

Livia Copelli Copatti (Org.)

Direito das Famílias

reflexões acadêmicas

IMED
Inspira quem transforma





As transformações sociais que vêm ocorrendo ao longo dos Séculos têm impactado fortemente as famílias. Há, claramente, mudanças de valores e a passagem de um contexto puramente sanguíneo para a valorização da afetividade entre as pessoas. A presente obra é fruto de trabalhos elaborados por alunos do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED, na disciplina de Direito Civil, tendo como objetivo valorizar a produção acadêmica e disseminar o conhecimento na área do Direito das Famílias e suas correlações com a Psicologia, a Medicina, o Biodireito, a Tecnologia e o Direito das Crianças e Adolescentes. Os textos produzidos pelos alunos envolvem diferentes temáticas como: a família multiespécie; a responsabilidade civil por abandono afetivo; a prática do sexting e a responsabilidade dos pais; a possibilidade ou não da estabilidade de emprego para a doadora temporária de útero; a adoção homoafetiva na perspectiva dos Tribunais; aspectos sobre a educação domiciliar; a análise sobre a adoção tardia de crianças e adolescentes; a prática da alienação parental contra crianças e adolescentes; o reconhecimento de paternidade e os aspectos sucessórios; a violência doméstica e; por fim, o abandono afetivo praticado contra o idoso.



Direito das Famílias



Inspira quem transforma

COMITÊ EDITORIAL

Prof^ª. Dr^ª. Cecília Maria Pinto Pires

Prof. Dr. Fausto Santos de Morais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Prof. Dr. Jacopo Paffarini

Prof^ª. Dr^ª. Jaqueline Mielke Silva

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Prof^ª. Dr^ª. Leilane Serratine Grubba

Prof^ª. Dr^ª. Marília de Nardin Budó

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen

Prof. Dr. Neuro José Zambam

Prof^ª. Dr^ª. Salete Oro Boff

Prof. Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Prof. Dr. Vinícius Borges Fortes

Prof. Dr. Mher Arshakyan

Direito das Famílias:

Reflexões acadêmicas

Organizadora:
Livia Copelli Copatti

φ editora fi

Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

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



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



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

COPATTI, Livia Copelli (Org.)

Direito das Famílias: reflexões acadêmicas [recurso eletrônico] / Livia Copelli Copatti (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

219 p.

ISBN - 978-85-5696-401-4

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

1. Direito civil; 2. Direito da família; 3. Reflexões; 4. Alienação parental; 5. Responsabilidade civil; I. Título

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	9
Livia Copelli Copatti	
1	11
Quem fica com o pet? Uma análise acerca do reconhecimento da família multiespécie no Brasil	
Bruna Bassi Vedana	
2	35
Responsabilização civil pelo abandono afetivo: a decisão paradigmática do recurso especial 1.159.242/SP	
Carina Lopes de Souza; Bárbara de Costa	
3	55
Aspectos referentes à síndrome da alienação parental e sua influência na vida da criança	
Daniela Dal Savio de Souza; Josiane Nunes	
4	69
O uso do poder familiar como meio de prevenir o sexting entre crianças e adolescentes	
Amanda Brum Porto; Maria Alice Lodi	
5	83
(Im) possibilidade de estabilidade gestante da doadora voluntária de útero	
Carlos Eduardo Oliveira de Almeida; Wagner dos Santos	
6	101
Reconhecimento de paternidade e os direitos sucessórios: direito à filiação de cunho material	
Thiago Moraes da Rosa da Silva; William Dutra Zanin	

7	113
O direito ao <i>homeschooling</i> e a omissão legislativa brasileira	
Isaura Bugança Pagnussat; Karoline Izaton	
8	127
Diretrizes da educação domiciliar: aspectos socioculturais e seus efeitos no desenvolvimento da criança e do adolescente	
Mateus Barboza dos Santos; Wellinton Silva Gnoatto	
9	145
Adoção homoafetiva e a percepção do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul	
Sabrina de Pierri Soares	
10	165
Adoção tardia no Brasil: direitos e garantias das crianças e dos adolescentes no processo de adoção frente às preferências físicas e mentais dos pretendentes	
Djéssica Kossmann da Silva; Thábata Santa Catarina de Souza	
11	189
Violência doméstica contra a mulher	
Alisson Da Silva Doneda; Daniel De Grandis	
12	205
Abandono afetivo de idosos em instituições de longa permanência: o dever jurídico de indenizar perante a visão de uma ética para o cuidado	
Giulia Signor	

Apresentação

*Lívia Copelli Copatti*¹

As transformações sociais que vêm ocorrendo ao longo dos Séculos têm impactado fortemente as famílias. Há, claramente, mudanças de valores e a passagem de um contexto puramente sanguíneo para a valorização da afetividade entre as pessoas.

A presente obra é fruto de trabalhos elaborados por alunos do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED, na disciplina de Direito Civil V – Famílias durante o semestre 2017/2, tendo como objetivo valorizar a produção acadêmica e disseminar o conhecimento na área do Direito das Famílias e suas correlações com a Psicologia, a Medicina, o Biodireito, a Tecnologia e o Direito das Crianças e Adolescentes.

Os textos produzidos pelos alunos envolvem diferentes temáticas como: a família multiespécie; a responsabilidade civil por abandono afetivo; a prática do *sexting* e a responsabilidade dos pais; a possibilidade ou não da estabilidade de emprego para a doadora temporária de útero; a adoção homoafetiva na perspectiva dos Tribunais; aspectos sobre a educação domiciliar; a análise sobre a adoção tardia de crianças e adolescentes; a prática da alienação parental contra crianças e adolescentes; o reconhecimento de paternidade e os aspectos sucessórios; a violência doméstica e; por fim, o abandono afetivo praticado contra o idoso.

Fica o convite ao leitor para apreciar o trabalho de pesquisa dos alunos!

Boa leitura!

¹ Professora da Disciplina de Direito Civil V - Famílias. Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas - NUJUR/IMED. E-mail: livia.copatti@imed.edu.br.

Quem fica com o pet?

Uma análise acerca do reconhecimento da família multiespécie no Brasil

Bruna Bassi Vedana¹

Introdução

A família sempre desempenhou um papel primordial na vida dos seres humanos, sendo atualmente considerada um princípio basilar da sociedade brasileira.

Em tempos remotos associada a um sistema econômico impessoal, que visava apenas o crescimento reprodutivo e patrimonial de seus membros, hoje é evidenciada como uma entidade enaltecida das relações de afeto e cooperação, voltada à concretização da felicidade e tutela da dignidade pessoal dos familiares.

Nesse diapasão, destaca-se o fenômeno mundial da família multiespécie, expressão que “intenta significar o grupo constituído por pessoas com animais no seu cotidiano. De forma análoga definimos a família multiespécie como o grupo familiar que se reconhece constituído por pessoas e animais (FARACO; SEMINOTTI, 2006, p. 69). A convivência interespécies é, também, muito evidenciada no Brasil, tanto nos lares quanto nas ruas do país,

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: vedana.bruna@gmail.com

haja vista o crescimento do número de *pets*² nas casas, bem como de centros de cuidado para com os animais de companhia.

Em face desta expansão do conceito familiar, que contemplou a interação humano-animal, bem como enfatizou a presença de laços afetivos entre eles, imprescindível se torna analisar o espaço ocupado pelos animais, tanto na sociedade quanto no ordenamento jurídico nacional.

Assim, o presente trabalho possui como tema central a nova configuração familiar chamada multiespécie, caracterizada pela presença de laços afetivos entre animais de estimação e seres humanos. Baseando-se em referenciais bibliográficos, discorrer-se-á acerca das mudanças sociais, filosóficas e científicas a respeito do espaço dispensado ao animal, bem como suas influências na multiplicação de casos de família multiespécie. Ainda, analisar-se-á o teor de alguns julgamentos de Tribunais de Justiça do país relativos a litígios de dissolução conjugal, visando identificar se a tendência social de contemplar os *pets* como membros familiares está sendo disseminada também nas cortes brasileiras.

1 A percepção histórica acerca dos animais

Nos primórdios de sua jornada histórica, o homem se assemelhava aos animais, batalhando com e contra esses frente aos desafios naturais. Para fins de gerar uma civilização mais evoluída e superior, o ser humano viu a necessidade de distanciar-se dessa natureza animalesca e impor-se como um ente dominante. Essa exclusão dos bichos de seu convívio diário acarretou o crescimento da dicotomia humano vs. animal, bem como propiciou o processo de apropriação destes, aos quais foi atribuído valor econômico de troca.

Dessa forma, os animais foram tidos, histórica e evolutivamente, como seres inferiores aos humanos, sendo utilizados precipuamente como meio de auferir vantagens pecuniárias.

² Do inglês, termo que caracteriza os animais domesticados, estimados por sua companhia.

René Descartes corroborou para a popularização desse contraste humano-animal ao apresentar sua obra *Discurso sobre o Método*, em 1637. Com sua máxima “penso, logo existo”, o filósofo francês apresentou a concepção de que a diferença entre seres humanos e animais manifestava-se na ausência de razão dos últimos. Observados como meras entidades mecânicas, os bichos não possuiriam, então, alma, sendo insensíveis a qualquer estímulo sentimental. Assim explana o aludido autor (1973, p. 60-61):

[...] embora [*os animais*] fizessem muitas coisas tão bem, ou talvez melhor que qualquer de nós, falhariam infalivelmente em algumas outras, pelas quais se descobriria que não agem pelo conhecimento ou sensibilidade, mas somente pela disposição de seus órgãos. Pois, ao passo que a razão é um instrumento universal, que pode servir em todas as espécies de circunstâncias, tais órgãos necessitam de alguma disposição particular para cada ação particular; daí resulta que é moralmente impossível que numa máquina existam bastante diversas para fazê-la agir em todas as ocorrências da vida, tal como a nossa razão nos faz agir.

Aliado a este pensamento estava Aristóteles, quem considerava os animais simples ferramentas destinadas à satisfação do ser humano, não tendo razão de existirem por si próprios (SPAREMBERGER, R. F. L.; LACERDA, J, 2015).

Ainda neste sentido, de acordo com Orsomarzo (2016):

Ao longo dos séculos, perpetuou-se a crença, fundada em preceitos de ordem religiosa, filosófica e científica, de que não-humanos existem para o desfrute dos humanos. Inexiste neles qualquer característica que possibilite o reconhecimento de sua dignidade intrínseca. E, a partir desse perverso processo de desconsideração de interesses e instrumentalização de vidas, animais são encarados como meio à satisfação dos desejos do ser humano, o fim de todas as coisas.

Esta premissa de inferioridade dos animais aos seres humanos, perpetrada ao longo dos séculos, se concentrou na teoria do especismo, caracterizada por Singer (2010, p. 11) como um

“preconceito ou atitude de favorecimento dos interesses dos membros de uma espécie em detrimento dos interesses dos membros de outra espécie”. A expressão, introduzida pelo psicólogo britânico Richard D. Ryder, simboliza a discriminação de tratamento e valoração entre animais humanos e não-humanos, admitindo-se todas as formas de exploração animal sob a alegação de que estes são desprovidos de sensibilidade e pertencem a uma espécie nitidamente subordinada à humana.

Tal percepção, entretanto, diverge da etimologia da palavra “animal” na sua essência. Originária do latim “*animalis*”, significa “sopro de vida”. Ademais, deriva do termo “*anima*”, traduzido como “alma”, “sentimento” (WEISZFLOG, 2004).

A assimilação da sensibilidade animal teve início com os ensinamentos de Jean Jacques Rousseau e Jeremy Bentham, a partir do século XVIII. Harmonizando com a origem linguística do termo, inflamaram a sociedade à adoção da ideia de animais como seres sencientes e, portanto, detentores de direitos naturais (GAZZANA, C.; SCHMIDT, B., 2015).

Já em 1871, Charles Darwin ditou que “there is no fundamental difference between man and the higher mammals in their mental faculty”³ (1990, *apud* DUMEER, 2014, p. 11). Diante disso, ao desmentir o ideal do homem como o ser supremo e rei dentre todas as espécies, fortaleceu-se a tese de que os animais também gozam de sentimentos de forma consciente.

Mais recentemente, esta conclusão darwiniana foi apoiada e celebrada por diversos neurocientistas na Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos, proclamada em 2012, por meio da qual apontam que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Em virtude deste reconhecimento, verifica-se uma semelhança entre os mecanismos sensoriais ativados nos cérebros

³ Em tradução livre: não existe nenhuma diferença fundamental entre o homem e os mamíferos superiores quanto as suas faculdades mentais.

do ser humano e dos animais quando diante de estímulos de medo, dor ou prazer.

A aceitação dessa similitude entre animais e humanos propiciou uma maior sensibilidade das pessoas para com os bichos, aos quais foi concedido o direito de compartilhar dos lares e diversos aspectos da vida social dos homens. Vê-se, então, o processo de domesticação, bem como a contemplação da interação humano-animal como uma forma de parceria.

Dessarte, é perceptível a superação do imaginário historicamente perpetrado de uma superioridade dos humanos aos animais. O surgimento de uma responsabilidade moral para com os bichos, bem como o reconhecimento de suas sensibilidade e consciência, demonstra a necessidade de um debate mais ativo acerca da indispensabilidade da modificação do status jurídico dos animais, assim como do desenvolvimento de normas que os provejam a devida proteção.

2 A (in)adequação dos animais como propriedade

Ao passo que a percepção acerca do status social do animal cambiava, avistou-se a ausência de normas que os tutelassem juridicamente e resguardassem sua integridade.

Diante disso, no âmbito internacional, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela UNESCO em 1978, reconhece direitos como vida, liberdade e dignidade aos animais, objetivando inibir o desrespeito e a crueldade para com estes. Seguindo esta tendência, Áustria e Alemanha destacaram-se como pioneiras a conceder proteção especial aos animais, estabelecendo legislações e diretrizes próprias a esta finalidade, ainda na década de 1990.

Tal ideologia vem se mantendo e ganhando expressão nos países europeus: em 2014, o parlamento francês fez uma modificação incisiva em sua legislação civil ao estabelecer que “*Les animaux sont*

des êtres vivants doués de sensibilité”⁴ (FRANÇA, 2015). Já em 2017, os portugueses também se modernizaram ao reconhecer que “Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza” (PORTUGAL, 2017).

O Brasil, embora signatário da aludida Declaração, não concede aos animais um tratamento legislativo harmônico com os parâmetros internacionais.

Atualmente, o Código Civil brasileiro dispõe, em seu art. 82, que são móveis os bens suscetíveis a movimento próprio, dentre os quais incluem-se os semoventes, isto é, os animais (BRASIL, 2002). Ainda, a legislação ordinária reforça a caracterização dos bichinhos como propriedade de seus donos, uma vez que, no direito à vizinhança, iguala os *pets* aos objetos. Dessa forma, para confirmar quem é seu legítimo proprietário, basta analisar a documentação do animal: documento de pedigree, carteira de vacinação ou até mesmo carteira de identidade, na qual consta o nome do responsável (SILVA, 2015).

Todavia, seguindo a onda de conscientização mundial, foi aprovado pelas Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS) em 2017 o Projeto de Lei nº 3670/2015, proposto pelo deputado Rodrigo de Castro (PSDB-MG) que modifica a situação jurídica dos animais, os quais deixam de ser “coisas” para serem considerados “bens móveis”. No entanto, tendo em vista a interposição de recurso, o projeto ainda poderá voltar à mesa dos deputados para nova apreciação.

Com as devidas modificações, o Código Civil disporia (BRASIL, 2015): “Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: [...] IV – os animais, salvo o disposto em lei especial. Parágrafo único. Os animais não serão considerados coisas”.

Esta mudança paradigmática, inspirada nos países europeus que já possuem estatutos específicos à proteção dos bichos, destaca-se como uma evolução normativa significativa no que se refere aos

⁴ Em tradução livre: Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade.

direitos dos animais. Entretanto, tais alterações terminológicas, que visam uma melhor tutela do animal, carecem de efetividade prática, já que eles continuam seres passíveis de apropriação, sendo-lhes aplicado, então, o mesmo regime jurídico das coisas (NEVES, 2017).

A devida elevação do status dos animais viria com o Estatuto dos Animais (PLS nº 631/2015). Atualmente em tramitação, aguardando aprovação do Senado Federal para seguir à Câmara dos Deputados, o projeto pretende, além de assegurar o direito à vida e ao bem-estar animal, classificar os bichinhos como seres sencientes, garantindo-lhes um tratamento condigno, bem como estabelecer os deveres dos donos em relação à guarda dos *pets*. (BRASIL, 2015).

Conquanto a legislação ainda considere os animais, teoricamente, como propriedade de seus donos, em determinados contextos ela os distancia dos objetos inanimados, estabelecendo garantias especiais a sua proteção e limitações socioambientais ao direito à propriedade deles. A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 225, §1º, VII, que o Poder Público deve proteger a fauna e a flora, tornando infração atos que submetam os animais à crueldade. Também no sentido de assegurar estes direitos, tem-se a Lei nº 5.197/67, que dispõe sobre a proteção da fauna, e a Lei nº 9.605/98, acerca dos crimes ambientais (SPAREMBERGER, R. F. L.; LACERDA, J, 2015).

Destarte, a existência de leis que garantem o bem-estar animal revalida a noção de que os bichos não são inteiramente equivalentes aos objetos inanimados, porém constituem uma forma especial de bem móvel. Ainda, a propositura de projetos legislativos que visam sofisticar a tutela jurisdicional dos animais demonstra o desenvolvimento do ordenamento jurídico nacional nesta questão.

A devida – porém paulatina – evolução do status dos animais na legislação nacional está cada vez mais sendo intensificada e exaltada pela sociedade. Afinal, a contemplação da condigna posição destes perante a lei coaduna com a atual percepção social destes, de integrantes da família.

3 O espaço dos animais na família

Os animais ainda são vistos como propriedade aos olhos da legislação nacional. Dentro dos lares, entretanto, a percepção é diferente: os *pets*, além de se afirmarem em questão de número ao redor do mundo, estão cada vez mais se consolidando como membros intrínsecos das famílias.

O Brasil, de acordo com dados coletados em 2012 pela Associação Brasileira da Indústria de Produtos para Animais de Estimação (Abinpet), é o quarto país mais populoso em número de *pets*, contando com 1,56 milhões de habitantes, ficando atrás apenas de China, Estados Unidos e Reino Unido.

Percebe-se, inclusive, uma mudança na configuração demográfica da família: segundo levantamento realizado em 2013 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) verificou-se que as casas brasileiras contam com 52 milhões de cães contra 45 milhões de crianças. Constata-se, então, que a sociedade atual está transferindo o papel dos filhos aos animais, zelando e dedicando-se a eles sem distinção e discriminação quanto a sua espécie. Esta transferência da função do filho biológico para o *pet* é demonstrada por Oliveira (2006, p. 39):

Devido a esta instabilidade dos casamentos, o número de nascimentos de crianças nas classes médias diminuiu, aparecendo o cão como um mediador entre o casal, muitas vezes no lugar da criança. A dificuldade de relacionamento entre as pessoas faz com que o animal seja um elemento com grande potencial de proporcionar afetividade sem produzir riscos.

Com o intuito de apreciar essa nova configuração familiar, um estudo publicado em 2001 indicou que cerca de 83% dos canadenses consideram seus *pets* como membros familiares e, destes, 98% admitiram manter conversas com eles (FARACO, 2008). Em 2005, a pesquisa foi repetida com participantes estadunidenses, sendo os

pets considerados parte da família por 85% deles (PEW RESEARCH CENTER, 2005).

Ainda nesse aspecto, nota-se o cuidado dos humanos com seus animais de estimação pela ampla presença dos pet shops no cotidiano (LIMA, 2015). De acordo com uma reportagem veiculada no jornal Diário do Nordeste, levantamento realizado pela Associação Nacional dos Fabricantes de Produtos para Animais de Estimação (Anfalpet) aponta que o Brasil movimenta, por ano, cerca de R\$ 6,5 bilhões no mercado *pet*.

Assim, da mesma forma que as pessoas se desassossegam com os problemas dos filhos biológicos, também se preocupam com o bem-estar de seus *pets*, fazendo com que invistam cada vez mais na saúde, aparência, diversão e felicidade dos filhotes.

Essa relação de afetividade para com os bichinhos, similar à tida com os parentes humanos, apenas avulta a transformação da percepção do espaço dos animais dentro da vida – e dos lares – dos seres humanos. Neste diapasão, elucida Soares (2009):

Paralelamente à mudança na arquitetura dos ambientes familiares, um outro elemento passou a fazer parte cada vez mais forte da família moderna: os animais de estimação. Mas não simplesmente os animais de estimação nos seus papéis tradicionais, mas agora como legítimos membros da família. É cada vez mais comum encontramos pessoas que tratam os seus cães e gatos como parentes. O caráter afetivo das relações que eram totalmente preenchidas com filhos tem sido trespassado para cães e gatos.

À vista dessa nova interação familiar humano-animal, pesquisadores do Massachusetts General Hospital, nos Estados Unidos, compararam a atividade cerebral de mulheres ao verem seus filhos e cachorros. A partir da análise dos dados adquiridos, constataram que diversas áreas do cérebro relativas ao processamento das emoções eram ativadas tanto quando a mãe observava seu filho humano, quanto seu filho de quatro patas (STOECKEL; PALLEY; GOLLUB; NIEMI; EVINS, 2014).

Tais dados salientam, então, a transformação da visão acerca do espaço do animal no cotidiano das pessoas, bem como a estimulação tida para com eles. Nesse diapasão, vê-se o surgimento da família multiespécie: aquela constituída por membros humanos e não-humanos, fundamentada em vínculos de apego e afetividade.

Esta sensação de familiaridade traduz-se em uma relação mutualista, na qual ambas as partes são beneficiadas pelas interações físicas, psicológicas e emocionais (FARACO, 2008). O aumento na convivência entre animais de estimação e seus humanos sobrepõem os meros laços afetivos, visto que esse convívio, conforme Gazzana e Schmidt (2015, p. 1005):

[...] promove mudanças positivas no comportamento das pessoas, estimula o desenvolvimento de habilidades e o exercício da responsabilidade em diferentes culturas e contextos. Consequentemente, tende a melhorar a saúde física, psicológica e emocional do homem.

