, *online*): “Essa reflexão teórica induz a uma organização específica de relações interpessoais e grupais que de alguma forma, concreta ou simbólica, segrega, afasta, discrimina ou priva dos direitos a uma população específica”.

De tal modo, quando se fala em diferença de gênero, considerando os inúmeros preconceitos e exclusão social existentes, se trata de outra opção sexual da que nasceu, sendo que estas pessoas dificilmente conseguem um emprego, opções de lazer, educação etc. (CORREIO BRASILIENSE, 2017).

Como diz Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 223) afirma que: “[...] o transexual não redesignado vive em situação de incerteza, angústia e conflitos o que lhe

dificulta, senão impede de exercer as atividades inerentes aos seres humanos".

Estas angústias e preconceitos são demonstrados pelo site Correio Brasiliense (2017, *online*) ao realizar uma série de reportagens com travestis e transexuais:

Após se perceberem de um gênero diferente do que lhes foi atribuído no nascimento, essas pessoas passam a enfrentar uma verdadeira luta para viverem sua identidade. Além do risco constante de serem vítimas de violência, elas não contam com uma legislação que as proteja, são excluídas do mercado de trabalho, têm enorme dificuldade para acessar serviços de saúde, são hostilizadas e violentadas nas escolas e sofrem, frequentemente, com a incompreensão e a rejeição familiar.

Significa que historicamente o transexual como os demais gêneros e afins, sempre viveram em violência e desprezo, motivo de serem considerados como minoria, devendo o Poder Público também voltar às políticas públicas para estas pessoas.

Em relação aos números de casos de violência, o site Correio Brasiliense (2017, *online*) os apresenta nos últimos oito anos:

O Brasil matou ao menos 868 travestis e transexuais nos últimos oito anos, o que o deixa, disparado, no topo do ranking de países com mais registros de homicídios de pessoas transgêneras. O dado, publicado pela ONG Transgender Europe (TGEu), é assustador, mas não representa novidade para essa parcela quase invisível da sociedade.

Ainda segundo a reportagem divulgada pelo Correio Brasiliense (2017, *online*), a busca por emprego é a tarefa mais difícil para o transexual, motivo que boa parte faz a escolha pela prostituição:

Segundo o Relatório da violência homofóbica no Brasil, a transfobia faz com que travestis e transexuais tenham “como única opção de sobrevivência a prostituição de rua”. Não é mera força de expressão. Estimativa feita pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra) aponta que 90% das pessoas trans recorrem a essa profissão.

No que tange à educação, existem casos de até expulsão em estabelecimentos por questão da transexualidade, fato este divulgado pelo site Correio Brasiliense (2017, *online*):

Estudo da ABLGBT mostra que 25% dos estudantes que não se declaram heterossexuais no Brasil já foram agredidos fisicamente e 55% ouviram comentários negativos a respeito de pessoas trans no ambiente escolar. Dos entrevistados, 45% disseram que já se sentiram inseguros devido à sua identidade/expressão de gênero.

A saúde também tem se mostrado um problema sério, principalmente em relação às doenças sexuais. Sem falar que a cirurgia para adequação sexual são raras no Brasil, sendo que apenas onze cidades realizam o procedimento, conforme demonstra o site Correio Brasiliense (2017, *online*):

Para um universo estimado de 752 mil transexuais no Brasil, há ambulatórios

especializados em apenas 11 cidades. Já as instituições habilitadas pelo Ministério da Saúde para realizar a cirurgia de adequação sexual são quatro, localizadas em Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo.

E se atualmente é tão difícil a vida da pessoa transexual, imagina quando se analisa os tempos passados, onde a pessoa era tratada como se doente fosse. Inclusive, a própria Organização Mundial da Saúde – OMS tratava a transexualidade como doença, sendo que a retirou da lista apenas em junho de 2018. É o que relata o site Guia BH (2018, *online*):

Uma conquista e tanto para a comunidade transexual. A Organização Mundial da Saúde (OMS) retirou, nesta segunda-feira 18, a transexualidade de sua lista de doenças mentais. Em seu site, a agência publicou a nova edição de seu manual de Classificação Internacional de Doenças (CID-11). A transexualidade, chamada de “incongruência de gênero” no manual, passou a ser “condição relativa à saúde sexual”. O novo nome, segundo a revista Fórum, foi uma maneira encontrada pela agência para incentivar a oferta de políticas públicas de saúde para este seguimento.

Assim, o histórico das pessoas transexuais demonstra a série de violência e preconceitos, sendo que a difícil retificação do nome também se mostrou certo preconceito, em razão de que o transexual não podia alterar seu nome no registro civil para ficar de acordo a sua identidade física e pessoal.

3.3 Patologização

O significado de patologização, segundo o Dicionário (2018, *online*) é: “Ato ou efeito de patologizar, de transformar em doença ou anomalia, mesmo que não seja”.

Se relacionado ao transexual, deve-se considerar que o mesmo não é doente e nem possui anomalia, por isso deve ser afastando o entendimento de que o transexual possui alguma patologia.

Segundo o site Medium (2018, *online*):

Se hoje comemoramos a exclusão da homossexualidade do Catálogo Internacional de Doenças (CID) em 1990, infelizmente as identidades trans ainda permanecem na lista das patologias. A Organização Mundial da Saúde (OMS), criada em 1948 pelas Nações Unidas (ONU) é a organização capaz de “dizer o que é ou não doença”. Essa classificação é tão importante porque ela é utilizada pelos países membros da ONU como referência na elaboração de políticas públicas de saúde. O Catálogo já sofreu 10 revisões onde doenças foram excluídas e incluídas, mas infelizmente a transexualidade permanece sendo catalogada na seção F64—Transtornos da identidade sexual. A transexualidade também permanece catalogada como transtorno pelo DSM (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais) da APA (American Psychiatric Association).

Observe-se que o homossexual deixou de ser considerado doença pelo Catálogo Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde – OMS, enquanto o transexualismo permaneceu.

Porém, conforme citação já transcrita no tópico

anterior, somente em junho de 2018 que o transexual deixou de ser considerado doença pelo Catálogo Internacional de Doenças, ficando reconhecendo que não se trata de um caso de Patologização. (GUIA BH, 2018).

Destarte, não se pode conceber que as pessoas transexuais são portadoras de doenças. Como apresenta o site Medium (2018, *online*):

No Brasil, o acesso ao tratamento hormonal, mastectomia e cirurgia de redesignação pode ser feito gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Embora um avanço, movimentos de pessoas trans reivindicam o direito de ter acesso a estes serviços sem a necessidade de serem diagnosticadas como portadoras de Transtorno de Identidade de Gênero (TIG), o que as submete a longos processos terapêuticos muitas vezes caracterizados pelo movimento organizado como invasivos e abusivos. A argumentação defendida por algumas autoridades sustenta que o tratamento gratuito pelo SUS só é possível se a pessoa estiver enquadrada na lista de doenças cobertas pela saúde pública, que por sua vez tem como referência o CID.

Por sua vez, o Sistema Único de Saúde – SUS, por muito das vezes, leva em consideração a patologização (doença ou anomalia) para proceder com tratamento inclusive, para retificação de nome. Daí, desconsiderar a patologização do transexual poderia fazer dificultar a retificação do nome ou realização de tratamentos e cirurgias.

Neste caso, discorre o site Medium (2018, *online*):

Outro dilema enfrentado por pessoas trans é saber que a patologização pode abrir

portas ao SUS e, muitas vezes, facilitar o acesso à retificação de registro civil feita através de processo judicial, uma vez que muitas autoridades judiciárias ainda solicitam laudo psiquiátrico ou psicológico (e algumas vezes de outras áreas profissionais como Serviço Social e Endocrinologia) como “prova” para conceder alteração do nome nos documentos. Mas então, existem alternativas? Se despatologizar, pessoas trans perderão seus direitos? O acesso ao SUS é parte indispensável da efetivação do direito fundamental à saúde assegurado pela Constituição Federal de 1988 no seu Art. 6. O direito ao processo transexualizador, assim como a retificação de registro civil, deve ser reconhecido pelo Estado como um direito humano, sem o qual a dignidade da pessoa trans é gravemente violada. Para nós da Freeda: espaços de diversidade, é possível construir políticas públicas de saúde baseadas em direitos humanos, de modo que a patologia não constitui a única via de acesso: O reconhecimento à identidade de gênero é um direito humano que fala por si mesmo. Iniciativas como do grupo de Porto Alegre G8-Generalizando, em parceria com a ONG Igualdade-RS, o IBRAT e o grupo de pesquisa NUPSEX da UFRGS, através do projeto Direito à identidade: viva seu nome!, demonstram que as alterações de documentos na Justiça podem ser viáveis mesmo sem laudos psiquiátricos. O projeto vem desenvolvendo documentos técnicos produzidos por profissionais do serviço social e da psicologia que caminham contra a lógica patologizante, dando ênfase muito mais à história de vida das pessoas e aos processos violatórios que experimentam ao não terem reconhecidos

seus nomes.

Assim, a questão da patologização não pode ser levada em consideração para impedir o direito fundamental da pessoa, que inclui tratamentos médicos, saúde e retificação de nome, trazendo assim a garantia da dignidade da pessoa humana.