Diante disso, observa-se que o efetivo crescimento da quantidade de animais no seio familiar, bem como a significância emocional de sua presença dentro dos lares, oferece aos humanos sensação de conforto e familiaridade. A consideração moral e o aumento da convivência e do apego tidos para com os *pets* fomentam a aceitação de uma família multiespécie, formada tanto por humanos quanto por animais.

Entretanto, haja vista o reconhecimento dessa relação de parentalidade entre humanos e animais, tem-se visto um crescimento de disputas jurídicas acerca do direito à companhia do *pet* em casos de dissolução da relação conjugal. Tendo em vista, como supra explanado, a posição legal precária dos animais, ainda ineficaz em acompanhar a realidade fática, cria-se uma situação jurídica problemática quando a família se separa, porém ainda nutre amor pelo bichinho.

4 A família multiespécie na dissolução familiar

Acompanhando o remodelamento da entidade familiar, hoje embasada primordialmente nos laços afetivos, vê-se que o elo entre homens e animais por muitas vezes equipara-se ao tido com os filhos biológicos. Diante disso, é natural que as celeumas judiciais no que se refere à dissolução do casamento ou da união estável abarquem a situação da companhia dos filhotes de quatro patas, assim como ocorre com a guarda dos filhos humanos.

Ao abordar a questão da guarda entre pais e filhos humanos, o Código Civil brasileiro estabeleceu a possibilidade de guarda compartilhada, havendo responsabilização de ambos os genitores no que se refere à criação, sempre zelando por seu melhor interesse.

No tocante aos animais, inexistente legislação especializada para tratar desta celeuma e do oscilante posicionamento acerca dos direitos dos *pets*. Dessa forma, porquanto vistos como meros bens móveis, de acordo com a perspectiva meramente positivista, são incluídos no rol dos bens a serem partilhados, fazendo com que seu destino seja o lar de seu legítimo proprietário, se as partes entrarem em acordo acerca da questão. Entretanto, esta nem sempre se percebe como a melhor situação para os casos concretos, uma vez que, como analisado, os intensos laços afetivos derivados da relação humano-animal demonstram a inadequação dos *pets* como meros objetos contemporaneamente.

Considerando a posição legal precária dos animais de estimação, foi proposto o Projeto de Lei nº 1.058/11 que visa regulamentar a guarda dos *pets* em casos de dissolução litigiosa do vínculo conjugal, considerando-se a situação familiar em que se encontram. Atualmente arquivado, o projeto via na confirmação do vínculo afetivo entre humano e animal sua razão de existir (BRASIL, 2011):

Os animais não podem ser mais tratados como objetos em caso de separação conjugal, na medida em que são tutelados pelo Estado. Devem ser estipulados critérios objetivos em que se deve fundamentar o Juiz ao decidir sobre a guarda, tais como cônjuge que

costuma levá-lo ao veterinário ou para passear, enfim, aquele que efetivamente assiste o pet em todas as suas necessidades básicas.

Ao ser enviado à CCJC, todavia, foi apresentado parecer que dava nova redação ao projeto, alterando o elemento primordial da normativa para a existência do direito de propriedade sobre o animal. Assim estabelece a adequação:

Art. 2.º. Decretada a separação judicial ou divórcio, ou fim da união estável pelo juiz, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda de animal de estimação, será ela atribuída a quem revelar ser o seu legítimo proprietário, ou, na falta deste, a quem demonstrar maior capacidade para o exercício da posse responsável.

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

Dessa forma, ao transformar-se a existência do elo afetivo em motivação secundária do projeto, não fica perceptível uma evolução acerca do reconhecimento dos direitos dos animais ou de sua sensibilidade. Sua importância se dá somente ao passo que, se aprovado, seria a única norma no direito brasileiro a prever a possibilidade de guarda unilateral ou compartilhada de *pets*.

Tendo em vista a dissonância de considerar-se os animais objetos a serem divididos, as cortes judiciais brasileiras enfrentam um vácuo legislativo quanto à questão de uma possível guarda dos *pets*. Diante disso, cabe ao arbítrio do magistrado adotar uma perspectiva puramente positivista ou reconhecer o atual espaço dos animais nas famílias, aplicando-lhes, por analogia, as disposições do Código Civil quanto ao direito à companhia dos filhos, conforme se aprecia da análise dos casos a seguir.

Julgado pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS em 2009, o primeiro processo trata de apelação impetrada contra decisão de primeiro grau que menosprezou o elo sentimental entre os cachorros e seus donos no referente à partilha. O apelante sustentou que o casal reconhecia os animais como filhos, tratando-os com carinho e devoção. Com o fim da união estável, a apelada levou todos

os cães consigo para sua nova residência, fazendo com que o apelante entrasse em estado depressivo e tentasse reaver um cachorro, mas seu pedido foi em vão. A decisão do Tribunal assim desponta:

APELAÇÃO CÍVEL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. Descabe a partilha de dívida supostamente do casal junto ao pai do réu, cuja origem e existência não restou demonstrada nos autos. Também descabe a partilha de animais de estimação - cachorros, e dos móveis, cuja aquisição na vigência da união estável não restou demonstrada. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70032288961, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/10/2009).

Diante disso, em que pese os pedidos do apelante, a decisão de segundo grau nada alterou da sentença originária no tocante ao reconhecimento do vínculo afetivo com os animais de estimação. Considerando-se apenas a inexistência de prova acerca da legítima propriedade sobre os *pets*, os desembargadores equipararam-lhes a objetos, conforme a letra fria da lei, desprezando sua relevância sentimental para as partes.

Em diferente sentido já decidiu a Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RJ em 2015, ao julgar irresignação contra sentença que, em sede de dissolução de união estável, determinou que a mulher, ora apelada, ficasse com a posse do *pet*, visto que era sua legítima proprietária. No recurso, o apelante referiu que era o responsável pelo animal, zelando por seus bem-estar e saúde.

Ao enfrentar a celeuma, o relator apresentou observações acerca do caráter desafiador do tema, visto que, contemporânea e socialmente, os *pets* não são vistos como meros bens, fazendo com que a legislação brasileira quanto a este quesito se encontre obsoleta. Neste aspecto, decidiu a Turma:

DIREITO CIVIL - RECONHECIMENTO/DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - PARTILHA DE BENS DE SEMOVENTE - SENTENÇA

DE PROCEDÊNCIA PARCIAL QUE DETERMINA A POSSE DO CÃO DE ESTIMAÇÃO PARA A EX- CONVIVENTE MULHER- RECURSO QUE VERSA EXCLUSIVAMENTE SOBRE A POSSE DO ANIMAL - RÉU APELANTE QUE SUSTENTA SER O REAL PROPRIETÁRIO - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA QUE OS CUIDADOS COM O CÃO FICAVAM A CARGO DA RECORRIDA DIREITO DO APELANTE/VARÃO EM TER O ANIMAL EM SUA COMPANHIA - ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO CUJO DESTINO, CASO DISSOLVIDA SOCIEDADE CONJUGAL É TEMA QUE DESAFIA O OPERADOR DO DIREITO - SEMOVENTE QUE, POR SUA NATUREZA E FINALIDADE, NÃO PODE SER TRATADO COMO SIMPLES BEM, A SER HERMÉTICA E IRREFLETIDAMENTE PARTILHADO, ROMPENDO-SE ABRUPTAMENTE O CONVÍVIO ATÉ ENTÃO MANTIDO COM UM DOS INTEGRANTES DA FAMÍLIA - CACHORRINHO "DULLY" QUE FORA PRESENTEADO PELO RECORRENTE À RECORRIDA, EM MOMENTO DE ESPECIAL DISSABOR ENFRENTADO PELOS CONVIVENTES, A SABER, ABORTO NATURAL SOFRIDO POR ESTA - VÍNCULOS EMOCIONAIS E AFETIVOS CONSTRUÍDOS EM TORNO DO ANIMAL, QUE DEVEM SER, NA MEDIDA DO POSSÍVEL, MANTIDOS - SOLUÇÃO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE CONFERIR DIREITOS SUBJETIVOS AO ANIMAL, EXPRESSANDO-SE, POR OUTRO LADO, COMO MAIS UMA DAS VARIADAS E MULTIFÁRIAS MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, EM FAVOR DO RECORRENTE - PARCIAL ACOLHIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO PARA, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA REGENTE SOBRE O THEMA, MAS SOPEHANDO TODOS OS VETORES ACIMA EVIDENCIADOS, AOS QUAIS SE SOMA O PRINCÍPIO QUE VEDA O NON LIQUET, PERMITIR AO RECORRENTE, CASO QUEIRA, TER CONSIGO A COMPANHIA DO CÃO DULLY, EXERCENDO A SUA POSSE PROVISÓRIA, FACULTANDO-LHE BUSCAR O CÃO EM FINS DE SEMANA ALTERNADOS, DAS 10:00 HS DE SÁBADO ÀS 17:00HS DO DOMINGO. SENTENÇA QUE SE MANTÉM. (Apelação Cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relator: Marcelo Lima Buhatem, Julgado em 27/01/2015).

Nesta decisão, nota-se que o Poder Judiciário ponderou a afetividade humano-animal, reconhecendo o direito de ambas as

partes a usufruírem da companhia do cão de estimação e estabelecendo a guarda alternada do *pet*.

Assim, visando estabelecer diretrizes para a criação mais precedentes como o proferido pelo Tribunal do RJ, congruentes com a realidade da família multiespécie, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) aprovou, em 2015, o Enunciado nº 11, o qual estabelece que “Na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal”.

A admissão do direito à guarda dos pets foi reconhecida no Agravo de Instrumento nº 70067537589, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS. Tratando-se de ação relativa à dissolução de união estável, o agravante insurgiu-se contra decisão que deferiu liminarmente a busca e apreensão do animal de estimação ao cônjuge. Na análise do caso, o relator referiu-se à existência do Projeto de Lei nº 1058/11, reconhecendo a inefetividade do arrolamento dos *pets* como bens sujeitos à partilha, bem como a necessidade da manutenção do bem-estar do animal, oportunizando-o convivência com ambas as partes. Entretanto, visto que o referido projeto está pendente de aprovação, decidiu-se acerca da propriedade do animal, com base apenas na documentação apresentada. Acompanha-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO RELATIVA À UNIÃO ESTÁVEL. PRETENSÃO DE POSSE DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. REGISTRO DE PROPRIEDADE EM NOME DO AGRAVANTE. Tendo em vista que o animal de estimação foi adquirido em nome do agravante, conforme Certificado de Registro Genealógico apresentado e declaração da proprietária do canil, de ser deferida a posse do animal ao agravante. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento Nº 70067537589, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 18/05/2016)

Outro caso digno de destaque é o Conflito de Competência nº 70074572579, da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS. Compulsando os autos, verifica-se que uma ação de posse compartilhada do animal de estimação foi distribuída inicialmente

na Vara de Família, onde o magistrado declinou a competência para a Vara Cível, visto que a matéria discutida não seria referente ao Direito de Família. A Vara Cível, em resposta, também suscitou conflito negativo de competência, já que entre as partes e o *pet* haveria um laço afetivo e emocional, e, portanto, familiar, devendo o feito correr na justiça especializada.

O relator do caso em julgamento referiu que não se pode ignorar a crescente valoração dos animais com integrantes familiares. Todavia, afirmou que o conflito versa apenas sobre a posse do *pet*, fixando competente para o julgamento do caso, então, a Vara Cível:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE POSSE COMPARTILHADA DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. Na ação de manutenção de posse de animal de estimação, inexistente discussão que recaia sobre Direito de Família. A lide trata de matéria cível de cunho declaratório, competindo ao juízo suscitante o processamento e julgamento do feito. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA JULGADO IMPROCEDENTE, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Conflito de Competência Nº 70074572579, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 18/09/2017)

Logo, em que pese as vicissitudes familiares e sociais, percebe-se que em celeumas sobre dissolução conjugal, os magistrados ainda tendem a arrolar os animais de estimação nos bens a serem partilhados, sem considerar a afetividade e possível constituição familiar multiespécie.

Todavia, como visto supra, é perceptível uma inconsistência das decisões nestes casos, indicando que o Poder Judiciário está reavaliando o status jurídico dos animais e expandindo sua relevância não somente quanto a critérios econômicos e seu valor de mercado, mas também pelo valor sentimental recíproco entre eles e os humanos. Com a crescente relevância da problemática jurídica acerca do status dos animais e a ainda ausente diretriz específica para solucionar os casos concretos, os *pets* ainda são dependentes da sensibilidade dos

juulgadores para seu reconhecimento como legítimos membros da família.

Conclusão

O relacionamento entre humanos e animais sofreu diversas mudanças ao longo dos anos. Antigamente vistos como seres inferiores, instrumentos para satisfazer os desejos humanos, hoje são considerados por muitos como integrantes da família, sendo sua presença nos lares brasileiros, inclusive, mais frequente do que a de crianças. Neste contexto, evidencia-se de forma contundente o reconhecimento da família multiespécie pela sociedade.

Como supra demonstrado, por meio de evoluções científicas e filosóficas a concepção de inferioridade dos animais transformou-se na receptividade destes como seres sencientes e, portanto, merecedores de tutela jurisdicional. Considerando as evoluções paradigmáticas acerca dos animais, diversas legislações europeias atualizaram-se, passando a protegê-los como seres dotados de sensibilidade e direitos. Em que pese tal elevação de status, o ordenamento jurídico pátrio ainda considera os *pets* bens passíveis de apropriação, bem como de arrolamento e partilha em caso de dissolução familiar.

Visando alterar esse contexto, projetos de lei foram apresentados na esperança de ajustar a realidade jurídica à fática. Entretanto, enquanto ainda há um vácuo legislativo acerca da posição dos animais de estimação, situações referentes aos direitos à guarda e visita dos *pets*, inerentes ao Direito de Família, não são julgadas de acordo com o melhor interesse dos humanos, tampouco dos animais.

Quando da análise das decisões dos Tribunais, percebeu-se que a inexistência de um diploma legal específico acarreta a incompatibilidade das soluções apresentadas pelos julgadores à realidade da família multiespécie. Ao passo que alguns juizes mantiveram-se adstritos à letra da lei, equiparando os *pets* aos bens

móveis, outros reconheceram a existência de uma nova configuração familiar, a qual tem seu alicerce em laços afetivos e emocionais.

A evolução da interação humano-animal deve ser reconhecida, então, tanto no âmbito social quanto no jurídico. Dessa forma, é incontestável a necessidade de uma reforma na legislação nacional, a fim de devidamente refletir a valoração dos *pets* na sociedade, bem como harmonizar com o crescente reconhecimento da família multiespécie.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS PARA ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. **Mercado**. Disponível em: <<http://abinpet.org.br/site/>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BOGDANOSKI, T. Towards an Animal-Friendly Family Law: Recognising the Welfare of Family Law's Forgotten Family Members. **Griffith Law Rev.** 2010, 19, 197-237. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1694977>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 janeiro 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 19 ago. 2017.

_____. Congresso Nacional. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 1058 de 2011. Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498437>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. Congresso Nacional. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 3670 de 2015. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para determinar que os animais não sejam considerados coisas, mas bens móveis para os efeitos legais, salvo o disposto em lei especial. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055720>>. Acesso em: 18 set. 2017.

- _____. Congresso Nacional. **Senado Federal**. Projeto de Lei do Senado nº 631 de 2015. Institui o Estatuto dos Animais e altera a redação do art. 32 da Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123276>>. Acesso em: 19 set. 2017.
- CHAVES, Marianna. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie? **Revista Eletrônica de Direito UNIFACS – Debate Virtual**. Capa, n. 187, p. 19-21, jan. 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066>> Acesso em: 25 set. 2017.
- DESCARTES, René. Discurso sobre o Método. Coleção **Os pensadores**, vol. XV. Trad. J. Guinsburg e Bento Prado Jr. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- DISCONZI, N. T.; FLAIN, V. S. ; GEISSLER, A. C. J. . O ANIMAL DE ESTIMAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA TUTELA JURISDICIONAL: análise das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 11, p. 83-119, 2016. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/17668>>. Acesso em: 26 ago. 2017.
- DUMEER, Kate. *I'm Taking the Dog!: Pet Custody in Marital Disputes*. University of Virginia School of Law, 2L, 2014. Disponível em: <http://www.law.virginia.edu/pdf/dumeer_animal_law_paper.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.
- FARACO, Ceres Berger. Interação Humano-Animal. In: **I Congresso Brasileiro de Bioética e Bem-Estar Animal e I Seminário Nacional de Biossegurança e Biotecnologia Animal, 2008, Recife. Anais do I Congresso Brasileiro de Bioética e Bem-Estar Animal e I Seminário Nacional de Biossegurança e Biotecnologia Animal**. Brasília: Sistema CFMV/CRMVs, 2008. p. 39-42. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br:8080/dspace/bitstream/10923/4831/1/000400810-Texto%2BCompleto-o.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2017.
- FARACO, Ceres Berger; SEMINOTTI, Nedio. A crueldade com animais: como identificar seus sinais? O Médico Veterinário e a prevenção da violência doméstica. **Revista CFMV** (Brasília), v. 37, p. 66-71, 2006. Disponível em: <<http://www.psicologiaanimal.com.br/arquivos/artigos/crueldade.pdf>> . Acesso em 02 nov. 2017.

- FRANÇA. **Code Civil des Français**, 2017. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=557CB3DEECB8DD66AA6FD875FA57926C.tplgr35s_3?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20171109>. Acesso em: 08 nov. 2017.
- GALDINO, V. **O reconhecimento dos animais na família pluriespécie**. 2016. Disponível em: <galdino.adv.br/site/artigos/download/id/335>. Acesso em: 08 set. 2017.
- GAZZANA, C.; SCHMIDT, B. Novas configurações familiares e vínculo com animais de estimação em uma perspectiva de família multiespécie. In: III Congresso de Pesquisa e Extensão da FSG, 2015, Caxias do Sul/RS. **Anais do III Congresso de Pesquisa e Extensão da FSG**. Caxias do Sul/RS: FSG, 2015. v. 3. p. 1001-1020. Disponível em: <<http://ojs.fsg.br/index.php/pesquisaextensao/article/view/1600>>. Acesso em: 20 out. 2017.
- IBDFAM. Enunciado nº 11. **Na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal**. In: *X Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciado+s>>. Acesso em: 11 nov. 2017.
- LIMA, M. H. C. C. A. . Considerações sobre a família multiespécie. In: **V Reunião Equatorial de Antropologia / XIV Reunião de Antropólogos do Norte e Nordeste**, 2015, Maceió. Considerações sobre a família multiespécie, 2015. Disponível em: <http://eventos.livera.com.br/trabalho/98-1020766_01_07_2015_11-07-22_5164.PDF>. Acesso em: 09 set. 2017.
- LOW, Philip. **The Cambridge Declaration on Consciousness**. Cambridge: Cambridge University, 2012. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20131109230457/http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>> . Acesso em: 02 nov 2017.
- NEVES. Helena Telino. A controversa definição da natureza jurídica dos animais. In: Amado Gomes, Carla; Duarte, Maria Luísa. (Org.). **Animais: Deveres e direitos**. 1. ed., 2015, p. 81-89. Disponível em: <<http://nionfern.wixsite.com/animalcidadao/single-post/2017/03/10/A-CONTROVERSA-DEFINI%C3%87%C3%83O-DA-NATUREZA-JUR%C3%8DDICA-DOS-ANIMAIS-NO-ESTADO-SOCIOAMBIENTAL>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Trocar seis por meia dúzia: animais não são coisas, mas são bens.** 2017. Disponível em: <<https://htelino.jusbrasil.com.br/artigos/422936260/trocar-seis-por-meia-duzia-animais-nao-sao-coisas-mas-sao-bens>>. Acesso em: 20 out. 2017.

OLIVEIRA, Samantha Calmon de. **Sobre Homens e Cães: um estudo antropológico sobre afetividade, consumo e distinção.** Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia. Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006. Disponível em: <http://patastherapeutas.org/wp-content/uploads/2015/07/Estudo_an...pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais.** 1978. Disponível em: <<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

ORSOMARZO, F. Por que falar em especismo? **Carta Capital**, São Paulo: Editora Confiança, 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/10/27/por-que-falar-em-especismo>>. Acesso em: 09 set. 2017.

PEW RESEARCH CENTER. Pew Social Trends Poll, Oct, 2005. Princeton Survey Research Associates International, 2005. Disponível em: <<http://www.pewresearch.org/question-search/?keyword=dogs&x=-471&y=-349>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

PIMENTEL, Alex. Família multiespécie é tendência mundial. **Diário do Nordeste**, Fortaleza, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/regional/familia-multiespecie-e-tendencia-mundial-1.242833>>. Acesso em: 20 set. 2017.

PORTUGAL. **Código Civil.** 2017. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tab_ela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação* nº 0019757-79.2013.8.19.0208, da 22ª Câmara Cível. Relator: Marcelo Lima Buhatem. Rio de Janeiro - RJ, 04/12/2014. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201400196177>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* Nº 70032288961, da 8ª Câmara Cível. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre ---- RS, 06/10/2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>> Acesso em: 26 de mar. 2014i. _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* Nº 70032288961, da 8ª Câmara Cível. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre ---- RS, 06/10/2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%03AD%03AS%03Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%03A70032288961&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 26 set. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Conflito de Competência nº 70074572579, da 19ª Câmara Cível. Relator: Eduardo João Lima Costa. Porto Alegre - RS, 29/09/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%03AD%03AS%03Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%03A70074572579&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 04 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70067537589, da 7ª Câmara Cível. Relator: Jorge Luís Dall’Agnol. Porto Alegre - RS, 23/05/2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%03AD%03AS%03Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%03A70067537589&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 13 nov. 2017.

SPAREMBERGER, R. F. L.; LACERDA, J. Os animais no direito brasileiro: Desafios e perspectivas. **Revista Amicus Curiae: Curso de Direito UNESC**, Criciúma, SC, vol. 12, n. 2, 2015, p. 183-202. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/view/2334/2288>>. Acesso em: 08 set. 2017.

SILVA, Camilo Henrique. Animais, divórcio e consequências jurídicas. **Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis**, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 102-116, jul. 2015. ISSN 1807-1384. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2015v12n1p102>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

SIMMONS, Schyler P. “What is the Next Step For Companion Pets in the Legal System?: The Answer May Lie With the Historical Development of the Legal Rights For Minors”, em *Texas A&M Law Review*, Vol. 1, Fall, pp. 253-285, 2013. Disponível em: <<https://scholarship.law.tamu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1010&context=lawreview>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

SINGER, P. **Libertação Animal**. Trad. Marly Winckler; Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF M. Fontes, 2010.