3.4 Estigmatização e exclusão dos transexuais

Quando se fala em estigmatização, quer dizer considerar uma pessoa negativa, doente, fazer julgamentos contrários e censurar. É o que demonstra o Dicionário (2018, *online*) da língua portuguesa:

[...] classificar, acusar, tachar, rotular, infamar, desvirtuar, qualificar, tatuar, timbrar. Condenar moralmente: condenar, criticar, censurar, desaprovar, reprovar, repreender, recriminar, culpar, acoimar, verberar. Marcar com estigma em brasa: 3 marcar, ferrar, ferretear.

Destarte, pode-se dizer que o transexual é estigmatizado pela sociedade, acarretando em sua exclusão social. Nas palavras de Alonso Caravaca Morera e Maria Itayra Padilha (2016, *online*):

[...] considerar as inter-relações específicas entre as estruturas macro e microssociais que convergem para produzir mecanismos de estigmatização dos transexuais, tornando-os mais vulneráveis a agravos à saúde e adjudicando a eles sentidos amorais e socialmente desqualificadores. Esse esquema analítico apresenta-se complementar ao conceito de violência estrutural, que é caracterizada como uma

violência evitável, indireta ou indiretamente relacionada à desigual distribuição do poder na sociedade, configurando, desse modo, sistemas sociais irregulares. Essas estruturas socioeconômicas desiguais compulsoriamente produzem o afastamento do transexual do gozo dos seus direitos.

Alonso Caravaca Morera e Maria Itayra Padilha (2016, *online*) ainda apresentam características que ocorrem com o transexual a partir de sua estigmatização:

[...] a associação deste complexo grupo de atitudes contra a população que foge da inteligibilidade dos sexos, corpos, gêneros e sexualidades, ocorre através do denominado processo de estigmatização (stigmatization process) que basicamente supõe um conjunto de passos mais ou menos sucessivos: a) a distinção do estigmatizado (a pessoa trans) e a identificação de uma determinada diferença ou marca que afeta ao grupo (neste caso seria a correspondência não linear entre a estética genital e a identidade de gênero artificialmente imposta); b) a associação de características negativas à população trans, em função de crenças heterocisnormativas/patriarcais e culturais prevalentes; c) a categorização como um grupo aparte e diferente (eles versus nós); d) as repercussões emocionais bilaterais nas pessoas que estigmatizam (ódio, incompreensão, medo, irritabilidade, ansiedade) e nos transexuais estigmatizados (medo, ansiedade, tristeza, vergonha); e) a perda de status e discriminação que afeta consequentemente à pessoa trans e seu grupo; f) a existência

de fatores ou dimensões estruturais relacionadas com as assimetrias do poder patriarcal, sem as quais o processo não funcionaria, ou pelo menos não com a mesma intensidade nem com as mesmas condições para as pessoas transexuais prejudicadas.

Assim, praticar a estigmatização é também praticar o preconceito, ajudando a prejudicar as diferenças humanas, de modo a considerar o outro menos importante e doente, causando na vítima *status* de depressão, ódio, medo e irritação. (MORERA; PADILHA, 2016).

Ademais, considerar a pessoa estigmatizada é simplesmente ignorar seus direitos fundamentais, principalmente de sua dignidade humana, que é garantida a todos e deve ser preservada em todas as suas circunstâncias.

Por este motivo, houve decisão do Supremo Tribunal Federal partindo do entendimento de que é direito do transexual a retificação de seu nome civil, de modo a trazer sua dignidade e garantir sua saúde e igualdade perante outras pessoas, conforme passa a analisar no capítulo a seguir.

4 O DIREITO A RETIFICAÇÃO DO NOME AOS TRANSEXUAIS

O direito a retificação do nome aos transexuais sempre foi caso de muita discussão, principalmente quando existem casos históricos de exclusão social e estigmatização.

Frisa-se que o nome é algo essencial para as pessoas, tanto que é considerado a própria dignidade, fator central da personalidade humana.

Conforme publicado pelo Superior Tribunal de Justiça (2014, *online*): “Ao proteger o nome, o CC de 2002

nada mais fez do que concretizar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal”.

Deste modo, é realidade que o Poder Judiciário deve enfrentar tal tema, considerando que a dignidade humana é intrínseca ao ser humano, ou seja, faz parte da própria essência humana, e como o direito ao nome é o mesmo que ser reconhecido sua personalidade e dignidade, deve ser compreendido como direito fundamental, inclusive para os transexuais.

Importante pontuar que no Brasil não existe legislação para a retificação de nome voltado aos transexuais, sendo que o Poder Judiciário deve interpretar e garantir tal direito. Inclusive, conforme demonstra o site do Superior Tribunal de Justiça (2014, *online*):

Alguns juízes permitem a mudança do prenome do indivíduo, com fundamento nos princípios da intimidade e privacidade, para evitar principalmente o constrangimento à pessoa. Outras decisões, por sua vez, não acatam o pedido, negando-o em sua totalidade, com base estritamente no critério biológico. Há também decisões que, além da alteração do prenome, determinam que a mesma seja feita com a ressalva da condição transexual do indivíduo, não alterando o sexo presente no registro. Finalmente, há decisões que não só permitem a mudança do prenome como a do sexo no registro civil.