SOARES, Dimitri. **Animais de Estimação e Direito de Família**, 2009. Disponível em: <<http://www.dimitresoares.com.br/2009/07/animais-de-estimacao-e-direito-de.html>>. Acesso em: 19 set. 2017.

STOECKEL, L. E., PALLEY, L. S., GOLLUB, R. L., NIEMI, S. M., EVINS, A. E. *Patterns of brain activation when mothers view their own child and dog: an fMRI study*. **PLoS ONE** 9:e107205. Disponível em: <<http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0107205>>, 2014. Acesso em: 09 set. 2017.

WEISZFLOG, W. **Livro – Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. 1. ed. São Paulo: Editora Michaelis, 1998.

**Responsabilização civil pelo abandono afetivo:
a decisão paradigmática do recurso especial
1.159.242/SP**

Carina Lopes de Souza¹
Bárbara de Costa²

Introdução

A sociedade moderna passou por transformações intensas, sobretudo no último século, surgindo assim novas relações jurídicas, especialmente no que diz respeito à seara familiar. Diante deste contexto, o presente trabalho se dedica a construção de uma análise crítica acerca da tutela jurídica do afeto, em especial no que se refere à possibilidade de reparação em decorrência do abandono afetivo.

Para tanto, dividiu-se o texto em três segmentos. Inicialmente, atenta-se para o processo de constituição das primeiras entidades familiares, com destaque para a influência do direito romano. Passa-se a analisar os contornos do poder familiar neste período histórico, e a consequente evolução do conceito de família nos séculos seguintes. Aborda-se ainda as relações familiares no âmbito de proteção do direito pátrio, com ênfase para diplomações legais como: Código Civil de 1916, Constituição Federal de

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: carina.souza@imed.edu.br

² Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: babidecosta97@gmail.com

1988 e Código Civil de 2002. Nesse sentido, destaca-se a importância do advento da Constituição de 88 no que diz com a proteção da família.

Ainda discorre-se acerca do Código Civil de 2002, responsável por introduzir mudanças significativas no campo do direito de família. Por fim, aborda-se nesse primeiro segmento, alguns princípios extremamente relevantes no processo de compreensão das relações familiares contemporâneas.

Em um segundo momento, discorre-se acerca do afeto como elemento estruturante da relação familiar. Analisa-se assim a afetividade no contexto familiar, com enfoque para os deveres de cuidado, assistência e proteção decorrentes do poder familiar. Tendo em vista estes conceitos, verifica-se a configuração do abandono, diante da omissão ou negligência paterna no cumprimento destas obrigações. Nesta perspectiva, discute-se os danos psicológicos e emocionais decorrente do abandono afetivo e a necessidade de reparação à luz da responsabilidade civil.

Por derradeiro, na terceira parte, examinam-se o entendimento jurisprudencial, sobretudo no que diz respeito à atuação da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em decisão do recurso especial 1.159.242/SP, que versa sobre a possibilidade de reparação em decorrência do abandono afetivo. Analisa-se os fundamentos jurídicos apontados na decisão prolatada pela Ministra Relatora Nancy Andrighi, buscando-se construir um posicionamento crítico acerca do dever de cuidado e conseqüente reparação em virtude da sua inobservância.

O presente artigo utilizou-se do método de abordagem dedutivo, partindo de uma análise geral das relações familiares, bem como da configuração do abandono afetivo para, posteriormente, examinar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça na decisão do recurso especial 1.159.242/SP. Empregou-se ainda, os métodos de procedimento histórico e monográfico, realizando-se inicialmente um apanhado histórico do processo de evolução da estrutura familiar, para em seguida dirigir-se à análise e

compreensão do afeto como elemento essencial à relação familiar. Por fim, utilizou-se como técnica de pesquisa a documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica em livros, periódicos, artigos e estudo jurisprudencial.

1 As relações familiares no âmbito jurídico

É de notório saber que o conceito de família não pode ser visto como algo engessado, isso porque ocorreram, e ainda ocorrem, várias mudanças sociais que afetam o núcleo familiar. Dessa forma, faz-se necessário entender de que maneira o conceito de família e as relações familiares modificaram-se no decorrer dos anos.

A estrutura familiar vigente resulta de um longo processo de desenvolvimento humano e social. Verifica-se que o primeiro modelo familiar advém do direito romano, trata-se de uma organização patrimonial, parental e patriarcal (GONÇALVES, 2010). Foi justamente em Roma que a expressão “Pátrio Poder” tornou-se conhecida, neste período as relações familiares organizavam-se em torno da figura do “*pater familias*”, que exercia um papel autoritário frente à esposa e aos filhos, ficando esses submissos a figura do pai. Acerca do Pátrio Poder, Reis esclarece que (2005, p. 58):

[...] em Roma, o pátrio poder continha uma conotação eminentemente religiosa, o *pater familias*, o qual era denominado o condutor da religião doméstica, o condutor de sua família, tal como filhos, tendo inclusive sobre eles o poder de vida ou de morte, bem como possuía o poder sobre o patrimônio da sua família.

É perceptível que naquela época os poderes de mando concentravam-se somente em uma pessoa, inclusive os religiosos. Conforme Venosa (*apud* SILVA, p. 14, 2017) a religião concedeu ainda mais soberania ao chefe de família, que poderia controlar a religião, os costumes, e ditar regras de convivência a todos que pertencessem ao grupo familiar, sendo essas desobedecidas, caberiam sérias punições.

Nesse sentido, pode-se concluir que só havia um superior no grupo familiar, que decidia todas as questões pertinentes aos seus filhos, esposa e demais dependentes. Corroborando a isso, Silva destaca (2017, p.14):

Em síntese, o Pátrio Poder resumia-se ao *pater*, que possuía poderes ilimitados sobre os demais membros da família, principalmente sobre seus filhos, exercendo uma jurisdição paralela à estatal. O genitor era possuidor de um poder soberano, onde poderia tutelar a vida de seus filhos e dos demais membros da entidade familiar, tendo liberalidade para julgá-los, puni-los, matá-los, abandoná-los, casá-los e separá-los, além de deter o domínio sobre todos os seus bens.

Durante a Idade Média o conceito de família ganhou novos contornos, especialmente por que as relações familiares passaram a ser regidas pelo direito canônico. Muito embora, as significativas mudanças na base estrutural do que se entende por família, o modelo patriarcal instituído pelos romanos perdurou ao longo de séculos.

A partir das revoluções liberais e das transformações históricas e culturais vivenciadas nos séculos XIX e XX, buscou-se compreender o conceito de família em consonância à realidade social, destituindo-lhe assim o caráter canonista e dogmático (GONÇALVES, 2010). No entanto, a entidade familiar somente alcança efetiva proteção no cenário internacional com o advento da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. O artigo XVI da declaração define a família como núcleo natural e fundamental da sociedade, salientando a necessidade de proteção deste instituto.

No Brasil, a estrutura familiar passou por mudanças significativas com o advento do Código Civil de 1916, o modelo patriarcal anteriormente mencionado paulatinamente foi reestruturado. As características de mando na figura masculina ainda predominavam, mas representando uma tímida

transformação, a mulher poderia assumir o papel do homem na ausência desse (GONÇALVES, 2010).

O processo de reconhecimento de novos modelos familiares fortaleceu-se a partir da década de 50, em decorrência justamente da crescente urbanização e dos movimentos migratórios (DOLCE, 2016). Em que pese o Código Civil de 1916 ainda apresentar traços de um modelo familiar patriarcal e hierarquizado, constituído unicamente pelo vínculo matrimonial, o desenvolvimento cultural da sociedade brasileira possibilitou a articulação de entidades familiares diversificadas que, posteriormente, alcançariam proteção jurídica com o advento da Constituição Federal de 1988.

O texto constitucional vigente conferiu à família especial proteção, democratizando uma matéria que até o momento fora alvo de uma abordagem pouco abrangente. A Constituição instituiu uma entidade familiar plural pautada, sobretudo, no vínculo afetivo. Nessa perspectiva, Gonçalves ressalta a existência de três eixos delineadores da proteção constitucional à família:

Assim o art. 226 afirma que a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição. O segundo eixo transformador encontra-se no § 6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento. A terceira grande revolução situa-se nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres (GONÇALVES, 2012, p. 33).

O Código Civil de 2002 surgiu após as mudanças sociais da segunda metade do século passado, em especial, posterior ao advento da Constituição Federal de 1988. O mencionado Código concedeu maior responsabilidade aos pais e instituiu uma estrutura familiar consubstanciada no elo afetivo, em contraponto ao critério sanguíneo (GONÇALVES, 2012).

Além disso, o Código Civil de 2002 trouxe inúmeras inovações, sobretudo, no âmbito do direito de família. Destaca-se

aqui o artigo 1.511, que estabelece papéis iguais aos cônjuges no que se refere à relação familiar, não dando oportunidade à distinção entre eles. Esse diploma legal oportunizou ainda a ampliação do conceito de família, principalmente por meio da normatização da união estável, passando esta a ter caráter familiar. Os filhos também alcançaram tratamento mais igualitário em relação aos seus direitos. A contestação do marido aos filhos de sua mulher teve seus preceitos revisados, e a adoção obteve procedimentos judiciais tanto no caso de crianças quanto no de adolescentes (GONÇALVES, 2012).

Nessa perspectiva, a opinião de Dias sintetiza o que representou a criação do Código Civil de 2002 (2015, p. 33):

Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Foram sepultados dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos, como as referências desigualitárias entre o homem e a mulher, as adjetivações da filiação, o regime dotal etc. (DIAS, 2015, p. 33)

Após contextualizar a origem das relações familiares, é importante destacar alguns princípios que as norteiam. A legislação por si só não é capaz de acompanhar a evolução das relações familiares, e nesse contexto os princípios são indispensáveis para que realidade e legislação se aproximem.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, é considerado um princípio basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 1988). Ele é essencial e deve sempre ser considerado, prevalecendo em caso de conflito com outros princípios.

Esse princípio tem o objetivo de garantir a igualdade entre as famílias e entre os filhos, sendo eles concebidos na constância do casamento ou não - o que não ocorria antes da Constituição de 1988. É também através desse princípio que a maioria dos doutrinadores vislumbram a possibilidade dos pais serem responsabilizados

civilmente por deixarem de prestar afeto aos seus filhos (SILVA, 2017). Neste mesmo sentido, Dias (2015, p.45) aponta de forma breve e clara que “a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer”.

Para além do princípio da dignidade da pessoa humana, cabe aqui destacar o princípio da igualdade. Este princípio constitucional visa a não discriminação no núcleo familiar, tendo como decorrência o tratamento igualitário dos membros da família. Desse modo, os filhos têm direito a um tratamento igualitário independente de serem eles legítimos ou não. Assim como os genitores tem as mesmas responsabilidades na criação de seus filhos, não sendo cabível que apenas um se comprometa com a criação e responsabilização de seus dependentes (SILVA, 2017).

Acerca do princípio da solidariedade Dias (2015, p. 48) assevera que a “solidariedade é o que cada um deve ao outro”. Este princípio pode ser visto como a base para as relações familiares e afetivas, assim o sentimento de empatia torna-se o responsável para que o grupo familiar encontre suporte uns para com os outros (MADALENO, 2107). A família, portanto, constitui a base de apoio para o pleno desenvolvimento da criança, pois somente nela que os indivíduos poderão encontrar sentimentos verdadeiros de amor, afeto cuidado e compreensão.

O princípio da afetividade por sua vez não poderia deixar de ser abordado, tendo em vista que nas relações familiares contemporâneas, ele é responsável pelo sentimento de amor recíproco entre pais e filhos. Pode-se considerar que se uma criança recebe afeto desde seu nascimento, ela será uma pessoa saudável principalmente em relação à personalidade. O desenvolvimento de problemas relacionados à agressividade, por exemplo, será muito menor. Dessa forma, nota-se a importância e o impacto que a afetividade tem nas relações familiares.

O princípio da responsabilidade, previsto no artigo 227 da Constituição Federal, estabelece como dever familiar a criação, educação, zelo e o sustento material e afetivo dos filhos (SILVA,

2017). Sendo assim, a constituição de uma família precisa de planejamento e comprometimento, uma vez que os pais tornar-se-ão os responsáveis pelos seus filhos e por suas atitudes. Um núcleo familiar sem essas qualidades fica frágil e a mercê de problemas que muitas vezes, demoram a ser solucionados.

Diante das ideias apresentadas, pode-se notar que as famílias vêm mudando de forma rápida, isso acontece devido às variações sociais. Não se mostra possível conceituar a família a partir de um modelo estratificado, que comporta apenas um pai, uma mãe e filhos. Na modernidade é perfeitamente aceitável que vários modelos de família surjam, colaborando para diversificação familiar, cultural e social.

Apesar das mudanças significativas, a família continua sendo o alicerce dos indivíduos, para que estes se sintam integrados em um grupo e para que possam aprender valores éticos, morais e sociais. Além disso, a família se torna indispensável no que se refere a sentimentos intrínsecos dos seres humanos. Nessa perspectiva, Dias (2015, p. 34) refere que:

A família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança respeito e amor.

Deste modo, evidencia-se que o afeto é elemento essencial às relações familiares, por isso alcança proteção no ordenamento jurídico brasileiro, não só a partir dos princípios mencionados como também, encontra guarida no Código Civil e no texto constitucional vigente.

2 O abandono afetivo e a responsabilização de quem abandona

Inequívoco que o conceito de família tem ligação intrínseca ao princípio da afetividade, dessa forma as organizações familiares, para além do aspecto consanguíneo e patrimonial, tem com

elemento estruturante o afeto (DOLCE, 2016). A partir dos laços afetivos nutridos no seio familiar a criança sente-se integrada, iniciando assim o processo de desenvolvimento psicossocial (OSHIRO, 2017). Nesse sentido, a família constitui o primeiro espaço de convivência e diálogo, por este motivo o afeto e o cuidado são essenciais à formação psicológica e emocional da criança ou adolescente.

Notadamente, o reconhecimento da filiação socioafetiva revela a preocupação do constituinte brasileiro em reafirmar o afeto como “critério válido, juntamente como o critério biológico, para definição de família” (DOLCE, 2016, p. 96). A socioafetividade traduz-se na posse do estado de filho, por isso mesmo transcende o vínculo biológico e funda-se no laço afetivo existente. Neste mesmo sentido, Oshiro (2017) destaca que as relações familiares contemporâneas têm por base ligações afetivas em contraponto aos vínculos exclusivamente biológicos.

Muito embora não se verifique no texto constitucional menção expressa ao afeto, este se apresenta como elemento estruturante da entidade familiar, uma vez que a família deve estar voltada à educação, cuidado e assistência material e emocional da criança ou adolescente.

No plano infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura o pleno gozo do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas em processo de desenvolvimento (OSHIRO, 2017). Além disso, prevê o direito da criança a participar da vida familiar e comunitária, sem qualquer discriminação. Oportuno registrar ainda que o Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, de forma a garantir à criança um ambiente familiar saudável e afetuosos.

Cabe aqui sinalar que, para além de direitos da criança ou adolescente, o convívio, a assistência e o cuidado tratam-se também de deveres familiares oriundos do chamado poder familiar. O artigo 1.634 do Código Civil elenca uma série de obrigações legais inerentes

ao exercício do poder familiar, dentre as quais se destaca a criação e educação dos filhos.

Nessa perspectiva, tem-se configurado o abandono afetivo diante do “rompimento do elo de afetividade ocasionado pela falta de convívio dos pais com os filhos” (OSHIRO, 2017, p. 244), situação esta que compromete significativamente o desenvolvimento psicológico e emocional dos filhos.

Fundamental esclarecer, que o afeto somente é tido como dever jurídico no seio da relação familiar em face daqueles que detêm o exercício efetivo do poder familiar, ou seja, trata-se de uma obrigação jurídica restrita a relação paterno-filial (DOLCE, 2016). Nesse sentido, o artigo 1638, II do Código Civil Brasileiro prevê como sanção ao genitor que abandona o filho a perda do poder familiar (BRASIL, 2002).

A doutrina majoritária diverge desta previsão legal, tendo em vista que a cessação do poder familiar prejudica diretamente a criança ou adolescente. Consistindo assim, não somente em “malefícios ao menor prejudicado, mas em verdadeira premiação ao genitor que o abandona” (DOLCE, 2016, p.100), ao passo que este fica isento das responsabilidades para com a criança.

Delimitado o conceito de abandono afetivo, oportuno esclarecer que este se difere do chamado abandono material. Dessa forma, mesmo que o abandonador se mostre adimplente com as obrigações alimentares, deixando injustificadamente, de exercer sua parcela de poder familiar configurar-se-á o abandono afetivo.

O fornecimento de prestações materiais necessárias à subsistência da criança ou adolescentes não exclui a obrigação afetiva decorrente da relação familiar. O suporte afetivo é um dever jurídico paralelo à responsabilidade alimentar, decorre do exercício do poder familiar e não está atrelado única e exclusivamente à guarda. Nessa perspectiva, os pais têm o dever legal de assegurar à criança ou adolescente a assistência afetiva e intelectual mesmo que não detenham a guarda.

Assim, em se tratando de avanços no campo do direito de família, observa-se que muito tem se falado nos dias atuais sobre a afetividade, e, por consequência, em indenização pelo abandono afetivo (LOMEU, 2009). Dessa forma, verificou-se que mesmo diante da adimplência dos deveres materiais, torna-se possível responsabilização civil do abandonador afetivo.

No que concerne à responsabilidade civil, o artigo 927 do Código Civil disciplina que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002). Nesse sentido, a ilicitude decorre do “comportamento de omissão voluntária ou negligência assumido pelo genitor com relação ao menor sob seu poder familiar” (DOLCE, 2016, p.100). De fato, o abandono afetivo trata-se de uma lesão extrapatrimonial a um bem jurídico tutelado, ocasionada pela displicência dos pais no exercício do poder familiar.

O artigo 186 do Código Civil Brasileiro dispõe ainda que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002). O abandono afetivo configura ato ilícito “na medida em que representa violação do dever de cuidado do genitor, bem como do direito à convivência do menor” (DOLCE, 2016). Desse modo, diante da possibilidade de reparação pelo dano afetivo sofrido, cabe lembrar que o ingresso da ação indenizatória deve observar os requisitos essenciais da responsabilidade civil: existência de ato ilícito, o dano, nexo de causalidade entre ato e dano e culpa ou dolo.

Muito embora o abandono afetivo tratar-se de dano moral, este deve estar devidamente comprovado, por isso mesmo faz-se necessário a produção de provas não se admitindo a presunção do evento lesivo. Nesse sentido, o direito de família adota a teoria restritiva do dano moral, de modo que os reflexos do abandono dever ser nítidos e o requerente deve comprovar a lesão psicológica proveniente de tal abandono. Logo, entende-se que a ausência da figura paterna, exclusivamente, não configura o abandono afetivo,

sendo assim os elementos probatórios devem atestar os danos à personalidade da criança ou adolescente (DOLCE, 2016).

De qualquer sorte as demandas judiciais que pleiteiam a indenização em decorrência do abandono afetivo sofrido devem trazer demonstração substancial do dano. Nessa perspectiva, é fundamental que “sejam produzidas provas sólidas por meio de perícias interdisciplinares com metodologia própria e específica, de modo a constatar a ocorrência do dano e do nexo de causalidade” (DOLCE, 2016, p.103).

Diante da ocorrência do abandono e efetivo dano à criança ou adolescente, necessário ainda comprovar a existência de nexo causal. Dessa forma, a ausência, descaso ou negligência dos pais deve corroborar diretamente para o dano sofrido pelo filho. Alguns fatores podem justificar uma quebra do nexo causal, como exemplo, tem-se a alienação parental que obsta a convivência e acesso a criança ou adolescente.

Observou-se que não só o abandono material é digno de tutela jurídica, como também, o abandono afetivo requer uma prestação jurisdicional efetiva. Nesse sentido, analisar-se-á o posicionamento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no que diz com a proteção jurídica do afeto e a configuração do abandono, verificando a partir da análise do recurso especial nº 1159.242, a possibilidade de reparação pelos danos afetivos sofridos.

3 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da responsabilização civil por abandono afetivo

Tendo em vista o reconhecimento do afeto como elemento indispensável à configuração da relação familiar, bem como o número crescente de casos de abandono afetivo, os juristas brasileiros atentam para uma questão fundamental relacionada ao dano afetivo, especialmente no tocante à (im) possibilidade de reparação pela via judicial.

A responsabilização civil por abandono afetivo oriundo das relações familiares é questão recorrente no sistema judiciário brasileiro. Revela-se, no mínimo, hipótese de indagação se os transtornos psicológicos provenientes da falta de afeto no seio familiar são capazes de implicar sequelas que originariam reparação (LOMEU, 2009).

Nessa perspectiva, a doutrina e a jurisprudência brasileiras entendem que a negativa de afeto a aqueles que se encontram sujeitos ao exercício do poder familiar, configura de fato o abandono afetivo. Ao se omitir das obrigações legais de cuidado, proteção e assistência o abandonador comete ato ilícito passível de reparação na esfera judicial.

O entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em decisão do REsp 757.411/MG, no ano de 2005, afastou a possibilidade de indenização em decorrência do abandono afetivo (OSHIRO,2017). Atualmente, o STJ reconhece que o abandono afetivo configura ato ilícito ensejando assim a responsabilização dos pais.

Nesse sentido, analisou-se o recurso especial nº 1159.242/SP, justamente por tratar-se de uma decisão paradigmática no âmbito do Direito de Família. A Ministra Relatora Nancy Andrighi reconheceu a possibilidade de indenização em decorrência do abandono afetivo, divergindo do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2005. Sendo assim, mostra-se oportuno examinar os fundamentos jurídicos que conduziram a esta decisão a partir da exposição das teses argumentativa invocadas pela Relatora.

Antes, porém de dirigir-se a análise da decisão, necessário esclarecer que o recurso especial em discussão fora impetrado por Antônio Carlos Jamas do Santos em face de Luciane Nunes de Oliveira Souza. Em primeiro grau de jurisdição, julgou-se improcedente o pedido formulado por Luciane, que interpôs apelação para o Tribunal de Justiça de São Paulo. O tribunal

reconheceu o abandono afetivo e fixou a compensação por danos morais no montante de R\$ 415.000,00.

Inicialmente a ministra atenta para as questões pertinentes à aplicação do dano moral nas relações familiares. Muito embora alguns juristas brasileiros neguem “a possibilidade de indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012, p.3), a relatora reconhece que e a aplicação das regras relativas à responsabilidade civil mostra-se possível no âmbito de proteção do Direito de Família.

Não existe, portanto, limitação legal que inviabilizem a responsabilização civil do abandonador. A Constituição Federal e o Código Civil Brasileiro tratam o tema responsabilidade civil de maneira abrangente, regulando inclusive as relações provenientes do núcleo familiar.

Além disso, a ministra destaca que a perda do poder familiar, apontada como a única punição cabível aos pais que descumpram com seus deveres legais, não obsta, sequer suprime a possibilidade de indenização ou compensação pelo dano moral sofrido.

No que tange a caracterização do dano moral, a relatora aduz ser necessário a “tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 4). No entanto, como demonstrado no segmento anterior, as relações familiares são dotadas de certo grau de complexidade, justamente porque constituem-se a partir de valores subjetivos, tais como amor, afetividade, mágoa, dificultando assim a identificação dos elementos configuradores do dano moral.

Muito embora o liame subjetivo característico da entidade familiar, mostra-se possível destacar elementos objetivos na relação paterno-filial que se consubstanciam em obrigações legais decorrente do vínculo familiar existente. Nessa perspectiva, é indiscutível a existência de um “vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012, p.5). Dessa forma, a previsão legal do poder familiar

visa assegurar o direito ao cuidado, à criação e à educação, vetores extremamente necessários ao pleno desenvolvimento social e psicológico da criança. A relatora destaca que “é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012, p.5).

Necessário registrar que há muito se reconheceu a responsabilidade paterna no que diz com a manutenção material da prole, admitindo-se, inclusive, a prisão civil daqueles que descumprem com este dever. Na seara da proteção psicológica e moral dos filhos, observa-se um reconhecimento paulatino da aplicabilidade da responsabilidade civil.

Dessa forma, a responsabilidade civil subjetiva resulta de uma ação ou omissão que provoca prejuízo à terceiro. Ao abandonar afetivamente a criança ou adolescente os pais se omitem de um dever legal de proteção. Nesse ponto, fundamental ressaltar que “o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção - alimento, abrigo e saúde -, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários a uma adequada formação - educação, lazer, regras de conduta” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012, p.7).

Tendo em vista esta constatação, entende-se que o cuidado e atenção à criança não são elemento acessórios à criação, mas constituem em um fator essencial, sobretudo no que diz com o pleno desenvolvimento psicológico da criança. Desse modo, a omissão paterna em cumprir os encargos oriundos do poder familiar - cuidado, zelo e assistência - produz danos emocionais dignos de reparação (DIAS, 2015). Diante disso, a relatora registra que “o cuidado é fundamental para a formação da criança ou adolescente” de tal sorte que o objeto de análise aqui posto trata-se da “verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012, p.8).

Cabe ressaltar ainda que negar ao cuidado o status de obrigação legal implica em frustrar a proteção constitucional

conferida à criança e ao adolescente, colocando-os em estado de vulnerabilidade. Desta forma, outorgando ao cuidado o título de obrigação legal “supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012, p.9). Não se discute aqui o amor, mas sim a obrigação legal de cuidar, decorrente do poder familiar.

Nesse sentido, esclarece a relatora que “amar é faculdade, cuidar é dever” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012, p.9), de tal sorte que frente ao descumprimento do dever legal de cuidado mostra-se possível a reparação.

Encaminhando-se ao fim de sua sustentação a ministra destaca que a prestação jurisdicional, deve assegurar efetividade à norma constitucional, principalmente naquilo que se refere à proteção da criança ou adolescente. Cabe ao julgador, portanto valer-se da ponderação, “sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 11). Assim sendo, a relatora decidiu pelo provimento parcial do recurso especial, reduzido o valor da compensação para o montante de R\$ 200.000.

A decisão, incontestavelmente, conferiu novos contornos a uma matéria de extrema relevância no âmbito do Direito de Família, reconheceu-se em definitivo a possibilidade de reparação diante de abandono afetivo.

Dessa maneira, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reafirmou a essencialidade do afeto como elemento estruturante da base familiar contemporânea, reconhecendo assim o valor jurídico do cuidado. A responsabilização do abandonador, portanto, emerge como alternativa ao judiciário brasileiro na garantia da proteção do melhor interesse da criança, tendo em vista que a cessação do poder familiar aplicada nos casos de abandono acarretava maiores prejuízos à criança.

Conclusão

Considerando o estudo realizado, percebe-se que a família sofreu consideráveis mudanças no decorrer dos anos. A figura do “pátrio poder” advinda de Roma perdeu força, principalmente, porque a estruturara familiar patriarcal cedeu posto a um modelo plural e diversificado.

Além disso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 conferiu à família especial proteção, colaborando assim para que esse instituto alcançasse contornos bem definidos nos ordenamentos jurídicos de inúmeros países.

No tocante ao direito interno, a Constituição Federal de 1988 ampliou de forma significativa o conceito de família. Verificou-se que as relações familiares contemporâneas se estruturam a partir das ligações afetivas existentes, desvinculando-se assim o conceito de família do critério exclusivamente consanguíneo.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 conferiu ao afeto amparo jurídico, na medida que estabeleceu aos pais deveres fundamentais no que diz com a proteção, assistência e cuidado dos filhos. Essas obrigações legais decorrentes do chamado poder familiar, asseguram à criança e ao adolescente condições indispensáveis ao pleno desenvolvimento psicológico e emocional.

Logo, a ausência paterna no cumprimento do dever de cuidado ocasiona o rompimento do elo de afetividade, prejudicando a formação psíquica e social da criança. Tem-se assim configurado o abandono afetivo. Diante disso observou-se que esse comportamento negligente dos pais para com os deveres inerentes ao exercício do poder familiar pode ensejar a responsabilização civil.

Nessa perspectiva, o abandonador pode ser responsabilizado pelo dano afetivo que causou, conforme destaca a Ministra Nancy Andrighi em decisão do recurso especial nº 1.159.242/SP. A mencionada decisão corrobora com as ideias assinaladas no presente artigo, uma vez que é possível atribuir a quem abandona o dever de indenizar o abandonado. O cuidado, portanto, é erigido à

condição de dever jurídico, ensejando a responsabilização por abandono afetivo.

Assim, a decisão analisada lançou mão de um entendimento paradigmático no âmbito do direito de família, consolidando o afeto como valor essencial nas relações familiares. Sendo assim, deflagrado o abandono afetivo, naquilo que diz respeito ao descumprimento do dever de cuidado, pode-se pleitear judicialmente a sua reparação.

Referências

BRASIL. **Constituição da República de Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26/10/2017.

_____. **Código Civil (2002)**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29/10/2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 407.688-8. Relator Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf >. Acesso em: 02/10/2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DOLCE, Fernando. Abandono afetivo e o dever de indenizar. **RJLB**, p. 93-110, ano 2, n.1, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Vol. 6. 9^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOMEU, Leandro Soares. Afeto, Abandono, Responsabilidade e Limite: diálogos sobre ponderação. **IBDFAM**, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 7^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OSHIRO, Alexandre Hiroki. Indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo de menores. **Unisanta Law and Social Science**. p. 238 - 254; vol. 6, n. 2, 2017.

REIS, Clarice Moraes. O poder familiar na nova realidade jurídico-social. Dissertação de Mestrado em Direito Civil Comparado. **Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**. São Paulo. 2005, p. 45. Disponível em: <<http://livroso1.livrosgratis.com.br/cpo12528.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

SILVA, Láisa Santos da. **Responsabilidade civil por abandono afetivo: Punição pela violação do dever de cuidado ou preço por não amar?** 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito - Área: Direito Civil) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis.

Aspectos referentes à síndrome da alienação parental e sua influência na vida da criança

*Daniela Dal Savio de Souza*¹

*Josiane Nunes*²

Introdução

A unidade familiar, desde os primórdios sempre teve uma posição de suma importância perante o aprendizado, educação, crescimento físico e psicológico de seus descendentes diretos. No entanto, o cenário histórico da família passou por profundas transformações no decurso do tempo, tanto na sociedade, quanto no ordenamento jurídico.

As unidades passaram então, a possuir o poder familiar, não mais somente nas mãos da figura do pai da unidade familiar, mas sim igualmente oportunizado a figura da mãe, rompendo com os ditames do pátrio poder.

Nesse contexto, os pais passaram de certa forma a exercer gradualmente, simultaneamente e em igualdade, a responsabilidade pela prole. Dessa forma, a criança nascida em certa unidade familiar biológica, cresce levando em consideração as atitudes e forma de agir de seus pais como exemplos durante seu desenvolvimento, isso no próprio ambiente familiar a qual faz parte.

¹Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: danidalsavio@gmail.com

²Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: josiane_pf@hotmail.com

Todavia, levando em consideração essa interação e influência direta dos pais sobre o desenvolvimento de seus filhos, relembra-se de uma das síndromes mais danosas para o rompimento do vínculo socioafetivo, do poder familiar de um dos genitores(as) e principalmente geradora de danos psicológicos, psicossociais e físicos a criança. Essa síndrome é conhecida como “Síndrome da Alienação Parental”, onde um dos genitores se volta em objeção ao outro genitor, alienando a própria criança para ter uma visão obscura em geral, sobre o outro genitor e suas atitudes.

A verdade é que a maioria das unidades familiares não possuem conhecimento sobre esta Síndrome, que acomete muitas famílias do Brasil e do mundo. Dessa forma, é perceptível que as sociedades familiares que desconhecem essas síndromes, acometidas por elas mesmas à suas próprias unidades, não possuem previamente à mensuração dos prejuízos e “coágulos” à que podem dar origem.

Considerando as informações anteriores, no presente artigo será abordada a “Síndrome de Alienação Parental – SAP- em três partes. Na primeira parte será tratada sobre sua definição, origem e de que forma e em qual momento ocorre; na segunda parte será abordado o aspecto relacionado aos indivíduos envolvidos, os diferentes níveis e proporções da síndrome em estudo; e, na terceira parte será discutido sobre os efeitos sobre a criança vítima da Alienação Parental.

Por intermédio de todas as análises sobre o tema, toda a explanação de suas especificidades, buscar-se-á chegar a uma conclusão das possíveis formas de evitar a devastação da unidade familiar por essa síndrome. Aos casos que já foram acometidos pela SAP, demonstrar-se-á soluções, tratamentos ou até mesmo os cuidados existentes para estagnar a ação dessa síndrome sobre todos os indivíduos vítimas, e, até mesmo fazendo com que o genitor(a) alienante tenha realmente o discernimento dos efeitos que ele mesmo está causando.

1 A síndrome de alienação parental - SAP

A Síndrome de Alienação Parental, também conhecida pela sigla SAP, foi descoberta pela primeira vez em estudos e análises feitos no âmbito da psiquiatria infantil e situações patológicas, os quais foram conduzidos pelo psiquiatra americano Richard A. Gardner, em 1985. Essa síndrome, seria definida como uma espécie de distúrbio da infância, que ocorre exclusivamente em um contexto de situação de divórcio ou separação de uma unidade familiar.

A SAP teve sua origem, de certa forma, com a dissolução do casamento perante as unidades familiares, fruto das reais transformações ocorridas em meados do séc. XXI, o qual trouxe consigo mudanças em diversos quesitos, como familiar, cultural e social.

Na década de 70 houve a criação de uma lei para regular a situação de dissolução de casamento e discussões a respeito da guarda dos filhos e o conflito de interesses em relação aos cônjuges que não mais possuíam a vontade de permanecerem unidos sobre um mesmo ambiente familiar.

Na década seguinte, para solucionar parte de alguns litígios de cunho conjugal dentro do ambiente familiar, entra em vigor a Constituição Federal, trazendo consigo o tema do poder familiar. Conforme é demonstrado na Constituição Federal, em seu art. 226, §5º “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988), especialmente quanto aos filhos.

Por meio da previsão legal acima, chega-se ao conhecimento de que ambos os pais irão exercer o poder familiar sobre os próprios filhos de forma totalmente igualitária, como também seus respectivos direitos e deveres. Assim, mesmo após o divórcio e a quebra das relações afetivas entre os pais, o domínio do poder familiar deverá continuar a existir de modo igualitário a ambos, na mesma proporção e intensidade.

Para a real efetivação do poder familiar e a priorização do princípio do melhor interesse da criança, houve a introdução do direito de guarda, previsto legalmente no art. 1.583 do Código Civil (BRASIL, 2002), a qual é estabelecida em dois moldes:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 50) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Verifica-se então, que existem duas formas de guarda, a unilateral e a compartilhada. A denominada guarda unilateral, trata-se do caso onde somente um genitor terá a guarda do filho da unidade familiar a qual existia antes do divórcio, enquanto o outro terá apenas direito a visitas, mas também o dever e direito de exercer seu poder familiar, já que também é um dos pais da criança.

Já a guarda compartilhada, diferentemente da primeira, será dividida em proporções iguais para ambos os pais, onde em certo período o filho ficará com um e em outro período com o outro, no entanto os dois possuíram a mesma proporção de poder familiar e guarda sobre seu filho. Em ambos os modelos de guarda, percebe-se que se busca primeiramente, a efetivação do princípio do melhor interesse da criança e sua proteção integral, já que a mesma necessita de uma unidade familiar, mesmo que fragmentada para poder se desenvolver de forma correta e saudável.

Conforme explanado por Lima e Coutinho (2017), com o aumento de números de divórcios, o Poder Judiciário constatou a exigibilidade de criar uma vara especializada, a qual abordasse somente temas voltados à família. Ademais, uma das demandas de maior ocorrência é a discussão sobre a guarda, que muitas vezes está

cumulada com o divórcio por via judicial, exclusivamente, onde permite-se que o Estado intervenha por meio do Ministério Público, na função de guardião dos direitos da criança e do adolescente.

É devido à disputa pela guarda da criança que, segundo Richard Gardner, surge uma nova problemática, a denominada Síndrome da Alienação Parental, fenômeno que ocorre normalmente após uma ruptura do casamento, onde um genitor afasta o filho do outro genitor, porém outros estudiosos a nomearam de diferentes formas. No caso do sociólogo Immanuel Wallerstein (1980) e do estudioso Jacobs (1988), a síndrome na verdade seria nomeada como Síndrome de Medeia, conceituada da mesma forma que a Síndrome da Alienação Parental, mas pontuando que, após a ruptura do casamento, o filho é visto como uma extensão deles mesmos.

Já para o psicólogo Ira Turkat (1986), a síndrome é como a da Mãe Maldosa, já que associada ao divórcio. O estudioso explica, que a mulher pune seu ex-esposo utilizando-se de meios ilegais e legais para estreitar cada vez mais o convívio com o filho.

Todavia, mesmo com a existência de diversas teorias sobre o tema, a que se destacou foi a do psiquiatra Richard Gardner, como Síndrome da Alienação Parental (SAP), proveniente da Alienação Parental e que não está necessariamente relacionada à mãe como agente ativa.

Como visto acima, a Alienação Parental ocorrerá na maior parte, após um divórcio conflituoso, onde houve a fixação da guarda dos filhos provenientes do casamento antes existente. Ademais, teremos nesse contexto as figuras do genitor alienante, o genitor alienado e a criança alienada.

O genitor alienante é aquele que será o responsável por instaurar, de certa forma, a síndrome, instaurando na mente da criança a sua visão falseada sobre o outro genitor, incutindo que o mesmo é perigoso e que nunca se preocupou ou ajudou na criação da criança, gerando assim, respectivamente, a alienação da própria criança, a qual será o ponto chave para a efetiva alienação do outro

genitor. Perceptível em Perissini (2003, *apud* LIMA; COUTINHO, 2017, p. 10), algumas das frases utilizadas pelo genitor alienante, para desabonar o outro genitor:

“Cuidado ao sair com seu pai. Ele quer roubar você de mim”;

“Sua mãe abandonou vocês”;

“Você não gosta de mim! Me deixa em casa sozinha para sair com seu Pai”;

“Sua mãe não me deixa refazer minha vida”;

“Seu pai me ameaça, ele vive me perseguindo”;

“Seu pai tenta sempre comprar vocês com brinquedos e presentes”;

“Seu pai não dá dinheiro para manter vocês”;

“Sua mãe é uma desequilibrada”;

“Vocês deveriam ter vergonha do seu pai”

“Cuidado com seu pai ele pode abusar de você.

Dessa forma, o alienante, utilizando-se desses artifícios, consegue induzir os filhos a construírem uma visão obscura do outro genitor, ou seja, fazendo com que os mesmos criem, de certa forma, uma imagem distorcida de seu pai ou de sua mãe, de acordo com as informações e pensamentos explanados pelo alienador.

2 Os envolvidos na alienação parental

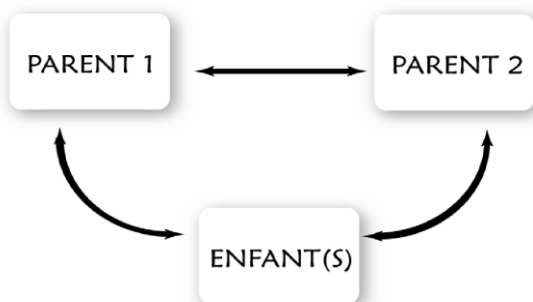
Geralmente, é necessária a existência de três polos envolvidos, que serão, via de regra, os genitores, em que um será o genitor alienante, o outro o genitor alienado e a criança, a qual foi fruto da união antes existente entre os genitores.

O genitor alienador assume o papel principal para a definição da SAP, em face de que ele que fará a respectiva “programação” da criança, por intermédio de atitudes, frases, implantação de falsas memórias e outros, para fomentar o afastamento da criança do outro genitor, e fazendo que o mesmo enuncie restrições em relação a esse.

O genitor alienado, que seria uma espécie de “vítima” da situação, sentirá dificuldade de ter uma boa convivência com a criança, sofrerá com problemas relacionados com a divisão de guarda e a fixação de acordo de visitas, perante o juízo. Todos esses problemas, advindos da conduta de intervenção do genitor alienante, geram o estreitamento cada vez maior do vínculo afetivo e denigrem a imagem do genitor alienado perante a criança.

A criança alienada, com o decorrer da incidência da SAP, adquirirá traços do genitor alienador, isso pois, na maioria dos casos o alienador é o genitor que detém a guarda da criança, ou seja, aquele genitor que tem mais vínculo com a criança. Logo, a criança como conviverá mais com o alienador, acabará por acreditar nas menções deste em relação ao outro genitor, e conseqüentemente depositaram nele toda a sua confiança. Todavia, na criança se originará um sentimento e uma crença negativa constante de raiva e ódio contra o genitor alienado, fazendo até que essa criança se renuncie por completo, em face da presença do outro genitor.

A incidência da SAP, é mais facilmente percebida e concebida se tivermos tratando de uma família básica, onde há triangulação básica: pai, mãe e a(as) criança(s). Conforme Goudard (2008), a triangulação básica, clássica e normalmente existente, seria retratada da seguinte forma:



No caso de uma família básica, a triangulação seria exercida fielmente, ou seja, cada um exerceria as suas atribuições e não

ultrapassaria os limites das do outro. Isso, pois as funções de cada genitor, seja na figura feminina ou figura masculina, frente a criança, influenciam diretamente na construção da personalidade dessa. Em relação aos polos destacados na figura acima, têm-se o genitor 1 (parent1= pai), o genitor 2 (parent2=mãe) e a criança (enfant).

Na obra “A síndrome da alienação parental”, de autoria de Goudard (2008, p. 15-16), é feita uma análise sobre os papéis atribuídos aos genitores e a forma com que eles são transpassados de genitor para genitor. Estabelecendo os papéis de genitor 1 e genitor 2, os quais, as figuras do pai e mãe sistematizam a questão da importância de ambos os genitores, na criação de um ambiente familiar saudável e o desenvolvimento da criança, conforme perceptível assim:

A mãe carrega seu feto e a relação é fusional nos primeiros meses de vida. O pai, como terceiro elemento, vai proteger a mãe durante esta relação fusional, depois ajudará a criança a deixar esta relação fusional para pouco a pouco se interessar pelo mundo externo e comunicar diferentemente. Ele vai tirar a criança da onipotência que esta relação tão íntima com a mãe lhe conferia. Mais tarde, é possível que a mãe intervenha por seu turno como terceira pessoa para reequilibrar uma relação muito fusional com o pai. Assim, pelo jogo da trocas, a criança vai progressivamente construir sua personalidade a partir de um modelo masculino e feminino, ou mais simplesmente a partir da noção de diferença entre os dois genitores. Essa diferença relativiza a força decisional e autoritária de cada genitor, a força da personalidade da criança. Cada um tem o espaço para se construir e existir no respeito e na diferença. Ela permite a experimentação de uma alteridade e a construção da personalidade da criança.

Verifica-se que havendo um recinto familiar saudável ou ainda um divórcio amigável, restará mínima a chance de desenvolvimento da SAP.

3 Estágios e reconhecimento da SAP

A incidência da Síndrome da Alienação Parental não costuma ser a mesma em todos os casos patológicos. Dessa forma, conforme a análise mais aprofundada dessa, por Gardner, foi elaborada uma tese, a qual constatou que existem três estágios da Síndrome, os quais são definidos como: leve, médio e severo, demonstrados respectivamente por Goudard (2008).

O estágio leve, caracteriza-se por ser superficial e reversível. Nesse estágio, são percebidas as seguintes atitudes do genitor alienante perante o seu filho e, conseqüentemente do genitor alienado: “campanha de denegrimto, fenômeno de independência do pensamento, apoio incondicional do alienante, ausência de culpabilidade face à crueldade manifestada, sentimento de ressentimento aos amigos ou à família do alienado e outros” (GOUDARD, 2008, p. 56). A restituição de um ambiente familiar saudável, mesmo após o divórcio, nesse estágio em questão, se dará por meio de apoio e orientação psicológica e judicial à família.