Desta feita, como as decisões de juízes ficavam conflitantes entre si, causando direitos para uns e limitação para outros, o Supremo Tribunal Federal julgou o caso e garantiu às pessoas transexuais a retificação do nome, conforme pode ser verificado no tópico a seguir.

4.1 O julgamento do Supremo Tribunal Federal

Antes de mencionar o julgamento do Supremo Tribunal Federal, importante pontuar que o nome paira de uma proteção legal, motivo de estar presente no Código Civil (BRASIL, 2002, *online*), no capítulo Dos Direitos da Personalidade, dispondo assim seus artigos 16 a 19:

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

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Destarte, o nome é algo essencial ao ser humano, na qual é protegido e garantido pela lei. É através do Cartório de Registro Civil que será assentado o nome na certidão de nascimento da pessoa, sendo regulado pela Lei nº. 6.015/73 (BRASIL, 1973).

Ilustrando o tema, transcreve-se o artigo 55, § 4º da Lei nº. 6.015/73 (BRASIL, 1973, *online*): “O assento do nascimento deverá conter: [...] 4º o nome e o prenome, que forem postos à criança”.

Em relação à alteração do nome, os artigos 57 e 58 da Lei nº. 6.015/73 (BRASIL, 1973, *online*) assim dispõem:

Art. 57. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil,

poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Art. 58. Qualquer alteração posterior de nome só por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do Juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa.

Embora o artigo 57 autorize a alteração do nome, considera ser pelo de mesmo sexo, ou seja, nome feminino ou nome masculino, considerando o sexo que a pessoa nasceu, e não por nome referente ao sexo oposto de nascimento.

Destá feita, somente poderá ser alterado o nome para de sexo oposto quando autorizado pelo juiz, para depois ser averbado no registro de nascimento, conforme artigo 29, § 1º, inciso VI da (BRASIL, 1973, *online*):

Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais:

[...]

§ 1º Serão averbados:

[...]

VI - as alterações ou abreviaturas de nomes.

De toda forma, o nome é algo essencial e fundamental da pessoa, tanto que é regulado pelas leis acima citadas, e ainda, considerado como a própria dignidade da pessoa humana. Neste sentido, discorre Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 211):

O nome é uma forma de individualização do ser humano na sociedade, mesmo após

a morte. Sua utilidade é tão notória que há a exigência para que sejam atribuídos nomes a firmas, navios, aeronaves, ruas, praças, acidentes geográficos, cidades etc. O nome, afinal, é o substantivo que distingue as coisas que nos cercam, e o nome da pessoa a distingue das demais, juntamente com outros atributos da personalidade dentro da sociedade. É pelo nome que a pessoa fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive. Trata-se da manifestação mais expressiva da personalidade.

Com efeito, antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, tribunais entendiam que poderia ocorrer a retificação de nome do transexual desde que tivesse sido submetido à cirurgia de mudança de sexo. Neste passo, transcreve-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

REGISTRO CIVIL. Transexual que se submeteu a cirurgia de mudança de sexo, postulando retificação de seu assentamento de nascimento (prenome e sexo). Adequação do registro à aparência do registrando que se impõe. Correção que evitará repetição dos inúmeros constrangimentos suportados pelo recorrente, além de contribuir para superar a perplexidade do meio social causado pelo registro atual. Precedentes do TJ/RJ. Inexistência de insegurança jurídica, pois o apelante manterá o mesmo número do CPF. Recurso provido para determinar a alteração do prenome do autor, bem com a retificação para o sexo feminino. (TJSP. Apelação Cível nº. 2005.001.17926. Órgão Julgador: 18ª Câmara Cível. Relator Desembargador Nascimento Povoas Vaz. Data de julgamento: 22 nov.

2005). (SÃO PAULO, 2005, *online*).

Por sua vez, a partir da nova interpretação constitucional, que se fundamenta pela dignidade da pessoa humana, a cirurgia não é mais condição para que o transexual altere seu nome. Neste sentido, cita-se as recentes jurisprudências do Tribunal de Justiça de São Paulo:

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – Autor transexual que requer a alteração de seu nome e identificação do sexo no registro civil, para que passem, ambos os dados, a se conformar com o gênero com o qual se identifica – Sentença de improcedência, em razão do autor não ter se submetido à cirurgia de transgenitalização – Pretensão que não está condicionada à realização do procedimento cirúrgico – Posicionamento atual do STJ – Laudo psicológico que prova disforia de gênero – Documentos que demonstram o reconhecimento social da autora pelo gênero feminino – Alteração do nome e sexo que é corolário do reconhecimento de situação psicofísica do interessado, mais que consolidada, e que, pelas certidões juntadas, não causará prejuízo ao Estado e a terceiros – Primazia do princípio da dignidade humana – Alterações pretendidas no registro civil que se impõem – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF – Provimento da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo nº 16/2018 – Recurso provido. (TJSP. Apelação Cível nº. 0003213-98.2015.8.26.0483. Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado. Relatora Desembargadora Maria Salete Corrêa Dias. Data de julgamento: 14 set. 2018. Data de publicação: 20 set. 2018).