No estágio médio, o qual ocorre com mais frequência, possui maiores peculiaridades, ou seja, os sinais são dotados de maior agressividade, os quais são perceptíveis na maioria das vezes com a transferência de domicílio. Inicia-se assim, uma intensa campanha de denegrimto do genitor alienado à criança. A restituição de um ambiente familiar saudável, nesse caso, só será possível se houver uma intervenção para a prevenção da síndrome de forma rápida, ao contrário, o estágio evoluirá para o severo em um curto espaço de tempo. (GOUDARD, 2008, p. 56-57)

No último e mais preocupante estágio, denominado como severo, encontram-se todos os sinais da SAP, os quais estarão em seu nível máximo de prejuízo perante à criança e o genitor alienado, os quais são irreversíveis ou reversíveis só após muitos anos de acompanhamento psicológico à família. (GOUDARD, 2008, p. 57)

A constatação da existência da SAP em certa família, pode ser feita de forma fácil por um médico, já que o mesmo vai analisar se

há a existência de alguma problemática familiar ou até mesmo um problema de adolescente. O médico constatará por meio das respostas das indagações específicas que fizer à criança alienada, como por exemplo, perguntas, que geralmente fomentem uma descrição da criança em relação aos genitores, conforme demonstrado na obra citada de Goudard (2008, p. 64):

“Descreva teu pai: O que você pensa da família dele? Descreva tua mãe. O que você pensa da família dela? Você vê seu outro genitor? Com que periodicidade? Se não, por que? O genitor 1 te impede de ver o genitor 2? Porque você não quer ver (ou você odeia) seu pai ou sua mãe?...”

Essas perguntas são de suma importância para o diagnóstico da SAP, principalmente se tratando da resposta decorrente da última pergunta, que é fundamental para a constatação. Nessa última pergunta, os médicos costumam repeti-la, até que se chegue em um pretexto ou motivo concreto e não em uma explicação como por exemplo, a criança alegar que tem medo da mãe, porque ela é “malvada”, pois essa justificativa não apareceria se fosse caso de SAP. Salvo se o mesmo pretexto fosse usado indefinidamente (GOUDARD, 2008, p. 64).

Lima e Coutinho (2017) demonstram que existem algumas situações e sintomas, onde pode estar presente a SAP. No caso da guarda por ambos os genitores, mesmo após o divórcio, o genitor alienante retira as visitas ou não devolve a criança para o outro genitor no tempo do acordo, um genitor que não consegue controlar-se psicologicamente na frente da criança, da presença de avós ou padrasto muito controlador, genitor que ameaça raptar a criança ao outro genitor. Consequentemente, a criança começa a se recusar a visitar o genitor que gera algumas dessas situações. Todavia, geralmente o diagnóstico é bem mais difícil de ser feito por uma pessoa leiga, isso devido às especificidades e complexidade da SAP.

Logo depois de uma separação é comum que o genitor que possui a guarda no caso de guarda unilateral ou qualquer um dos dois no caso de guarda compartilhada, use o filho ou filhos como ferramenta para atingir o genitor alienado. Pequenas coisas, frases de efeito, pequenas ações já interferem na relação entre criança e genitor alienado. Tentar afastar o pai ou a mãe da vida dos filhos deturpando a imagem do genitor, são algumas ações corriqueiras praticadas pelo alienante para ter o filho como aliado na guerra contra o alienado, colocando em jogo o papel de pai ou de mãe, onde cada um comprovadamente possui a sua função na criação de seus descendentes.

Não deixar o outro genitor a par da rotina da criança, excluindo o mesmo das tarefas diárias, dos compromissos da escola, até mesmo denegrir a imagem da família do outro, controlar excessivamente os horários de visita, são passos que sutilmente se instala na criança vítima da SAP.

A Lei nº 12.318/2010 traz algumas atitudes que podem ser consideradas como alienação parental:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010).

Quando esta síndrome ocorre, traz consigo vários efeitos negativos que atingem a vida da criança neste árduo processo de sofrimento. A criança alienada geralmente apresenta sentimentos ruins em relação ao alienado, raiva e ódio por exemplo. A criança também demonstra medo em estar com a parte prejudicada pela alienação, já que, o alienante costuma embutir falsas as memórias no filho, dizendo que o ex-cônjuge pode maltratar, violentar, agredir. Essas falsas informações trazem ao descendente a falsa percepção de que um de seus genitores não lhe faz bem, podendo este não ter os cuidados devidos com ele.

Pela influência negativa causada pelo genitor alienante, o alienado passa a ser odiado por seu filho. Nesse sentido, passa a rejeitar o alienado sempre lhe imputando falsas acusações, onde essa rejeição pode se estender à família do alienado. Vale salientar, que dessa forma cria-se uma situação em que um dos pais é bom e o outro é mau, fazendo com que o filho não queria desagradar o alienador perpetrando assim, seu discurso de repulsa e maldade sem demonstrar ao menos culpa ou arrependimentos.

O genitor alienado se torna assim um inimigo e suas visitas se tornam cada vez mais difíceis. Neste momento o vínculo se torna cada vez mais doloroso e complicado, uma relação de desafeto quase irreversível, já que, o vínculo parece estar perdido ou se desfazendo. Este genitor é visto como um inimigo, uma ameaça para tudo que o alienante implanta na memória da criança. Nesse contexto, se instala uma relação de deslealdade e insegurança entre alienado e filho, onde os bons sentimentos de afeto são vistos de forma errada pelo descendente, relação na qual o mesmo não é considerado um bom modelo a ser seguido.

Conclusão

Portanto, torna-se muito aparente que a SAP influencia diretamente e negativamente a formação de uma estrutura familiar sadia. De fato, na infância e na adolescência a criança cria laços, amadurece e elege para si seus modelos de pessoas, pais e também quem irá ter seu respeito, confiança e admiração.

Deve-se salientar, que a exclusão de um dos pais no momento de formação de um ser como todo, pode trazer consequências irreversíveis para o ambiente familiar, criança e alienado. É importante na vida da criança poder entender o valor de pai e de mãe, onde cada um comprovadamente possui um papel decisivo na formação da personalidade, tendo em vista que, se houver incidência desta síndrome, uma das funções de algum dos pais é anulada, fazendo com que a relação filho-alienador seja uma relação de interdependência não sadia para a criança.

É importante que a SAP seja conhecida e combatida com a ajuda do Poder Judiciário, já que a Constituição Federal prevê o zelo pela família, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, compreende-se que a criança é usada nessa relação doentia e acaba sendo privada de um bom desenvolvimento e de vivenciar momentos essenciais para sua formação.

Na luta contra a SAP, quanto mais cedo for detectada e existência dela, com ajuda de profissionais competentes, menos efeitos na vida da criança ela terá, e mais resultados serão obtidos.

A criança e o genitor alienado são o lado frágil destas relações, por este motivo deve-se trabalhar para que os laços entre eles sejam mantidos e o genitor alienante seja punido e tratado para que veja os danos que causou na vida de seu próprio filho. Precisa-se de justiça e amor para que primeiramente os direitos da criança sejam resguardados, uma tarefa árdua para o Judiciário e também para os profissionais que trabalham nesses casos.

Referências

- BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 17 out. 2017.
- BRASIL. Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> Acesso em 17 out. 2017.
- GOUDARD, Bénédicte. **A síndrome da alienação parental**. Monografia (Doutorado em Medicina)-Faculdade de Medicina, Universidade de Claude Bernard Lyon 1, França, 2008.
- LIMA, Mighan Chen; COUTINHO, Cleunice do Carmo. **Olhar Jurídico e Psicológico sobre a Síndrome da Alienação Parental: (Des) Conhecimento Pela Sociedade?**. Revista Eletrônica Direito e Conhecimento, n.2, v.1, 2017, Jul/Dez./2017, p.184-202, Arapiraca/AL-CESMAC, Faculdade do Agreste
- SILVA, Vanusa Santos. **Separação: Uma Criança Vítima de Alienação Parental**. Site: Psicólogos Artigos. Ed. Março/2013. Disponível em: <<<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/separacao-uma-crianca-vitima-da-alienacao-parental>>> Acesso em: 13 out. 2017

O uso do poder familiar como meio de prevenir o *sexting* entre crianças e adolescentes

*Amanda Brum Porto*¹

*Maria Alice Lodi*²

Introdução

O presente artigo tem o objetivo de falar abertamente sobre o “*sexting*” e o poder (que a família exerce sobre ele) familiar dentro dele, principalmente por ser atualmente um tema de extrema importância e de muita proporcionalidade entre crianças e adolescentes.

A partir deste estudo, busca-se fazer com que o tema alcance mais pessoas, cada vez mais compartilhado, com intuito de que de que possam compreender a questão e porque ele gera certa polêmica, principalmente em se tratando de crianças e adolescentes, abordando-se assim, até onde o poder familiar pode chegar quando se trata de *sexting*.

1 Poder familiar

A Constituição Federal assegura às crianças e adolescentes vários direitos fundamentais, um deles é o direito à convivência familiar que se acredita ser um dos mais importantes. Sendo assim,

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: amandaportob@hotmail.com

² Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: mariaalice.lodi@gmail.com

verifica-se que cabe à família cuidar, educar, amar, prevenir e orientar as crianças.

O poder familiar³ é instituído aos pais, definindo seus deveres e direitos com relação aos filhos. Igualmente, e conforme o Código Civil de 2002 instituiu o “pátrio poder”, onde o próprio nome já define o poder do pai como o chefe de família, porém, em 2002, esse termo machista e patriarcal foi excluído da legislação brasileira e substituído por “poder familiar”. Segundo Gonçalves, “o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”. Assim:

A denominação “poder familiar” é mais apropriado que “pátrio poder” utilizada pelo código de 1916, mas não é a mais adequada, porque ainda se reporta ao “poder”. Algumas legislações estrangeiras, como a francesa e a norte americana, optam por “autoridade parental”, tendo em vista que o conceito de autoridade traduz melhor o exercício de função legítima fundada no interesse de outro indivíduo, e não em coação física ou psíquica, inerente ao poder” (GONÇALVES, 2010, p. 397)

Essa autoridade, segundo Donizzeti e Quintella, é irrenunciável, intransferível e imprescritível, ainda ressaltam que os pais não podem renunciar, nem transferir a outros, ainda que seja parente, esse poder. A autoridade é dada aos pais independentemente do seu estado civil. O Estatuto da Criança e Adolescente afirma que esse “poder” será exercido, independentemente de ser o pai ou a mãe. Então:

Os pais devem criar e educar os filhos (art. 1634, I), intelectual, ética e formalmente. Os filhos devem aprender com os pais tudo o que precisam para que um dia possam se tornar independentes, e são, os pais, em primeiro lugar, quem poderá lhes prover

³ O poder familiar é direito e dever que os pais assumem sobre os filhos para que a família esteja ajustada, buscando a convivência pacífica entre os seus membros. A sociedade em que vivemos prevê a igualdade entre as pessoas e isto se estende à autoridade dos pais. São poderes conferidos aos pais, sempre com a finalidade de proteger a criança ou adolescente quanto aos perigos que possam vir a existir, bem como para a preparação da vida. (TAMASSIA, p. 1)

conhecimento, ética e cultura. No exercício desse dever, não basta ensinar os filhos a cozinhar ou pescar, ou coloca-los na escola. Cabe aos pais construir o caráter dos filhos, guiando-os, dando-lhes acesso ao conhecimento, promovendo seu raciocínio e ensinando-lhes como se faz o bem. (DONIZETTI e QUINTELLA, 2013, p. 1042)

As obrigações e responsabilidades dos pais quanto aos filhos estão elencadas no rol do artigo 1645 do Código Civil, que diz que compete aos pais, conforme seus incisos, a criação e educação, tê-los em sua companhia e sob sua guarda conceder ou negar consentimento para o casamento, nomear tutor, no caso de morte, ou não puder exercer o poder familiar, representa-los e assisti-los, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, exigir que obedeçam, respeitem os serviços próprios de sua idade e condição.

Nesse sentido também, Venosa (2004, p. 367), diz que “a convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser lastreada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento”. Concluindo o que Venosa fala, referente aos incisos tratados do art. 1645, deve haver todos esses cuidados para que a convivência com os genitores seja de compreensão mútua de uns com os outros.

O ECA, no seu art. 7º, que trata sobre os direitos fundamentais à vida e saúde diz que “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Ou seja, esses direitos, são fundamentais para uma criança e adolescente, mas existem muitos outros, e muitas vezes tal suporte não é dado, nem pelos pais, nem pelo Estado, nem pela sociedade que, em casos de negligência, tem o dever de denunciar: “Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”. Assim, também o art. 98 do ECA:

As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta. (BRASIL, 1990).

Quando se fala sobre guarda, lembra-se que é um dever e uma obrigação importante e constante dos pais manterem a segurança, educação, saúde e sempre querer o melhor para seus filhos. Em situações em que os pais são separados, deve-se entender que, em nenhum momento ou em nenhuma circunstância, a vida da criança ou adolescente pode ser afetada por problemas e interesses que são apenas do casal, pois há esse indivíduo depende destes para sobreviver e ter o melhor possível para se tornar um cidadão.

Assim referem Donizetti e Quintella (2013, p. 1046): “Quando a sociedade conjugal ou a união estável termina, ou quando os pais não vivem juntos, é necessário que se determine com quem permanecerá a guarda dos filhos menores ou incapazes”.

O que se seguiu foi uma breve referência para que se entenda o que é o poder familiar e os principais aspectos sobre esse isso, mas ainda há muito que se falar sobre o poder familiar. E então,

Preceitua o art. 1630 do Código Civil que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. O dispositivo abrange os filhos menores não emancipados, havidos ou não no casamento, ou resultantes de outra origem, desde que reconhecidos, bem como os adotivos. (GONÇALVES, 2010, p. 398)

Assim, o poder familiar tem como principal dever de proteção das crianças e dos adolescentes, especialmente em razão de que esse ainda não tem condições de tomar decisões que sejam condizentes com sua idade, e, a garantia do melhor interesse dos mesmos.

2 O que é *sexting*?

A palavra “*sexting*” (sex e texting) está totalmente ligada às palavras sexo e texto, o que caracteriza o ato de divulgação de conteúdos sexuais, nudismo ou seminudismo através de celulares ou computadores, por diversos meios que ambos os aparelhos oferecem. (BARROS; RIBEIRO; QUADRADO, 2015, p. 1186).

Segundo Barros (2014), “o termo *Sexting* surge nos Estados Unidos da América, no século XXI, e consiste no envio, compartilhamento e postagem de mensagens eróticas, fotos de corpos desnudos e de vídeos que mostram relações sexuais, ou seja, de materiais que apresentam conteúdos sexuais, sensuais e eróticos, por meio de tecnologias digitais (*smartphones*, *tablets*, computadores, e sites de redes sociais, como *Facebook*, *Twitter*, etc)”.

A prática ganha destaque quando o mundo virtual ganha espaço na vida das pessoas. O celular já não serve como ferramenta apenas para aproximar as pessoas por meio de uma ligação, bem como o computador já não é apenas utilizado para fins de estudo e informação. Com o avanço tecnológico, as pessoas sentem a necessidade de estar por dentro das mudanças, tornando o uso da internet algo do cotidiano e muitas vezes indispensável para grande parte da sociedade. Hoje é possível se comunicar com qualquer pessoa do mundo, a qualquer tempo, efetuar pagamentos, marcar encontros, namorar, tudo com um simples toque na tela do celular ou mouse do computador. São inúmeros aplicativos que proporcionam praticidade para desenvolver uma sequência de atividades via internet. Dentre esses aplicativos destacam-se como, por exemplo: o *Facebook*, *Whatsapp*, *Instagram*, *Tinder*, *Twitter*, *Skype*, entre outros. (BILL, 2011)

Atualmente, assuntos ligados a esses recursos de informação vêm sendo discutidos com mais frequência. Com a “viralização” da

*selfie*⁴ ficou ainda mais fácil o compartilhamento de imagens, seja por adultos, adolescentes e até mesmo crianças.

A grande preocupação dos pais, das escolas e dos programas direcionados a proteção da imagem e futuro das crianças e adolescentes, é o uso indevido de tais aplicativos para compartilhar com outras pessoas (muitas vezes desconhecidas), fotos do corpo, fotos sensuais, fotos em momentos íntimos, fotos de semi nudez, ou os famosos nudes.⁵

A prática do “nude” é definida pelo envio de imagens, não somente de nudismo, muitas vezes os conteúdos apresentam corpos quase nus, próximos à totalidade de exposição. O “nude” está muitas vezes relacionado ao objetivo de flertar, despertar mais interesse, retribuir outro “nude” recebido. Esse recurso é cada vez mais comum entre os adolescentes como meio de expressar sua sexualidade. As fotos recebidas e enviadas, quando repassadas a um número maior de pessoas, tornam-se facilmente assunto de grande repercussão de modo geral, porém, expor o corpo já se tornou algo corriqueiro e tais consequências advindas de uma foto “vazada” são riscos assumidos por quem pratica tal ato. (BIANCHI, 2016)

Bem antes do surgimento desses aplicativos de informação, que colaboraram com o nascimento do “*sexting*”, já era comum o envio de mensagens de texto por celular ou computador com conteúdo sexual. As pessoas trocavam mensagens de texto, onde por muitas surgiam palavras, frases ou textos sugestivos ou até mesmo anexos pornográficos em seu conteúdo. Hoje, existem aplicativos que podem proporcionar encontros fáceis, rápidos e sexo casual com pessoas que se localizam em regiões próximas, tudo com a ajuda de um GPS, já conectado ao celular, que filtra todas as pessoas as quais tem perfis que interessam ao indivíduo, sendo possível a comunicação entre ambas, mesmo sem nunca terem se visto.

⁴ Selfie significa autorretrato. Foto tirada pela própria pessoa que aparece na foto e que é compartilhada por internet. Tudo isso, via celular. (NABUCO 2015)

⁵ Nudez significa o envio de fotos e/ou vídeos nus em rede social. (BIANCHI, 2016) .

Compartilhar fotos, vídeos ou conversas picantes, torna-se um meio de chamar mais a atenção da pessoa desejada.

O grande problema disso tudo está no fato de que as redes sociais tornaram-se algo incontrollável, pois basta uma postagem ou qualquer movimento feito em uma rede social para todos terem conhecimento do ocorrido.

Em alguns casos, jovens e adolescentes expõem sua imagem de forma voluntária, simplesmente por terem vontade de enviar fotos ou vídeos para outrem. Por outro lado, há casos em que os adolescentes são forçados a praticar tais atos, seja por pressão de um companheiro ou até mesmo para ser aceito em determinado grupo. A cada dia crescem os casos de adolescentes que tem sua imagem e sua vida íntima exposta, quando por vontade, descuido ou pressão, uma foto ou vídeo é enviado a um íntimo que passa para terceiros, que repassam para outras pessoas e assim sucessivamente, tornando-se algo incontrollável e cheio de consequências emocionais e psicológicas, chegando, inclusive, a instâncias jurídicas. (WANZINACK; SCREMIN, 2014, p.23)

Alguns casais adultos afirmam que a prática do “*sexting*” pode ajudar na comunicação e incrementar a intimidade do casal, apimentando a relação e tornando-a mais saudável elevando o nível de satisfação e confiança. Com relatos semelhantes aos que se expõem, de certa maneira, vem a encorajar os adolescentes a tal prática, uma vez que adultos também são vítimas da maldade alheia. (STASKO, 2017)

Deve-se lembrar de que o alvo são os adolescentes, os quais, diferentemente dos adultos, muitas vezes ainda não possuem perfeita capacidade de discernimento e, por isso, muitas vezes praticam o “*sexting*” acreditando que nada de ruim pode vir a acontecer, ou acreditando que o pacto será cumprido e nenhuma foto será repassada. (STASKO, 2017)

O ato de divulgação de conteúdos eróticos de qualquer indivíduo, sem o consentimento do mesmo, é ato cabível de punição pela justiça, podendo ser configurado como injúria ou difamação,

uma vez que isso atinge totalmente a honra da pessoa que, devido a isso, está sendo exposta, podendo causar à mesma danos morais irreversíveis e de difícil reparação, dando ênfase aos casos em que trata de adolescentes, onde as penas são ainda maiores, bem como o ato de invasão de redes sociais ou de aparelhos vinculados fazendo o furto de fotos ou materiais eróticos sem a autorização do titular.

Criada pelo deputado Paulo Teixeira e sancionada em 03 de dezembro de 2012 a lei 12.737/2012, Lei Carolina Dieckmann, é uma das mais conhecidas no Brasil, a qual pune quem violar mecanismos de segurança ou equipamentos de informática resultando em uma pena que varia entre 6 meses a dois anos de prisão, além de multa. A atriz Carolina Dieckmann, em maio de 2012, teve 36 (trinta e seis) fotos íntimas copiadas de seu computador pessoal, as fotos que foram divulgadas na internet, tendo sua vida privada exposta para todas as pessoas, em questão de segundos (SIENA, 2013).

Ao enviar uma foto íntima a alguém, existe, no meio desse ato, uma enorme confiança de uma parte com a outra, tendo assim a certeza momentânea de que esses conteúdos jamais serão compartilhados, confiando plenamente no caráter do outro, afinal, não é a intenção do adolescente que as fotos sejam repassadas. É perceptível que, ao compartilhar com outras pessoas este tipo de conteúdo, sabendo que não estava autorizado a fazê-lo, existe uma gigantesca falta de respeito, honestidade, caráter e consideração com a outra pessoa que, inocentemente, teve o objetivo de agradar, retribuir, ser aceito, sentir-se melhor consigo mesmo, aumentar a autoestima, e que, a partir deste ato impensado, vai ter toda sua trajetória adolescente alterada negativamente, lhe causando imensuráveis danos psicológicos e irreversíveis, devendo sim o responsável pela divulgação ser responsabilizado, uma vez que, mesmo não tendo intenção de prejudicar a imagem e a honra alheia constata-se que quem fez a divulgação agiu sem prudência ao espalhar conteúdo que expõe a intimidade e constrange.