(SÃO PAULO, 2005, *online*).
RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – Autora transexual que requer a alteração de seu nome e identificação do sexo no registro civil, para que passem, ambos os dados, a se conformar com o gênero com o qual se identifica – Sentença de improcedência, em razão da autora não ter se submetido à cirurgia de transgenitalização Insurgência da autora – Cabimento – Pretensão que não está condicionada à realização do procedimento cirúrgico – Posicionamento do STJ – Laudos psiquiátrico e psicológico que provam a disforia de gênero – Documentos que demonstram o reconhecimento social da autora pelo gênero masculino – Afastamento da pretensão que resultaria em consolidação da exposição da autora ao ridículo, além de implicar em consolidação jurídica de discriminação – Alteração do nome e sexo que é corolário do reconhecimento de situação psico-física da interessada, mais que consolidada, e que, pelas certidões juntadas, não causará prejuízo ao Estado e a terceiros – Primazia do princípio da dignidade humana – Alterações pretendidas no registro civil que se impõem– RECURSO PROVIDO. (TJSP. Apelação Cível nº. 1021836-35.2016.8.26.0007. Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Miguel Brandi. Data de julgamento: 31 jan. 2018. Data de publicação: 31 jan. 2018. (SÃO PAULO, 2005, *online*).

Assim, as decisões passam a estar em conformidade a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.275/DF (BRASIL, 2018), julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que assim decidiu:

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018. (STF. ADI nº. 4.275/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 01 mar.2018. Data de publicação: 09 mar. 2018). (BRASIL, 2018, *online*).

Sobre os votos que resultaram na decisão acima, o site do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2018, *online*) assim resume:

Todos os ministros da Corte reconheceram o direito, e a maioria entendeu que, para a alteração, não é necessária autorização judicial. Votaram nesse sentido os ministros Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e a presidente da Corte, Cármen Lúcia. Ficaram vencidos, nesse ponto, o ministro Marco Aurélio (relator), que considerou necessário procedimento de jurisdição voluntária (em que não há litígio) e, em menor extensão, os ministros

Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que exigiam autorização judicial para a alteração. [...] O ministro Ricardo Lewandowski concordou com o posicionamento do relator, ministro Marco Aurélio. Ele também se ateve ao vocábulo “transsexual”, contido na petição inicial, sem ampliar a decisão aos transgêneros. Lewandowski considerou que deve ser exigida a manifestação do Poder Judiciário para fazer alteração nos assentos cartorários. De acordo com ele, cabe ao julgador, “à luz do caso concreto e vedada qualquer forma de abordagem patologizante da questão”, verificar se estão preenchidos os requisitos da mudança, valendo-se, por exemplo, de depoimentos de testemunhas que conheçam a pessoa e possam falar sobre a autoidentificação ou, ainda, declarações de psicólogos e médicos. No entanto, eliminou toda e qualquer exigência temporal ou realização de perícias por profissionais. “A pessoa poderá se dirigir ao juízo e, mediante qualquer meio de prova, pleitear a alteração do seu registro”. No início de seu voto, o ministro Celso de Mello afirmou que, com este julgamento, o Brasil dá mais um passo significativo contra a discriminação e o tratamento excludente que tem marginalizado grupos, como a comunidade dos transgêneros. “É imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de direito fundada em uma nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas em ordem a viabilizar, até mesmo como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva”, salientou,

acrescentando que o regime democrático não admite opressão da minoria por grupos majoritários. O decano da Corte avaliou que a questão da prévia autorização judicial encontra solução na própria lei dos registros públicos, uma vez que, se surgir situação objetiva que possa eventualmente caracterizar prática fraudulenta ou abusiva, caberá ao oficial do registro civil das pessoas naturais a instauração do processo administrativo de dúvida. O ministro Gilmar Mendes se aliou ao voto do ministro Alexandre de Moraes para reconhecer os direitos dos transgêneros de alterarem o registro civil desde que haja ordem judicial e que essa alteração seja averbada à margem no seu assentamento de nascimento, resguardado o sigilo quanto à modificação. “Com base nos princípios da igualdade, da liberdade, da não discriminação por razão de orientação sexual ou identificação de gênero, esta Corte tem dever de proteção às minorias discriminadas”, destacou.

A presidente do Supremo, ministra Cármen Lúcia, considerou que o julgamento “marca mais um passo na caminhada pela efetivação material do princípio da igualdade, no sentido da não discriminação e do não preconceito”. Ela baseou seu voto no direito à honra, à imagem, à vida privada, nos princípios constitucionais da igualdade material, da liberdade, da dignidade e no direito de ser diferente, entre outros. “Cada ser humano é único, mas os padrões se impõem”, afirmou. “O Estado há que registrar o que a pessoa é, e não o que acha que cada um de nós deveria ser, segundo a sua conveniência”.

A ministra julgou procedente a ação para

dar à lei dos registros interpretação conforme a Constituição Federal e pactos internacionais que tratam dos direitos fundamentais, a fim de reconhecer aos transgêneros que desejarem o direito à alteração de nome e gênero no assento de registro civil, independentemente da cirurgia. Para ela, são desnecessários a autorização judicial e os requisitos propostos.

Assim, o direito do transexual passa a ser extensivo de acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal, que utilizou da primazia do princípio da dignidade da pessoa humana para garantir a retificação do nome.

Pertinente, pois, as palavras da Desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo, Maria Salete Corrêa Dias:

O transexualismo é a identificação psicológica do indivíduo com o gênero oposto àquele correspondente a suas genitais biológicas e às atribuições sociais e culturais que lhes são imputadas. Não se trata, portanto, de haver conformidade morfológica com o gênero oposto ao seu, mas, essencialmente, de haver identidade psicológica com este, porquanto é a partir dessa identificação que o indivíduo se reconhece e atua no mundo. Nessa esteira, transexual não é apenas o indivíduo que se submeteu à cirurgia de transgenitalização, mas aquele que, apesar desse procedimento, se identifica como pessoa do gênero oposto ao que civilmente a identifica e assim se orienta na vida. Dessa forma, é claro que para o transexual importa que o nome e a identificação de sexo, constantes em seu registro civil e demais documentos, sejam coerentes com sua identidade psicológica e aparência

física externa. É por meio desses documentos que se apresenta oficialmente para o mundo e esta pretensão é apenas o pedido de que lhe sejam concretizados os direitos fundamentais da personalidade, a todos garantidos pelo nosso ordenamento jurídico. Esta conformidade de informações, de outro lado, evita situações vexatórias e constrangedoras, em seu dia a dia, nas quais acaba sendo identificado, publicamente ou perante terceiros estranhos a si, como pessoa de gênero diferente do que aparenta ser. Ora, condicionar o adequado reconhecimento social do transexual à prévia realização de cirurgia e impedir que este passe por situações de humilhação, também sob essa condição, constitui postura que se distancia da valorização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental à igualdade e, ainda, do direito à busca da felicidade. E a função do Poder Judiciário é justamente promover esses princípios-valores no exercício das funções para o qual foi criado, não o contrário. (TJSP. Apelação Cível nº. 0003213-98.2015.8.26.0483. Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado. Relatora Desembargadora Maria Salete Corrêa Dias. Data de julgamento: 14 set. 2018. Data de publicação: 20 set. 2018). (SÃO PAULO, 2005, *online*).

Portanto, a partir deste reconhecimento, se torna mais fácil ao transexual alterar o nome, podendo retificá-lo perante o Cartório de Registro Civil, dando-lhe assim dignidade e adentrando em seu aspecto pessoal, consagrando sua personalidade e direito ao nome.

4.2 O que muda na prática pessoas trans

Na prática, não será mais necessário permissão judicial para a alteração do nome do transexual. Por isso, o artigo 58 da Lei nº. 6.015/73 (BRASIL, 1973, *online*) que diz: “Qualquer alteração posterior de nome só por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do Juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa”, não será mais aplicado em razão da desnecessidade de autorização judicial.

Porém, conforme ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio: “[...] se surgir situação objetiva que possa eventualmente caracterizar prática fraudulenta ou abusiva, caberá ao oficial do registro civil das pessoas naturais a instauração do processo administrativo de dúvida”. (BRASIL, 2018, *online*).

Assim, cabe ao oficial de registro analisar o procedimento para retificação de nome caso a caso, e caso venha a suscitar alguma dúvida, aí sim instaura processo administrativo, onde o Ministério Público atuará, podendo o juiz autorizar ou não a retificação do nome.

4.3 O futuro do registro civil para pessoas trans

O futuro que se demonstra com a permissão de alteração do nome no registro civil para pessoas trans é justamente dar-lhe maiores garantias de sua personalidade, identidade e, sobretudo, sua dignidade.