Existem serviços e ONGS que estão diretamente vinculados ao “sexting” e suas vítimas, como, por exemplo, a ONG *Safernet*⁶, que atua recebendo denúncias de crimes cibernéticos que agridem os direitos humanos e também estão atualizados de todos os crimes de informação, além de estarem sempre acessíveis para recebimento de denúncias on-line. A “*Safernet*”, juntamente com o Ministério Público, faz encaminhamentos e acompanhamentos on-line de qualquer tipo de crime que viole os direitos humanos através da internet. (SAFERNET, 2017)

Assim, de maneira alguma busca-se julgamentos morais sobre tal questão, uma vez que a prática é consensual, pode ser uma das maneiras de exprimir uma sexualidade sadia. O objetivo é chamar a atenção para tal prática, que, em primeiro momento mostra-se segura, mas pode gerar riscos que podem repercutir na autoestima e bem estar do envolvido, uma vez que tais conteúdos podem ser espalhados pela rede saindo do controle do adolescente. (WANZINACK, 2014, p. 25)

3 O poder familiar e o sexting

Crescer com a oportunidade de usufruir do uso da internet é um privilégio que crianças e adolescentes da geração atual possuem. Tal interação digital, além de seus aspectos positivos, vem preocupando as famílias por apresentar riscos ao crescimento sadio.

⁶ A SaferNet Brasil é uma associação civil de direito privado, com atuação nacional, sem fins lucrativos ou econômicos, sem vinculação político partidária, religiosa ou racial. Fundada em 20 de dezembro de 2005 por um grupo de cientistas da computação, professores, pesquisadores e bacharéis em Direito, a organização surgiu para materializar ações concebidas ao longo de 2004 e 2005, quando os fundadores desenvolveram pesquisas e projetos sociais voltados para o combate à pornografia infantil na Internet brasileira. Logo que foi criada, a SaferNet Brasil se consolidou como entidade referência nacional no enfrentamento aos crimes e violações aos Direitos Humanos na Internet, e tem se fortalecido institucionalmente no plano nacional e internacional pela capacidade de mobilização e articulação, produção de conteúdos e tecnologias de enfrentamento aos crimes cibernéticos e pelos acordos de cooperação firmados com instituições governamentais, a exemplo do Ministério Público Federal. Fonte: <http://www.safernet.org.br/site/>

A divulgação de conteúdos íntimos, muitas das vezes pelas próprias crianças e adolescentes, acaba alcançando dimensões inesperadas e desastrosas quando publicadas na internet, assim, os pais têm o dever de zelar pelo bem-estar e pela integridade física e moral desses jovens, tornando essencial o uso do poder familiar para prevenir a “viralização” de conteúdo de caráter sexual e íntimo na internet com o objetivo de garantir um crescimento saudável e sem traumas psicológicos. (GONÇALVES, 2014, p. 1)

Prevê o artigo 1634 do Código Civil que “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I. dirigir-lhes a educação e criação” (BRASIL, 2002).

A fascinante realidade virtual, ao induzir a criança e adolescente ao seu uso contínuo, passa a substituir a presença dos pais que, por sua vez, não ficam de fora quando se trata do uso da internet e suas redes sociais, passando a deixar de lado relações parentais mais qualificadas caracterizando o abandono digital, assim, perante uma convivência familiar deteriorada passam a não fiscalizar a vida virtual dos filhos. O abandono digital significa a negligência parental perante os atos omissos dos pais quanto aos filhos, descuidando da segurança destes no mundo virtual, deixando-os expostos a todos os riscos que ele proporciona. (ALVES, 2017)

Fica previsto no artigo 1637 do Código Civil: se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Por outro lado, até aonde podem os pais intervir na vida privada dos filhos? Fiscalizar redes sociais e a qualquer momento, ter a liberdade de supervisionar computador e celular significa excesso de zelo ou invasão de privacidade?

Utilizar o poder familiar para adentrar a privacidade da criança e adolescente pode ser prejudicial tanto quanto ter uma foto exposta, além do que também pode abalar a relação familiar.

Segundo a psicóloga Maria Cristina Capobianco, a privacidade é algo essencial, ou seja, invadi-la pode produzir efeitos inesperados, uma vez que invadir as redes sociais e se apossar de celulares e “notebooks” dos filhos não é a melhor maneira de conseguir acompanhá-los mais de perto, o recomendado seria fazer um acompanhamento da infância à adolescência e fazê-lo de forma saudável e respeitosa. A intimidade deve ser preservada e os pais devem ter a consciência de saber identificá-la. O objetivo de um controle parental deve ter somente o propósito de garantir a segurança do menor e jamais deve ser utilizado como forma de repressão de individualidade. (CAPOBIANCO *apud* LOSSO, 2011)

É dever legal dos pais educar os filhos e deve se estender ao mundo virtual, até por que são os pais que respondem na esfera cível pelos atos praticados pelos filhos, lembrando que, para uma foto ser “viralizada” nas redes sociais, alguém deve repassá-la, sendo assim, causando danos tanto para o lado de quem tem a imagem exposta, quanto para o lado de quem a vazou. Assim, quando uma criança ou adolescente passa a ferir a honra de um terceiro, podem os pais ser responsabilizados pelo ato e inclusive pela reparação civil.

Observa-se o texto do artigo 932 do Código Civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições.

Então, pode se afirmar que a responsabilidade dos pais sobre a questão do “sexting” é bastante grande, especialmente diante das atrações proporcionadas pelas novas tecnologias.

Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que a prática do “sexting” é um comportamento comum entre crianças e adolescentes que utilizam as redes sociais, com a finalidade de explorar sua sexualidade.

A prática do “*sexting*” pode representar ameaça ao desenvolvimento sadio dos menores, uma vez que a forma como as imagens são divulgadas tomam grande proporção e fogem do alcance de quem as remete. O uso adequado do poder familiar pode ser forte aliado no qual a proteção da imagem destas crianças e adolescentes, pode até ser evitada.

Focar no diálogo e na confiança, além de preservar os laços familiares, pode representar uma garantia de que a intimidade não será atingida e o objetivo de prevenir os danos causados pela prática de “*sexting*” seja alcançado.

Referências

ALVES, Jones Figueirêdo. **Negligência dos pais no mundo virtual expõe criança a efeitos nocivos da rede**, Revista Consultor Jurídico, Processo Familiar, Pernambuco, 2017, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-15/processo-familiar-abandono-digital-expoe-crianca-efeitos-nocivos-internet>>

BARROS, Suzana da Coiceição; RIBEIRO, Paula Regina Costa; QUADRADO, Raquel Pereira. **Sexting na adolescência: Problematizando seus efeitos no espaço escolar**. Florianópolis: Perspectiva. Vol 33, n.3, 2015.

BIANCHI, Eduardo. **"Manda nudes?!": comunicação imagética dos corpos nus**. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-1114-1.pdf>> acesso em : 23 de setembro de 2017.

BILL, Bruna. **24 Horas conectados**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/viver-bem/comportamento/24-horas-conectados/>> acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 23 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 23 set. 2017.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2013

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2010

GONÇALVES, Priscila de Fátima, **Prevenção de Crimes Virtuais Contra Adolescentes**, Faculdade de Jaguariúna, Jaguariúna, 2014.

LOSSO, Renata, **Você respeita a privacidade de seu filho?** Especial para o IG, São Paulo, 2011, Disponível em: < <http://delas.ig.com.br/filhos/voce-respeita-a-privacidade-do-seu-filho/n1597080065902.html>> Acesso em: 02 de novembro de 2017.

SIENA, David Pimentel Barbosa. **Lei Carolina Dieckmann e a definição de “crimes virtuais”**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24406/lei-carolina-dieckmann-e-a-definicao-de-crimes-virtuais>> acesso em: 23 de setembro de 2017.

STASKO, Emily. **Casais que praticam “sexting” tem sexo melhor, mostra estudo**. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/08/casais-que-praticam-sexting-tem-sexo-melhor-mostra-estudo.html>> acesso em: 23 de setembro de 2017.

WANZINACK, Clóvis; SCREMIN, Sanderson Freitas. **Sexting: Comportamento e imagem do corpo**. Paraná: Divers@! Revista eletrônica interdisciplinar. Vol .7, n.2, 2014.

(Im) possibilidade de estabilidade gestante da doadora voluntária de útero

Carlos Eduardo Oliveira de Almeida¹

Wagner dos Santos²

Introdução

Com a Constituição Federal de 1988, diversos direitos e garantias fundamentais foram incorporados em nosso sistema jurídico, sendo estes responsáveis por criarem uma base sólida e igualitária para a implementação de nosso Estado Democrático de Direito. Com essa conquista de direitos, atendendo aos anseios de demandas da sociedade, temos no artigo 5º, caput da Carta Magna, que todos os cidadãos são iguais perante a lei, sendo ainda complementado pelo artigo 3º, IV do mesmo documento, cujo texto legal é de promover o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação.

Tendo essa igualdade de direitos entre os cidadãos, e os avanços da biotecnologia e na medicina, hoje é possível casais heterossexuais ou homossexuais constituírem suas famílias, sem a necessidade de adotarem uma criança, buscando a opção de utilizarem de uma doadora voluntária de útero. Todavia, a falta de regulamentação acerca do tema causa preocupação, onde o único

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: cealmeida1997@gmail.com

² Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: wagner.tkd.mt@gmail.com

documento sobre é a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, a qual aborda o método do procedimento, além de vedações de quem deverá ser a doadora, idade, e o mais importante, vedando qualquer tipo de pagamento para a mulher se disponibilizar ao procedimento.

No entanto, essa falta de dispositivos legais sobre o tema poderá causar insegurança sobre a forma como proceder, principalmente na esfera jurídica, forçando assim, aos casais que optarem por essa forma de terem um filho, a judicializar a matéria.

Assim, a problemática da presente pesquisa reside na (im) possibilidade da aplicação da estabilidade gestante, prevista no artigo 391-A da CLT, para a doadora voluntária de útero, considerando, especialmente pelo fato da entrega imediata da criança após o parto.

Para trabalhar o tema, o presente artigo irá se dividir em três pontos, para melhorar estruturar e também facilitar a compreensão do leitor acerca do assunto. No primeiro capítulo busca-se conceituar o que é a doadora temporária de útero, e também, através da Resolução 2.168/2017, desmistificar algumas ideias populares sobre o tema, bem como que está poderia ter algum tipo de remuneração por ser voluntária ao procedimento.

Também busca-se frisar os quesitos necessários, como idade e parentesco. No segundo capítulo, fica a cargo de delimitar a estabilidade de emprego, como é vista na CLT, em seu artigo 391-A, bem como o entendimento sumular do tema estabilidade, com a súmula 244 do TST e como também é apreciada no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, garantindo assim a gestante o tempo de estabilidade a partir da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Por fim, no terceiro e último capítulo, entra-se no mérito da discussão, se a doadora temporária de útero, tem ou não direito a estabilidade de emprego conforme a gestante. Para tanto, utilizou-se de argumentos como a analogia, prevista no artigo 4º da LINDB, bem como de uma análise do acórdão proferido pelo TRT-2 no

processo 002715-88.2011.5.02.0053, o qual abordou também o tema da estabilidade de emprego, sobre o principal aspecto de que a estabilidade visa garantir a todos os envolvidos e à criança a sua dignidade para viver.

Para viabilizar a produção do artigo, utilizou-se de uma metodologia de análise monográfica e técnica de pesquisa de documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica, para ao fim constatar-se que a doadora temporária de útero deve ter o seu direito a estabilidade de emprego garantido, por meio de utilização da analogia do artigo 391-A da CLT, afim de garantir a doadora o seu emprego, podendo assim, manter a dignidade de seu trabalho e vida, sem qualquer distinção advinda da lei e entendimento dos tribunais por falta de previsão legal.

1 Da doação temporária de útero

Com os avanços da medicina e da biotecnologia, atualmente há possibilidades de casais heterossexuais e homossexuais construir suas famílias, antes impossibilitados por questões genéticas, os quais anteriormente a esses avanços, não poderiam perpassar pela sensação de gerar um filho e todo o ambiente harmônico que essa experiência propicia ao ser humano.

Uma das possibilidades para gerar um filho é através da reprodução assistida por meio de uma doadora temporária de útero. Contudo, devido à falta de previsão legal acerca do tema, um dos pontos que geram grande incerteza, é em relação se está mulher que irá ceder voluntariamente seu útero para gerar um filho, que após o período de gestação será entregue a outra família, terá direito a estabilidade de emprego conforme previsto na CLT em seu artigo 391-A.

Porém, com o intuito de enriquecer o debate sobre o tema proposto neste trabalho, é essencial trazerem-se antes, alguns conceitos e como o sistema jurídico brasileiro aborda tais situações hoje. Primeiramente, delimitar o objeto do assunto, qual seja, a

doadora temporária de útero (agora será retratada como DTU), notória barriga de aluguel. No entanto, cabe fundamentalmente esclarecer que utiliza-se o termo barriga de aluguel muito trivialmente, de forma errônea, pois, este se refere somente a mulher que “aluga” seu útero para que outra mulher possa ter um filho. Por alugar presume-se que há uma transação financeira, o que é proibido pela Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (agora será tratado como CFM). Quando se quer referir à doadora temporária de útero, deve-se chamá-la disto, ou então de gestante por substituição.

Atualmente, devido aos avanços tecnológicos, as possibilidades da mulher desfrutar da maternidade aumentaram consideravelmente. Antes, o único método de se ter um filho (ou filha), de se construir uma família, era se a mulher estivesse apta a reproduzir, ou, até mesmo o homem, pois, se houvesse algo de errado com o material genético de qualquer um dos dois, a possibilidade da gestação não seria nada mais que um sonho. Ou então existia também a possibilidade da adoção. Assim, com o avanço tecnológico surgem mais opções, para que o homem e a mulher possam, enfim, ter uma família, composta por seus próprios descendentes, seu próprio DNA, ou seja, um herdeiro que seja geneticamente seu filho. Aí é que surge a doadora temporária de útero (DTU), ou então a gestação por substituição. Nada mais é do que um acordo no qual a mulher, que não assumiu a responsabilidade parental, gesta para um casal ou pessoa (LAGO, [s.d.], p. 5).

Conforme aponta Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 170):

O esposo fornece o espermatozoide, a esposa o óvulo e outra mulher, o útero (DTU – doadora temporária de útero). Nesse caso, a filiação não é por substituição, mas biológica não natural, por decorrer do emprego de técnicas de fecundação assistida homóloga.³

³ Fecundação Homóloga = Gametas dos dois genitores;

Importante notar, no entanto, que, a Resolução nº 2.168/2017 CFM alterou o item VII da Resolução nº 2.121/2015 CFM, cujo texto dizia que a doação temporária de útero somente pode ser realizada nos casos em que a mãe biológica não possui condições médicas de realizar a gestação, todavia, a Resolução 2.168/2017, em adequação a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, veio a adotar um texto mais igualitário, possibilitando assim a utilização de métodos de reprodução assistida para casais homoafetivos, entre eles a DTU. A mesma Resolução especifica que as doadoras temporárias de útero devem pertencer à família da doadora do material genético, em um parentesco de até 4º grau, sendo que os casos diferentes deste exposto deverão ser pré-aprovados pelo Conselho Regional de Medicina – CRM. Salienta também que a doação temporária de útero não poderá ter caráter lucrativo⁴, sendo que existe a possibilidade dos contraentes do serviço de fertilização artificial ressarcir as despesas que a gestante terá durante a gravidez, o que é recomendável afinal, ela está carregando um filho que não é seu, pois será entregue a outra mãe após a gravidez.

Aproveitando a deixa, é bom salientar que, quando se fala em gestação por substituição, pode-se afirmar que falta interpretação constitucional acerca do assunto, sendo que, em analogia, o artigo

Fecundação Heteróloga = Gameta de apenas um dos dois genitores.

⁴Item VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.121/2015 Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf Acesso em: 26 out 2016.

199, §4º, dispõe sobre algum tipo de doação de material genético a terceiro, porém não explicita que seria para fins reprodutivos⁵.

Tal dispositivo constitucional apenas afirma expressamente que é vedado todo tipo de comercialização de órgãos, tecidos ou substâncias humanas que serão destinadas para transplante, pesquisa ou procedimentos. Igualmente, não existe nenhuma lei especial para tratar do assunto, restando assim aos operadores do direito, se basearem nas normas do CFM a fim de nortear a atividade.

Apesar de importante o assunto, não se delimitar a discursar sobre esta ótica, haja vista o ponto deste artigo ser diverso do atual. Assim, uma vez definida quem é a gestante por substituição devemos seguir adiante.

2 Da estabilidade de emprego

Antes de entrar-se no ponto central do presente trabalho, é importante ainda, após uma conceituação da DTU, delimitarmos também quais os pontos relevantes e como o sistema jurídico brasileiro aborda o tema da Estabilidade de Emprego, com uma ênfase a Estabilidade de Emprego da Gestante.

Tendo em vista a força que o empregador exerce sobre o empregado, tornou-se necessário algum aspecto jurídico para garantir ao empregado de que este não ficaria à mercê de perder seu emprego a qualquer momento. O empregado somente poderá perder seu emprego, quando este ficar evidenciado em uma causa justa (artigo 482 da CLT) ou por vontade do empregado (artigo 483 da CLT), inexistindo esses, seu emprego deverá ser garantido e mantido, seja este de forma definitiva (servidores públicos) ou provisória (gestantes por exemplo).

⁵ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 199, §4º: “a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”. (BRASIL, 1988).

Com relação a Estabilidade de Emprego da Gestante, essa garante que a mulher estando em estado gravídico não perca seu emprego, evitando assim, qualquer atitude discriminatória advinda por parte do empregador, garantido a mulher sua igualdade e dignidade no âmbito do trabalho⁶. Para tanto, encontra-se previsão legal sobre o tema no artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT):

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (BRASIL, 1988)

Portanto, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 havia uma preocupação do tratamento da gestante quando esta encontrava-se empregada, garantindo a ela a estabilidade de seu emprego até cinco meses após o parto, ficando vedado que está fosse dispensada. É de valor ressaltar que o disposto na ADCT veio a ser reforçado ainda pelo legislador quando o artigo 391-A da CLT adotou o artigo 10, II, b da ADCT, inserindo ainda maiores garantias e direitos a mulher que se encontre neste estado gravídico.

Importante frisar ainda que essa modalidade de estabilidade de emprego aplica-se a empregadas urbanas, rurais e ainda empregadas domésticas, mesmo essas estando em contrato de trabalho por tempo determinado, indiferente se a empregada conhecia da gravidez no tempo da dispensa ou não, deste modo, basta que ela esteja grávida no momento da dispensa e não o

⁶ Neste mesmo sentido é o texto da Orientação Jurisprudencial nº 30 do TST: “30. ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. Nos termos do art. 10, II, "b", do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do artigo 9º, da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário.” http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDC/n_bol_21.html#TEMA30

conhecimento da gravidez para configurar a estabilidade, conforme redação da Súmula 244 do TST:

Súmula nº 244 do TST:

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. (BRASIL, [s.d])

Contudo, mesmo após tanto cuidado do legislador e dos magistrados e ministros da esfera do Direito do Trabalho, encontramos ainda lacunas com relação a DTU em seu âmbito de trabalho. Seja por erro ou mero esquecimento, este é um tema que deve ser avaliado com cautela, evitando excessos e visando sempre, aplicar da maneira mais correta e justa possível, o texto constitucional, a CLT, e demais sentidos da jurisprudência sobre o tema, buscando uma solução para a omissão legislativa, conforme abordaremos no próximo ponto do trabalho.

3 Do direito da doadora temporária de útero a estabilidade de emprego

Após feitas essas distinções e delimitações acerca dos principais pontos do tema, sejam eles a doadora temporária de útero e a estabilidade de emprego da gestante, abordaremos agora a essência do trabalho, qual seja, avaliar se a DTU é portadora do direito a estabilidade ou não. O atual cenário do sistema jurídico hoje não prevê a possibilidade de a DTU ser detentora da estabilidade de emprego, causando aqui ao primeiro momento, uma insegurança para a mulher doadora quanto ao seu emprego, mas também uma insegurança no ordenamento jurídico devido a inércia involuntária do legislador sobre o tema.

No que diz respeito à doadora de útero, crê-se que o tema licença maternidade não seja um quesito problemático, haja vista a própria Constituição Federal de 1988 dispor em seu artigo 7º, XVIII,

sobre a licença à gestante (BRASIL, 1988). Deve-se observar bem o que o texto da lei está nos levando a entender, pois, o legislador não coloca as palavras lá por um mero acaso. Assim sendo, quando o referido diploma legal menciona “licença à gestante” deve-se entender, por óbvio, todas as gestantes, inclusive as que não serão mães após o final do ciclo, como as gestantes por substituição. Doravante, deve-se salientar a principal diferença entre os institutos da licença maternidade e da estabilidade empregatícia.

A licença maternidade tem a finalidade de preservar a mãe, ou melhor, nesse caso, a gestante. Esse instituto tem a finalidade de ajudar na recuperação física e psicológica da mulher que passou pela gestação. É aqui que se percebe a diferença da licença maternidade para com o instituto da estabilidade. Enquanto um tem a finalidade de ajudar na recuperação da gestante, o outro, tem como princípio norteador o melhor interesse do recém-nascido. A gestante que prossegue posteriormente atuando com mãe tem, por óbvio, o direito a licença maternidade, haja vista ser essencial o período de recuperação, bem como, é essencial ao:

estado lactante que a mãe passa a ter, declinando ao bebê maiores cuidados com amamentação, o que favorece o aspecto nutricional e o imunológico (essenciais para o recém-nascido) e proporciona maior interação, originando bem-estar, segurança e afetividade ao bebê (ASSUNÇÃO, 2007, p. 05).

Assim, em uma análise conjunta, entende-se que a licença maternidade é fornecida à gestante, à lactante, e por fim, conforme dispõe o artigo 392-A da CLT (BRASIL, 1943), é reconhecida à licença maternidade para a adotante também, ponto já discorrido acima. Por outro lado, usando desta lógica, muitos pensam que é justo que a doadora temporária de útero receba a licença maternidade, afinal, ela irá de fato passar pela gravidez, adquirindo o direito ao repouso posteriormente pois, como falamos, este instituto tem a finalidade de, prioritariamente, zelar pelo bem-estar da mãe, tentando garantir um retorno saudável a suas atividades laborais.