Assim, conforme elucida Érica Barbosa Schmidt (2014, *online*):

Um verdadeiro Estado Democrático de Direito respeita e cumpre todos os direitos que são inerentes aos cidadãos. Os indivíduos transexuais, apenas querem ver

os seus direitos respeitados, inclusive o direito de poder ter uma nova identidade sexual, qual seja do masculino para o feminino, ou vice-versa.

E conforme palavras da pesquisadora e psicóloga Jaqueline Gomes de Jesus (2018, *online*):

[...] a decisão do STF é um marco significativo, não só para a luta da população tras em termos de cidadania, mas também para uma democracia de fato. A partir de agora, nós temos reconhecida, no meu entendimento, um início relevante em termos legais, jurídicos, da cidadania da população trans à identidade, que se substancia nesse direito à retificação do registro civil, ou seja, a adequação do nome e do sexo ao gênero no qual a pessoa se identifica. [...] A vitória é fruto de uma luta antiga da militância trans, muitas vezes submetida à violência. Essa é uma vitória de uma luta histórica, principalmente daquelas travestis que forma assisadas, que forma violentadas, que não tiveram direito nem acesso à saúde, renda, educação, nome, que resistiram e criaram uma riquíssima cultura que tantas vezes é apropriada, tirada o nome de cultura trans e colocados outros nomes, sem o reconhecimento da contribuição dessas pessoas.

Assim, não paira dúvidas que a decisão apresenta um futuro aos transexuais de mais dignidade e direitos, enquanto os cartórios devem se adaptar para garantir a retificação do nome, constando assim o direito ao nome no registro de nascimento, e conseqüentemente, nos demais documentos de identificação da pessoa.

5 CONCLUSÃO

Chegando ao fim deste trabalho, verifica-se que a retificação do nome do transexual se tornou uma conquista histórica, que é marcada de preconceito, discriminação, violência etc.

O nome é algo essencial ao ser humano, tanto que se encontra disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, antes somente poderia alterar o registro de nascimento com autorização do juiz.

A partir do julgamento do Supremo Tribunal Federal, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº. 4.275 (BRASIL, 2018), o direito a retificação de nome passou a ser reconhecido juridicamente, sem a necessidade de autorização judicial, e também, sem a necessidade de realização de cirurgia.

Sem dúvida, a decisão do Supremo Tribunal Federal faz valer a primazia da dignidade da pessoa humana, sendo que os transexuais devem ser iguais a todas as outras pessoas, sem importar seu gênero e/ou opção sexual.

Assim, como analisado no presente trabalho, não poderá existir discriminação entre homem ou mulher, e ainda, entre a orientação sexual a ser seguida por qualquer pessoa, fazendo que todos tenham os mesmos direitos e deveres, inclusive nos aspectos da personalidade do Direito Civil, podendo ser requerido junto ao Cartório de Registro Civil a retificação do nome.

Deste modo, passou a se tornar realidade o Poder Judiciário enfrentar os temas que envolvem a dignidade da pessoa humana, considerando que a dignidade é intrínseca ao ser humano, ou seja, faz parte da própria essência humana, e como o direito ao nome é o mesmo que ser reconhecida sua personalidade e dignidade, deve ser compreendido como direito fundamental, inclusive para os transexuais.

E, mesmo que ainda não exista no Brasil legislação para a retificação de nome voltado aos transexuais, o Poder Judiciário interpretou e garantiu tal direito, de igual forma com o que fez com o reconhecimento de direitos e deveres da união homoafetiva.

Portanto, trata-se de mais uma vitória destas pessoas, que são reconhecidas pelas minorias, em razão dos inúmeros preconceitos que sofrem na história da humanidade. Assim, basta que todos reconheçam tal direito, para que no futuro possa se fazer maiores justiça aos transexuais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro, 2001.

ALVES, Gabriela Barreto. Transexualidade e Direitos Fundamentais: o Direito à identidade de gênero. In: **UEPB**, 2013. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5905/1/PDF%20-%20Gabriela%20Barreto%20Alves.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

ARAÚJO, Anne de Fátima Pedrosa; RODRIGUES, Natália Bernadeth Fernandes. Direitos de personalidade. In: **Jus**, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55019/direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Palácio do Planalto**, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº. 6.015/73, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. In: **Palácio do Planalto**, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. O direito dos indivíduos transexuais de alterar o seu registro civil. In: **STJ**, 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/154275355/o-direito-dos-individuos-transexuais-de-alterar-o-seu-registro-civil>>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. In: **STF**, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUMER%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bftpsyu>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº. 4.275/DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco

Aurélio. In: **STF**, 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo. In: **STF**, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>>. Acesso em: 02 out. 2018.

CARVALHO, Neudimair Vilela Miranda Carvalho. Diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. In: **Jus**, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59616/diferenca-entre-direitos-humanos-e-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

CORREIO BRASILIENSE. Transexuais no Brasil: uma luta por identidade. In: **Correio Brasiliense**, 2017. Disponível em: <<http://especiais.correiobraziliense.com.br/luta-por-identidade>>. Acesso em: 24 set. 2018.