No entanto, não entenderiam porque a doadora de útero deveria receber o benefício da estabilidade, afinal, esta não irá de fato ser mãe, somente passou pelo período de gestação do bebê, devendo entregar ele para outra pessoa, homem ou mulher, que será pai ou mãe (podendo inclusive serem biológicos, se o material genético e óvulo pertencerem aos mesmos que cuidarão da criança posteriormente), que, nessa situação, podem ser comparados com os adotantes, na prática, a única diferença é que esses últimos não tem a possibilidade de ter filiação biológica para com a criança em questão.

Todavia, essa discussão não pode restar sem uma resposta jurídica adequada para a resolução do conflito ora aqui debatido, sendo assim, diante da omissão da lei, poderá o juiz utilizar de métodos hermenêuticos de interpretação para auxiliarem, como exemplo a analogia, como demonstrado no texto do Artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (será tratado agora de LINDB), assim **“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (grifo nosso)”**, cabendo assim, interpretar o previsto no texto da CLT em seu artigo 391-A, a favor da doadora de útero.

Portanto, como visto no texto legal, o juiz poderá utilizar deste método para assim, buscar a solução mais justa possível para o caso, pois aqui é de grande importância ressaltar que o maior bem a ser tutelado não é somente o emprego da DTU, mas sim, proteger em sua mais absoluta integridade a Dignidade da Pessoa Humana⁷, visto no artigo 1º, III da Constituição Federal, tanto da DTU, mas também do nascituro fruto da fecundação assistida, sobrepondo assim a proteção do nascituro e de toda a estrutura familiar envolta do mesmo, ao direito do empregador de encerrar o contrato de trabalho com a DTU.

⁷ “[...] a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (considerando o elemento fixo e imutável da dignidade) [...] a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 102

Diante disso, conforme explicado, deve-se considerar, para fins deste estudo, que a DTU é uma gestante, o que ela de fato é, e considerar os pais que irão criar o filho ou filha como adotantes. Partindo desse norte, deve-se então mencionar que a igualdade é um dos princípios basilares da república democrática de direito na qual vivemos, sendo garantido o título de cláusula pétrea a este princípio pois está presente no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu *caput* e diversos incisos. Após esse primeiro ponto, devemos observar o que diz o artigo 6º, *caput* da Constituição Federal de 1988:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, **a proteção à maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Desse modo, em uma interpretação conjunta dos artigos 5º e 6º, entende-se que a lei trata todas as mulheres da mesma forma, afinal, do mesmo modo que protege a gestante, protege a adotante e a lactante, e o artigo 6º da CF ainda vai além, garantindo não somente proteção à maternidade, mas também à infância, que é o ponto a qual nos referíamos nos parágrafos anteriores quando falamos que a finalidade do instituto da estabilidade é o melhor interesse da criança. Então, após a constatação desses fatos, percebemos que o juiz pode e deve utilizar da analogia quando se tratar de questões que a constituição não veda especificamente, e que também não existe nenhuma norma específica tratando do assunto.

Ora, se a própria constituição não veda a concessão de estabilidade para a DTU, bem como os artigos acima citados fortalecem a ideia de que tal instituto tem como seu último fim não o emprego, mas sim o melhor interesse da criança, só resta entender que é simplesmente aceitável que o magistrado utilize da analogia para conceder à gestante por substituição tal benefício, e, desse modo, estará cumprindo com as diretrizes impostas pelo artigo 5º da constituição.

Como dito antes, a DTU é uma gestante, e a mãe que doou (ou não) o material genético seria equiparado a uma mãe adotante. Então, se de algum modo fosse concedida licença maternidade e estabilidade somente à “mãe adotante”, apesar de biológica, estar-se-ia tratando de uma “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade” (MENDES, 1999, p. 4849) e estar-se-ia afrontando o princípio da isonomia haja vista ter selecionado somente uma categoria, entre duas iguais, para receber um benefício, nesse sentido Canotilho (2003, p. 426; 432) afirma:

A afirmação – todos são iguais perante a lei – significava, tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida [...]. A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido [...] é também um princípio com dimensão objectiva, isto é, vale como princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional.

Para melhor estudo, pegamos o exemplo do acórdão proferido nos autos do processo 0002715-88.2011.5.02.0053, julgado pelo TRT-2, onde o tribunal decidiu por reconhecer o direito de um homem à estabilidade de emprego por cinco meses após o nascimento de seus filhos, gerados em barriga de aluguel. Além do mais, o homem é israelense, e atuava na empresa aérea *EL AL Israel Airlines*, o que reforça ainda mais que foi cumprido o disposto no artigo 5º da Constituição Federal, igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. Assim, vemos fortes argumentos relacionados com o tema, onde conforme palavras do relator:

Ainda que assim não fosse, seria perfeitamente possível conceder a tutela postulada pelo reclamante com fundamento na analogia (artigo 4º da LINDB).

Isso porque, no caso dos autos, verifica-se lacuna da lei, autorizando-se a aplicação de um dos critérios de integração estabelecidos no artigo 4º da LINDB. (BRASIL, 2015).

Cabe salientar também que, segundo a desembargadora Maria de Lourdes Antonio afirmou sobre a licença maternidade e estabilidade no emprego, nos autos do mesmo acórdão, disse que ambos os institutos, apesar de terem seu escopo na proteção da família e do nascituro, estão diretamente ligados a gestante. Outrossim, veja-se nos autos do processo referido, mais especificamente no acórdão, a relatora menciona que o legislador brasileiro, através do artigo 10, II, b, do ADCT, passou a conceber licença maternidade aos seguintes casos:

a) à empregada mulher, nos casos de adoção ou guarda judicial; b) ao empregado homem, no caso de adoção ou guarda judicial, ressaltando-se que, no caso de adoção judicial conjunta apensa um dos adotantes fará jus ao benefício; c) ao cônjuge ou companheiro empregado ou a quem obtiver a quem detiver a guarda da criança, nos casos de morte da genitora. (BRASIL, 1988).

Após enfatizar isso, reconhece que no caso em tela, do acórdão, apresentava uma situação diferenciada de todas estas expostas acima, situação essa qual a lei ainda não dispõe de explicação, remetendo assim a desembargadora ao princípio da analogia. Em uma análise mais profunda, seria contraditório se o tribunal decidisse de outra forma pois, além de tudo ainda se tem a lei complementar nº 146 de 2014 que assegura o direito estabelecido no artigo 10, II, b, das ADCT (estabilidade da empregada gestante) nos casos em que ocorrer o falecimento da genitora, a quem detiver a guarda do seu filho.

O caso não é exatamente o mesmo, mas, pela analogia, como bem explicou a relatora, podemos ver o paralelo que se forma. Ainda conforme estabelece o artigo 226 da Constituição Federal a família é base da sociedade brasileira, sendo portanto, responsabilidade do Estado efetivar e garantir a sua proteção, onde não concedendo este direito a DTU, estar-se-ia diante de graves violações a princípios basilares de nossa sociedade e de nosso sistema normativo, causando assim situações de desigualdade e evidentes discriminação

para com os demais, ferindo não só o artigo 226 da Carta Magna, mas também o Artigo 3º, IV⁸ e também o Artigo 5º, Caput⁹, ambos do mesmo Documento.

Ademais, em não se falando de analogia, a própria lei não proíbe que a gestante por substituição desfrute desses benefícios. Aliás, no já mencionado artigo 10, II, b das ADCT, o que o legislador fala é que fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desse a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Agora veja-se, o legislador não especifica que a gestante tem que criar o filho após o nascimento deste, somente diz “gestante”, ou seja, quando se le o artigo 5º da CF e o artigo 10, II, b das ADCT, pode-se entender que o legislador constitucional quis garantir a qualquer gestante o benefício da estabilidade no emprego. Outrossim, o artigo 391-A da CLT, também já mencionado no presente estudo, garante à empregada “gestante” a estabilidade, nos mesmos moldes da disposição constitucional. É claro que, como referido, a finalidade última do instituto da estabilidade é o bem-estar da criança, o que não descarta, porém, o bem-estar da gestante ou mãe.

Crê-se que a discussão se constrói entorno da garantia do direito ao nascituro porque, ao se interpretar a letra da lei de modo frio, a gestante, seja ela qual for, tem seu direito garantido, ou pelo menos, até que a lei complementar de trata o artigo 10 da ADCT, e por sua vez o artigo 7º da Constituição Federal, seja elaborada, trazendo assim um norte à interpretação da norma.

Sendo assim, se fosse o caso de conceder o benefício somente à mulher que irá criar o filho, porque a CLT não especificou em seu

⁸ 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 (BRASIL, 1988).

⁹ 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 (BRASIL, 1988).

texto de que se trata apenas dela? Simples, porque o artigo da Consolidação das Leis Trabalhistas, que foi incluído após a CF de 1988 pela lei nº 12.812/13, não pode contrariar o texto das ADCT, ou seja, o que o legislador de 1988 entendeu é a mesma coisa que o legislador de 2013 também compreendeu, que a gestante, mesmo que por substituição, merece o benefício da estabilidade no emprego.

Conclusão

Por fim, conclui-se que, de fato, nos dias atuais, as gestantes, seja ela qual for a natureza dessa gestação, merece o benefício da estabilidade provisória no emprego. Primeiramente porque a legislação afirma, em todos os artigos de diversas leis analisadas aqui, que o benefício é devido a gestante. Em segundo lugar, havendo previsão, primordialmente constitucional, e não havendo nenhum tipo de vedação, seja ela tácita ou explícita, acreditamos ser nada menos do que justo os magistrados utilizarem da analogia para conceder o benefício à DTU.

Não há como concordar com os que pregam a não utilização da analogia para que assim a gestante por substituição não ganhe o benefício, pois acreditamos que esse tipo de pensamento vai diretamente de encontro com o que lecionam os artigos 3º, IV, 5º, *caput*, e 6º, *caput*, todos da Constituição de 1988, bem como os artigos mencionados da CLT, a exemplo o 391-A, e o artigo 10, II, b, da ADCT. Deveras que na maioria dos casos a polêmica relacionada a licença maternidade e estabilidade provisória ocorre em relação a adotante, ou então, a casais homossexuais, de modo que existe pouco material tratando sobre o assunto em tela.

Dizem que o direito é uma “ficção jurídica”, ou seja, não existe de fato, a sociedade o criou e vive pelas regras que criou, inexistindo uma presença física que configure o direito em si. Outro ponto é que vive-se em uma sociedade juridicamente garantista, onde a cada dia surgem mais tratados de direitos humanos sendo assinados por países, onde existem constituições cidadãs ao redor do mundo, de

modo que, ao interpretarmos a norma a favor da gestante por substituição, estamos adicionando mais uma garantia a esta ficção, estamos nós mesmos interpretando a letra da lei e seguindo a mesma corrente que os constituintes quiseram seguir, embora não explicitamente.

Desse modo, fica claro que, enquanto o tema não for debatido, ou, mais especificamente, enquanto não surgir a lei complementar de que trata o artigo 7º da Constituição, e o artigo 10, II, b, das ADCT, cabe moldar esta ficção jurídica para que expanda seu rol de garantias, e conseqüentemente, alvejando uma sociedade mais saudável e duradoura.

Por fim, em futuros eventos talvez, deseja-se reanalisar o que foi dito aqui, com mais afinco, e com maior suporte de legislação e jurisprudência, pois, atualmente, é como se estivesse atravessando um limbo jurídico.

Referências

ASSUNÇÃO, Eraldo Dantas. A extensão da licença-maternidade à adotante em face do princípio da igualdade. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/extens%C3%A3o-da-licen%C3%A7a-maternidade-%C3%Ao-adotante-em-face-do-princ%C3%ADpio-da-igualdade>. Acesso em nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ato das disposições constitucionais transitórias.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 25 out 2017.

_____. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_I nd_201_250.html Acesso em: 25 out 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo nº 0002715-88.2011.5.02.0053 Redatora Designada MARIA DE LOURDES ANTONIO Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150227-01.pdf> Acesso em: 05 nov 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra, Portugal: Edições Almeida, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões, volume 5**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.168/2017 Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2017/2168_2017.pdf Acesso em 12 abr. 2018.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS. Decreto Lei nº 5.452/1943, modificado pela Lei nº 13.467/17. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 12 abr. 2018.

LAGO, Andressa Ribeirão do. **Gestão de substituição e reprodução humana artificial: controvérsias no ordenamento jurídico nacional e estrangeiro**. FDSM, Campinas: SP.

MENDES, G.F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Reconhecimento de paternidade e os direitos sucessórios: direito à filiação de cunho material

*Thiago Moraes da Rosa da Silva*¹

*William Dutra Zanin*²

Introdução

A evolução dos institutos pertencentes ao Direito de Família teve grande impulsão a partir da Constituição Federal de 1988. Muito deste salto se deve ao viés cidadão da Carta Magna atual. Sua redação trouxe positivados direitos baseados na Dignidade da Pessoa Humana, o que legitima um maior poder na discricionariedade da organização familiar, dando maior relevância ao afeto e prevendo a possibilidade da Reprodução Assistida.

A consolidação de temas referentes ao reconhecimento *post mortem*, socioafetividade e multiparentalidade trouxe como consequência inovações também no âmbito judicial, o reconhecimento de paternidade é assunto eminente nos Tribunais.

A ideia apontada com a produção do presente estudo é sugerir uma observação às ações de reconhecimento de paternidade, fazendo destacar o cunho meramente patrimonial de alguns casos,

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: thiago.moraes13@yahoo.com

² Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: william_dzanin@hotmail.com

assim propiciando novos diálogos sobre o tema e por consequência desenvolver soluções para o evidenciado.

1 Impactos inerentes à reprodução assistida

A reprodução assistida trata-se de um método contemporâneo de reprodução, devido aos avanços científicos o ser humano pode vir a se reproduzir de forma assistida. Tais técnicas se desenvolveram por intermédio da criação da Engenharia Genética, seus avanços e marcos históricos não serão tema deste estudo, portanto não serão abordados, sendo citada apenas para contextualização.

A utilização de tais técnicas é permitida no Brasil, conforme o §7º do artigo 226 da Constituição Federal e a Lei 9.263/1996, desde que haja respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (BRASIL, 1988). Portanto seu uso se condiciona a legalidade e são rigorosamente regulamentadas pelo Código Civil (art. 1.597), bem como a Lei da Biossegurança, a qual disciplina o destino dos embriões excedentários e proíbe a clonagem humana. O objetivo desse método é, em sua maioria, propiciar a um casal estéril a possibilidade de ter filhos, assim como afastar doenças congênitas, sem esquecer-se da viabilidade e manutenção ao planejamento familiar, direito constitucionalmente garantido.

Sobre o planejamento familiar leciona Cardin (2009, p. 123/124, grifo da autora):

A Constituição Federal definiu o planejamento familiar *fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável*, bem como na utilização de recursos educacionais e científicos, para sua realização. O planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade³.

³ Art. 226, § 7º da CF.

A Lei n.º 9.263, sancionada em 12 de janeiro de 1996, regulamentou também o planejamento familiar no Brasil e estabeleceu em seu art. 2º que: [...] *entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direito igual de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.*

É considerado um ato consciente de escolher entre ter ou não filhos de acordo com seus planos e expectativas. Essa lei, além de assegurar o planejamento familiar monoparental no art. 3º⁴, também autorizou, no art. 9º, que, para o exercício daquele, serão oferecidos métodos de reprodução assistida⁵.

A técnica de reprodução assistida realizada após o falecimento do doador ou genitor (no caso de homóloga) gera inúmeros conflitos. A Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina traz algumas disposições sobre o assunto, sendo essas, insuficientes para regulamentar possíveis controvérsias. Como limite desse estudo serão debatidas as questões envolvidas do reconhecimento propriamente dito e os direitos sucessórios oriundos destes.

A primeira questão a ser discutida é: como fica o direito à filiação?

O art. 1.597 do Código Civil (BRASIL, 2002)⁶ garante a presunção de paternidade quando a fecundação homóloga é realizada antes da morte do marido, o que se aplica analogicamente à união estável. Porém a questão em discussão se trata da fecundação após a morte, sendo este artigo inaplicável ao estudo.

⁴ Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua como atividades básicas, entre outras: I - a assistência à concepção e contracepção;

⁵ Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

⁶ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido (BRASIL, 2002).

No mundo, a disciplina jurídica para a inseminação *post mortem* não é uniforme. A Alemanha e a Suécia, por exemplo, vedam-na. A França proíbe e acrescenta que o consentimento externado em vida perde o efeito. A Espanha não permite a inseminação *post mortem*, mas garante direitos ao nascituro quando houver declaração escrita por escritura pública ou testamento; e a Inglaterra admite o procedimento, mas não garante direitos sucessórios, a menos que haja documento expresso nesse sentido (PINTO, 2009).

O Direito brasileiro ainda não regulamentou a filiação *post mortem*, mas ela faz parte de uma nova realidade, assim, há doutrinadores que admitem a sucessão e legitimação da filiação *post mortem*, aqueles que não admitem e aqueles que admitem desde que deixada por testamento ou admitindo sua possibilidade estipulam prazos contando com a morte do autor da herança, por segurança jurídica (OLIVEIRA, 2015).

Outra grande barreira enfrentada pelos que defendem a possibilidade do reconhecimento de paternidade *post mortem*, é a supressão do convívio da criança com o genitor, não permitindo assim um desenvolvimento afetivo e psicológico adequado. Porém, sabe-se, que na realidade contemporânea não é difícil encontrar crianças e adolescentes educados e assistidos apenas por um dos genitores (frisa-se aqui a possibilidade de parentesco civil, não apenas biológico); vê-se o instituto da adoção oportunizando a qualquer um que preencha os requisitos necessários, adotar individualmente, sendo frágil o argumento de uma pessoa singularmente ser incapaz de proporcionar o desenvolvimento necessário para uma criança.

Para Delgado (2004), embora os vínculos de filiação devam ser estabelecidos, a inseminação *post mortem* não poderá gerar direitos de ordem patrimonial, pois isso acarretaria problemas de ordem prática e infringiria os princípios constitucionais da segurança jurídica e da irretroatividade.

Como pode se ver, não há unanimidade no que concerne ao direito a filiação, bem como o direito sucessório dos reconhecidos *post mortem*, alguns doutrinadores acreditam na aplicação do artigo 1.799, inciso I do Código Civil de 2002, que admite o chamamento, na sucessão testamentária, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão (BRASIL, 2002).

Queiroz (2001) acredita que no testamento também deverá ser fixado prazo de espera do nascimento dos embriões criopreservados. A não fixação de prazo levaria ao inconveniente de os demais herdeiros precisarem aguardar a abertura da sucessão, tendo seus direitos violados.

Mesmo com os esforços dos doutrinadores na possibilidade de expressão da última vontade em favor da prole eventual própria, não há previsão legal expressa nesse sentido.

Situação completamente diversa é encontrada quando o *de cuius* é silente no que diz respeito ao testamento, não contemplando a prole eventual, ou não deixado expressamente manifesto seu desejo na implementação do embrião, devendo a partilha ser feita normalmente e, nascendo fruto dessa técnica, dentro do lapso temporal de dez anos a contar da morte do *de cuius*, seu representante legal poderá ingressar com a ação de petição de herança em face dos herdeiros (CARDIN,2009).

Acredita-se que a inseminação artificial *post mortem* não deve ser admitida; porém, se ocorrer, não se podem afastar os direitos sucessórios daquele que nasceu. Isso violaria ainda mais os princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança, visto que esta seria preterida economicamente, o que prejudicaria seu desenvolvimento.

Desse modo, conclui-se que o legislador, atento aos direitos da personalidade, poderia normatizar no sentido de fixar lapso temporal para a concepção *post mortem*, e, enquanto isso não acontecesse, os direitos sucessórios do embrião não concebido, para que fossem assegurados, deveriam ser previstos em testamento (CARDIN,2009).

Em se tratando dos doutrinadores, tem-se o posicionamento de Maria Helena Diniz que é terminantemente contra a estipulação de direitos sucessórios à filiação post mortem, de Paulo Lobo, o qual na mesma linha defende a impossibilidade de legitimação por estar o titular da herança já falecido, admitindo exceção no caso de testamento deixado pelo falecido, já Eduardo de Oliveira Leite ainda defende os direitos sucessórios, desde que no prazo de dois anos, outros por sua vez admitem a estipulação do prazo de acordo com a Lei de Biossegurança, a qual estipula o prazo de 3 anos para o destino dos embriões crio preservados (DINIZ; LÔBO; LEITE *apud* SOARES, 2014, p. 42).

A Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, sobre normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, dispõe que para submeter-se às técnicas de reprodução assistida, no caso de a mulher ser casada, precisará do consentimento do esposo ou companheiro, tanto na reprodução assistida homóloga quanto na heteróloga (CFM, 2017).

Contudo, imagine-se que o genitor falecido tenha deixado manifestação expressa no sentido de que não fosse realizada a inseminação post mortem. Nesse caso, há um conflito entre direitos da personalidade, pois o menor tem o direito imprescritível ao reconhecimento de sua paternidade, e o doador dos gametas também tem o direito de optar pela implantação ou não de seu material genético.

Como retroexposto, o direito à filiação está acima do direito à reprodução, e assim o filho deverá ser reconhecido, mesmo contra a vontade paterna. Já o direito sucessório restará prejudicado, não devendo ser conferido ao menor diante da recusa veemente do genitor. Sendo situação completamente diversa quando há o consentimento expresso do de cujus, incidindo no direito sucessório do filho reconhecido post mortem. Aplicando-se o princípio da igualdade de filiação, conforme no artigo 227, §6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Não se exclui, nesse caso, a responsabilidade civil da clínica que realizou o procedimento ou que liberou o material genético para que este fosse utilizado. Segundo o Conselho Federal de Medicina, no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos. Assim, a clínica de fertilização tem condições de saber qual a vontade do doador, e este, sobrevivendo mudança de vontade, pode notificá-la extrajudicialmente (CFM, 2017).

2 Socioafetividade

A própria etimologia da palavra já sugere seu conceito, uma relação social com base no afeto. A socioafetividade vem ganhando cada vez mais forças no atual Direito. Antes da Constituição Federal de 1988 só eram considerados legítimos os filhos concebidos dentro do matrimônio, por consequência os direitos entre os filhos “legítimos” e “ilegítimos” não eram os mesmos.