CUNHA, Sandra. LGBTI: O que é intersexo? In: **Esquerda.net**, 2015. Disponível em: <<https://www.esquerda.net/artigo/lgbti-o-que-e-intersexo/37566>>. Acesso em: 23 set. 2018.

DICIONÁRIO. Estigmatização. In: **Dicionário**, 2018. Disponível em: <<https://www.sinonimos.com.br/estigmatizar/>>. Acesso em: 29 set. 2018.

DICIONÁRIO. Patologização. In: **Dicionário**, 2018. Disponível em: <<https://www.dicionarioinformal.com.br/significado/patol>>

ogiza%C3%A7%C3%A3o/26764/>. Acesso em: 29 set. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Transexual, in Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. Direitos da personalidade e o respeito à dignidade da pessoa humana. In: **Jus Brasil**, 2013. Disponível em: <<https://fabiovieirafigueiredo.jusbrasil.com.br/artigos/112327969/direitos-da-personalidade-e-o-respeito-a-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

FRANZIN, Adriana. O que é ser travesti ou transexual? In: **EBC**, 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/infantil/voce-sabia/2014/01/o-que-e-ser-travesti-ou-transexual>>. Acesso em: 23 set. 2018.

GUIA BH. Histórico: transexualidade deixa de ser doença, decide OMS. In: **Guia BH**, 2018. Disponível em: <<http://www.guiagaybh.com.br/noticias/cidadania/historico-o-transexualidade-deixa-de-ser-doenca-decide-oms>>. Acesso em: 24 set. 2018.

JESUS, Jaqueline Gomes de. Por que alteração de nome sem cirurgia é conquista para transgêneros. In: **Ponte**, 2018. Disponível em: <<https://ponte.org/por-que-alteracao-de-nome-sem-cirurgia-e-conquista-para-trans-e-travestis/>>. Acesso em: 03 out. 2018.

MACHADO, Lia Zanotta. **Perspectivas em Confronto: Relações de Gênero ou Patriarcado Contemporâneo**. Brasília: Série Antropológica, 2000.

MARTINES, Rafael Henrique Gonçalves. Transexualismo. In: **Direito Net**, 2009. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6669/Transexualismo>>. Acesso em: 23 set. 2018.

MEDIUM. Por que é fundamental acabar com a patologização das identidades trans. In: **Medium**, 2018. Disponível em: <<https://medium.com/@freedalgbt/porque-%C3%A9-fundamental-acabar-com-a-patologiza%C3%A7%C3%A3o-das-identidades-trans-8fcf6a7b27a2>>. Acesso em: 29 set. 2018.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

MORERA, Alonso Caravaca; PADILHA, Maria Itayra. Transexualidades: os rostos do estigma e da exclusão social. In: **Em Tese**, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/1806-5023.2016v13n1p120/32148>>. Acesso em: 29 set. 2018.

OLIVEIRA, Frederico. O universo trans e a questão da identidade de gênero. In: **Direito e Diversidade Sexual**, 2013. Disponível em: <<http://direitoediversidadesexual.blogspot.com/2013/04/o-universo-trans-e-questao-da.html>>. Acesso em: 23 set. 2018.

OLIVEIRA, Silvério da Costa. **O psicólogo clínico e o problema da transexualidade**. Rio de Janeiro: Faculdade de Ciências Médicas e Paramédicas Fluminense, 2001.

ONU. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: **ONU**, 1948. Disponível em:

<<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Trabalho**. São Paulo: AMATRA II, 2003.

ROSTIROLLA, Rossana. A adoção em famílias homoafetivas. In: **Jus**, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36967/a-adocao-em-familias-homoafetivas/1>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº. 0003213-98.2015.8.26.0483. Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado. Relatora Desembargadora Maria Salete Corrêa Dias. In: **TJSP**, 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 02 out. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº. 1021836-35.2016.8.26.0007. Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Miguel Brandi. In: **TJSP**, 2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 02 out. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº. 2005.001.17926. Órgão Julgador: 18ª Câmara Cível. Relator Desembargador Nascimento Povoas Vaz. In: **TJSP**, 2005. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 02 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Érica Barbosa. Transexuais e a alteração do nome e do sexo no registro civil. In: **UTP**, 2014. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2014/08/TRANSEXUALS-E-A-ALTERACAO-DO-NOME-E-DO-SEXO-NOREGISTRO-CIVIL.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2018.

SIGNIFICADOS. Significado de Discriminação. In: **Significados**, 2018. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/discriminacao/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TAYLOR, Charles. **A construção da identidade moderna**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyala, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ISBN: 978-85-434-1584-0