A atual Constituição, em louvável redação, trouxe positivado o direito de igualdade no que se refere ao direito de filiação, senão vejamos:

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

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988)

Desse ponto de partida, cada vez mais se consolidou o entendimento dos tribunais que a questão biológica não é a única base para se discutir direitos de filiação. Por consequência, se dois indivíduos manterem uma convivência com base no afeto, como se pai e filho forem, restará configurada a socioafetividade. Além disso, em âmbito judicial será reconhecido o vínculo de paternidade e em caso de conflito entre laços biológicos e laços socioafetivos, prevalecerá a socioafetividade. Deste modo, com maior propriedade explica Maria Berenice Dias (2011, p.59):

A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre a sua função social, faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.

Vale salientar que uma relação socioafetiva pode se construir através do instituto da criação, por adoção à brasileira ou ainda, por intermédio da socioafetividade por erro. Não será abordada cada espécie de filiação socioafetiva individualmente, pois não se faz essencial ao foco principal do tema do estudo, mas sua citação é válida a título de contextualização.

3 Multiparentalidade

Também chamada de pluriparentalidade, trata-se da possibilidade de incluir mais de um pai ou mais de uma mãe no registro de nascimento. Ocorrendo registro gerará todos os efeitos de filiação para ambos os pais registrais, produzindo as consequências patrimoniais, sucessórias e também os impedimentos matrimoniais das relações de parentesco. Muito deste instituto decorre da Socioafetividade tratada no capítulo anterior, pois havendo um Pai (ou Mãe) biológico registral, caso

queira o indivíduo que em seu registro de nascimento conste também o do Pai (ou Mãe) por afeto, assim poderá fazer.

Exemplo é o julgado da Apelação Cível Nº 70065388175 da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que decidiu pelo reconhecimento da multiparentalidade, senão vejamos:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. PADRASTO E ENTEADO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ADOÇÃO COM A MANUTENÇÃO DO PAI BIOLÓGICO. MULTIPARENTALIDADE. Observada a hipótese da existência de dois vínculos paternos, caracterizada está a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade. DERAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70065388175, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 17/09/2015).

Cientificamente tratando, não há possibilidade de ocorrer pluralidade de pais biológicos. Logo, a reflexão que se faz é de que a Multiparentalidade está calçada na Socioafetividade: se há pluriparentalidade é em consequência de uma relação familiar reconhecida em decorrência do afeto.

Tal afirmação denota a evolução do Direito de Família, que passo a passo rumo a cada vez mais no sentido de garantir a Dignidade da Pessoa Humana, fazendo valer o inciso terceiro do primeiro artigo da Lei Maior.

4 Cunho material

O foco principal deste estudo é fazer a observação da possibilidade de existência de um cunho material e patrimonial quando se trata do reconhecimento de paternidade na reprodução assistida *post mortem* e em casos de multiparentalidade. Por óbvio o objetivo destes dois institutos é propiciar a fixação do laço familiar, que tem por consequência o conforto psicológico do reconhecimento do vínculo, portanto são dois quesitos de grande valia para o Direito

de Família, que se mostra em constante evolução, como já salientado no capítulo anterior.

Extremamente benéficos e fundamentais, têm grande relevância e por lógico amplo efeito jurídico. O reconhecimento de paternidade nestes casos deve ter como fim a constatação do laço em si ou seu objetivo principal se direciona ao aspecto financeiro, na busca de direitos sucessórios?

Inúmeras são as ações judiciais presentes nas varas de família requerendo o reconhecimento de paternidade nos moldes acima apresentados. Porém não há como afirmar que o interesse patrimonial não está envolvido nestes casos. Sendo este o objetivo buscado (e naturalmente alcançado) não estaria sendo legítimo o direito frente à essência da Justiça.

O Direito Romano, através de Eneu Domício Ulpiano traz um conceito básico, mas de grande importância para a construção de uma Justiça mais equânime até os dias de hoje: *Suum Cuique Tribuere*, dar a cada um o que é seu por direito. Se feita uma reflexão para os casos apontados, a Justiça estaria dando a cada um o que é seu por direito ou o Direito estaria legitimando a busca patrimonial através da Justiça (via judicial)?

O indivíduo que figura como herdeiro em duas partilhas distintas (uma do pai biológico e outra do registral), e aquele que advém de uma reprodução assistida *post mortem*, sem a expressa autorização do *de cuius*, têm no momento em que requerem o reconhecimento de paternidade um segmento patrimonial intrínseco. O entendimento quando se trata de filiação *post mortem* não está consolidado, alguns casos geram apenas adoção do sobrenome do pai e não os direitos sucessórios, o que não deixa de ser um reconhecimento do laço familiar. Porém, resta consolidado o entendimento no que se refere à presença de direitos sucessórios na multiparentalidade. Conforme noticiado pelo Superior Tribunal de Justiça, a Terceira turma decidiu ser possível o mesmo indivíduo receber herança do pai biológico e do registral:

O tribunal de segunda instância manteve a sentença que afastava a possibilidade de alteração do registro civil do autor, além de qualquer repercussão patrimonial, visto que havia sido comprovada a filiação socioafetiva, fato que gerou inclusive efeitos patrimoniais. (STJ, 2017).

O entendimento está fixado, porém o tema não deixa de ser objeto de reflexão. Aos moldes da filiação *post mortem* não poderia se considerar injusto se fosse decidido pela escolha de direitos sucessórios de apenas um dos pais, dando a possibilidade de registro e adoção do sobrenome de ambos, mas com efeito patrimonial de somente um deles.

Conclusão

Por fim, é de se notar que os benefícios alcançados com o avanço da Lei trouxeram consigo a possibilidade do ingresso ao Poder Judiciário sem que se tenha a finalidade exclusiva da obtenção da Justiça e sim objetivando o agregado patrimonial.

Vale salientar que em nenhum momento foi estabelecida crítica aos institutos apontados em sua essência, pelo contrário, a conclusão estabelecida é de que estes são de imensuráveis valia ao Direito de Família. Sem dúvida há uma quantidade muito superior de direitos legítimos pleiteados a partir destes institutos, mas ainda assim não se pode deixar ser ignorada a existência de ações que fogem à verdadeira essência da Justiça.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 20 nov. 2017.

CARDIN, VALÉRIA SILVA GALDINO; CAMILO, ANDRYELLE VANESSA. DOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS **DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM**. Revista de Ciências Jurídicas - UEM, [S.l.], p. 15-15, jan. [jun]. Disponível em: <<http://eduem.uem.br/ojs/index.php/index/index>>. Acesso em: 02 nov. 2017;

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, **Resolução CFM nº 2.121/2015**, 2015. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2017;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. Revista dos tribunais, São Paulo:2011;

OLIVEIRA José Sebastião de; ROSA Angélica Ferreria **A filiação “post mortem” garante a proteção dos direitos civis da pessoa?**. [S.l.]: ACTIO Revista de Estudos Jurídicos, 2015. Disponível em: <<http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/viewFile/16/29>>. Acesso em: 02 nov. 2017;

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. Reprodução Assistida: **Inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório**. Disponível em:<<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 02 nov. 2017;

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001;

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do RS, **Apelação Cível Nº 70065388175, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 17/09/2015;

SOARES, Carolina Ferreira. **Reprodução humana assistida post mortem e seus efeitos sucessórios**. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. Trabalho de conclusão de curso. 2014;

STJ, **Filiação socioafetiva não impede reconhecimento de paternidade biológica e seus efeitos patrimoniais**, 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Filia%C3%A7%C3%A3o-socioafetiva-n%C3%A3o-impede-reconhecimento-de-paternidade-biol%C3%B3gica-e-seus-efeitos-patrimoniais>. Acesso em: 23 nov. 2017.

O direito ao *homeschooling* e a omissão legislativa brasileira

*Isaura Bugança Pagnussat*¹

*Karoline Izaton*²

Introdução

A educação domiciliar, também conhecida como *homeschooling*, é um método de ensino realizado em meio familiar, ministrado pelos pais e também por profissionais da educação no âmbito doméstico, sem frequência à escola. Por se estar diante de uma constante evolução nos meios de informação, os meios de aprendizagem avançam na mesma medida, fazendo que com que novas formas de ensino se insiram no contexto educacional brasileiro.

Atualmente, o *homeschooling* ganha destaque, especialmente pelo fato dos pais optarem qual a melhor forma de transmitir o conhecimento para seus filhos, utilizando métodos diferentes dos tradicionais para que a criança e adolescente possa ter maior aproveitamento e rendimento em seu aprendizado.

Neste sentido, o presente estudo pretende realizar uma análise sobre a aplicação da educação domiciliar no Brasil. Para

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Meridional - IMED. E-mail: isaurabpagnussat@hotmail.com

² Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Meridional - IMED. E-mail: karolizaton@yahoo.com.br

tanto, o trabalho se divide em quatro eixos, abordando desde sua origem, aplicabilidade em outros países, legislação pertinente e vantagens e desvantagens de tal método.

O primeiro eixo trata-se de uma explicação acerca do que é o *homeschooling*, bem como os avanços desse método de estudo.

Na sequência, será feita uma reconstrução dessa temática em outros países, abordando contexto histórico, a aceitação das famílias a esse método de ensino, se há legislação pertinente ao assunto, bem como sua aplicabilidade nos possíveis casos reais.

No terceiro eixo, falar-se-á em relação à legalidade, se há ou não legislação pertinente sobre a educação domiciliar no Brasil, quais leis a regulamenta e como os tribunais superiores têm decidido nos casos pertinentes ao tema.

Por fim, serão abordadas as vantagens de desvantagens da utilização deste método de ensino, quais são as principais críticas à temática, se o adepto a modalidade educacional sofre algum prejuízo no que se refere à capacidade de aprendizado, e também, quais são os pontos positivos e os principais motivos que levam os pais a optarem pela educação familiar em desfavor da tradicional.

1 O que é o *homeschooling*?

A educação domiciliar, também conhecida por *homeschooling*, baseia-se na educação dos filhos no meio familiar, sem frequência às escolas. Tal método de ensino, que teve origem nos Estados Unidos, acompanhando a necessidade da criança e o seu ritmo de aprendizagem, garantindo a flexibilização de acordo com o melhor interesse da criança.

O principal foco desse modelo de educação é o aprendizado livre de imposições e regras estabelecidas pelo sistema educacional, das quais, nem sempre são proveitosas e eficientes para todos os alunos, tendo em vista, que cada um possui o seu tempo de cognição e a sua visão sobre o mundo.

Uma vez que se vive em um mundo em que a evolução é constante, os avanços ocorrem rapidamente e as informações e conhecimento se renovam na mesma medida.

Apela cada vez mais à criatividade, à inovação e à reconversão profissional, mas onde a educação não tem conseguido evidenciar-se nem como um serviço público distribuído equitativamente, nem se assumir como fórmula compensadora das desigualdades. (MORGADO, *apud* VASCONCELLOS, MORGADO, p. 110. 2004).

Esse avanço implicou diretamente na educação domiciliar, que ganha novos olhares, pois rompe o vínculo formal da escolarização, especialmente no que diz respeito ao espaço físico das escolas, relacionado diretamente às más condições das escolas públicas e aos inúmeros casos de violência e *bullying* ocorridos na comunidade escolar.

Há a errônea ideia de que o *homeschooling* é um método de ensino novo, surgido há poucas décadas. Porém, tal método de educação foi abandonado pelo surgimento e crescimento das instituições de ensino governamentais, pelas quais o governo obteve o amplo e total controle perante a forma e os métodos de educação.

Novamente, nos Estados Unidos, durante a década de 60, novos movimentos a favor do *homeschooling* ganharam força, baseados na insatisfação com as instituições de ensino por ideologias e crenças diversas. Dessa forma, através de Igrejas Evangélicas norte-americanas, tal método de ensino voltou a ganhar olhares e adeptos no Brasil.

Faz-se necessário frisar a diferença entre o *unschooling* e o *homeschooling*. No método *unschooling*, a educação é totalmente contrária a formas estruturadas, com regras, horários e disciplinas.

Unschooling, para mim, significa aprender o que a pessoa quer, quando quer, da forma como quer, onde quiser e pela razão que for. O aprendizado é direto; ajudantes ou facilitadores são procurados à medida que a pessoa quiser. (GRIFFITH, et. al. *apud* SILVA, BATISTA, p. 3, 1998).

Já o *homeschooling*, acredita que é importante ter métodos de ensino, com um ordenamento, mas sem prejudicar a individualidade de cada criança e as suas necessidades.

Como vemos, a educação domiciliar é capaz de oferecer uma variedade de métodos e, ao mesmo tempo, uma maior liberdade de teste e facilidade de mudança na forma como se aborda a educação da criança. Se novas pesquisas demonstrarem que um método está ultrapassado, os pais podem, de forma gradual, mudar a forma como educa os filhos. Isso os obriga a serem mais responsáveis sobre o que se passa no âmbito da educação, pois, como eles estão no comando e terão que assumir as responsabilidades pelos filhos, o que é outro benefício, pois, além do desejo de ensinar com a proteção da paternidade, acabam por se empenharem mais para que seus filhos se saiam bem. Todavia, ao passo que na educação domiciliar temos essa facilidade, numa escola pública, por exemplo, para se mudar o método de ensino, seria preciso toda uma reforma política, uma adaptação das estruturas e a capacitação dos professores, enfim, seria um processo muito longo e demorado, além do fato de que, devido à influência do grupo que “domina” as instituições educacionais, podem se passar anos sem que ninguém se dê conta de que as coisas estão erradas, pois quem está inserido no processo encara tudo como “normal” ou como “pequenos problemas” que sempre estarão presentes. (SILVA; BATISTA at. al. p. 12, 2014)

Assim, há diferenças claras entre *unschooling* e *homeschooling* que devem estar presentes sob pena de cometerem-se equívocos no tratamento do assunto.

2 A aplicação do *homeschooling* na esfera internacional

Antes da criação da escolaridade obrigatória e subsequente criação de instituições públicas de ensino, a maioria da educação em todo o mundo decorria no seio da família ou comunidade, e apenas uma pequena proporção da população se deslocava a escolas ou empregava tutores.

Neste sentido, surge o *homeschooling*, também conhecido como educação domiciliar, que é uma modalidade de ensino que permite que crianças e adolescentes sejam escolarizados em ambiente doméstico, em espaços privados sem a intervenção do Estado.

Nota-se, que com o passar dos anos, esse método de ensino vem ganhando força, de acordo com dados da *Home School Legal Defense Association*, cerca 63 países já possuem autorização expressa em lei para realização desta modalidade de ensino. Assim, para melhor compreensão desta modalidade, será analisado o modelo de ensino da mesma em alguns países que já a praticam.

2.1 Modelo Norte-Americano

Regularizado desde 1993, o modelo educacional norte americano é um dos mais conhecidos mundialmente, pois apresenta uma visão diferenciada no que tange o método de ensino.

O modelo americano, de maneira geral, refere-se a uma concepção de educação mais abrangente do que apenas ensinar conteúdos, pois busca se constituir num processo de ensino em uma perspectiva mais “educadora”, relacionada às diferentes percepções de mundo, crenças e ideologias das famílias que optam por esta prática encontrando-se, inclusive, na literatura sobre o tema, de forma mais rara, a terminologia *home education*. (RAY, *apud*, VASCONCELLOS; MORGADO, p. 206, 2005).

Por já haver legalização no país, cada estado possui uma legislação própria, apresentando métodos de ingresso diferentes, por exemplo, no estado do Texas, onde o *homeschooling* não está submetido à legislação educacional, é necessário que a família apresente apenas três requisitos que são: “1) boa fé”; 2) o currículo esteja em formato visual; 3) e que inclua as matérias de leitura, soletração, gramática, matemática e boa cidadania”.

Já no estado de Nova Iorque, o método de ingresso é um pouco mais rígido, a família que deseja educar seus filhos em casa, deve notificar a secretaria da educação antes do início do ano letivo, preencher um documento sobre qual será o plano de educação (currículo), manter o registro de datas e horas das aulas por pelo menos 180 dias por ano, enviar um relatório a cada trimestre explicando os temas tratados e o desempenho do aluno e, por fim, enviar um relatório final anual, somado ao relatório do quarto trimestre, com uma avaliação escrita sobre o aluno (CIMENTI, 2011).

Nota-se que a partir das facilidades que este método oferece, tanto no tocante do ambiente educacional, em relação às condições financeiras de cada família de poder pagar uma escola particular, quanto no que se refere às aulas, que podem ser ministradas pelos próprios pais ou por professores contratados, o índice de crianças e adolescentes inclusos no *homeschooling* encontra-se em ascensão.

Segundo o Departamento de Educação Americano, no último ano letivo, 1,77 milhão de alunos de 5 a 17 anos (ou 3,4% da população em idade escolar nos EUA) foram educados em casa. (CORRÊA, 2013).

2.2 Modelo francês

Na França, o *homeschooling* pode ser exercido livremente, os pais podem escolher o método de ensino-aprendizagem, desde que sejam seguidos os assuntos dispostos na lei, como aulas de francês, matemática e, pelo menos, uma língua estrangeira. Para tanto, o aluno deve registrar-se anualmente na secretária responsável de seu município e, ao completar 16 anos, o mesmo deverá atingir um nível de aprendizado e desempenho comparado à educação escolar regular.

2.3 Modelo alemão

Ao contrário da situação atual dos países acima listados, a Alemanha não possui autorização para essa atividade; o ensino

domiciliar é proibido desde os tempos Nazistas, sendo concentradas às escolas todas as questões relacionadas à educação. Nesse país, o *homeschooling* só pode ser exercido em casos excepcionais, como doença por longo período, profissão dos pais, ou crianças imigrantes que permanecerão por um curto período no país. Para as famílias que não se enquadram nas exceções permitidas e que praticam a educação domiciliar, o Estado pune-as com prisão, perda da custódia dos filhos e multa.

3 Situação atual no Brasil

No Brasil, não há nenhum dispositivo legal que verse sobre a educação domiciliar, não há permissão nem proibição, portanto, tal omissão legislativa é geradora de debates sobre sua possibilidade ou não.

Desta forma dispõe a Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

(...)

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

(...)

Também dispõem sobre o tema o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) no seu Capítulo IV:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - Ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

A jurisprudência, por sua maioria, firma-se em negar a possibilidade do *homeschooling*, com fundamentos baseados na não regulamentação pela Carta Magna, não havendo assim, direito líquido e certo da educação poder se dar em ambiente familiar. Outro argumento utilizado pela jurisprudência, e de que a educação e responsabilidade do Estado para seu fornecimento, acompanhamento e regulamentação.

Assim dito:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. MEDIDA PROTETIVA. MODALIDADE *HOMESCHOOLING* - EDUCAÇÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE.

O acesso ao ensino fundamental, como se sabe, é garantia constitucional e, portanto, dever do Estado assegurar aos infantes que freqüentem os estabelecimentos de ensino.

RECURSO DESPROVIDO.

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO SISTEMA DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR. INEXISTÊNCIA.

Inexistindo previsão legal de ensino na modalidade domiciliar, não há no caso direito líquido e certo a ser amparado na estrita arena do mandamus. Manutenção do indeferimento da segurança.

APELAÇÃO DESPROVIDA.

Esse último julgamento, por sua vez, proveniente da comarca de Canela/RS, elevou-se em nível de Recurso Extraordinário (RE

888815), onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral e suspendeu todos os processos em andamento sobre o tema, até a sua decisão sobre o caso.

Por ainda não haver uma lei que regulamente a educação domiciliar no Brasil, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação nº 9.394 de 1996, auxilia no tocante dos direitos inerentes a criança e adolescente no âmbito escolar, em especial, nos casos que se refere à suspensão do aprendizado, que visa evitar o afastamento de jovens do ambiente escolar. Porém, nos casos em que estes não possuem condições de frequentar a escola em virtude a uma patologia, como doenças crônicas, degenerativas e de cirurgias que impossibilite a frequência ao ambiente escolar, a aplicabilidade desta lei é feita de maneira distinta, sendo possível assegurar e garantir o direito a educação em suas casas, através do Atendimento Pedagógico Domiciliar, em que o atendimento é feito por professores e/ou pedagogos que trabalham nos hospitais ou nas redes públicas de ensino. Da mesma forma, ocorre nos casos de crianças e adolescentes hospitalizados, através do programa Classes Hospitalares, que é uma modalidade de ensino que trata do direito de ensino de dessas pessoas hospitalizadas.

Tanto o Atendimento Pedagógico Domiciliar quanto o programa de Classes Hospitalares intentam fazer com que crianças e adolescentes hospitalizados não percam o interesse em estudar, ler ou até mesmo de brincar, pois na condição de enfermo, os mesmos tendem a ter uma modificação no convívio social.

O programa de Classe Hospitalar constitui-se como um desdobramento da educação, que visa a proporcionar à criança, ao adolescente e ao adulto hospitalizado, a possibilidade de melhora da sua qualidade de vida, por meio de atividades pedagógicas, lúdicas e recreativas. O atendimento objetiva ainda melhorar a autoestima, minimizando espasmos da dor, quando interpreta a proposta a processos de humanização. (ABE; BARBOSA et. al., *apud*, RIBEIRO; PAULA, 2012, p.)

Verifica-se então que no Brasil o *homeschooling* é aplicado no Brasil, ainda que sem regulamentação. A seguir, passa-se a analisar as vantagens e desvantagens do mesmo.

4 Vantagens e desvantagens

Nos últimos anos, a educação domiciliar ou *homeschooling* vem ganhando espaço no cenário educacional brasileiro, com adeptos a esta modalidade em todas as regiões do país, em especial, no Sul e Sudeste. Por não haver legislação pertinente ao assunto, ainda há discordância em relação às vantagens e desvantagens desse método de ensino, os adeptos afirmam que o ensino domiciliar é eficaz, já os que não aceitam, acreditam que o jovem subordinado a esse tipo de ensino sofre perdas tanto no tocante de aprendizado quanto no emocional.

Tendo em vista o conteúdo tratado durante o trabalho, nota-se que a principal vantagem referente ao assunto é a possibilidade dos pais acompanharem o desenvolvimento educacional dos filhos, podendo ficar mais atentos com as possíveis dificuldades que a criança possa ter, uma vez que no método tradicional não oferece o benefício de acompanhamento individual, em virtude das salas de aula cheias.

Neste sentido, outro ponto que ganha relevância é a flexibilidade de horários, pois essa forma de ensino permite aos pais adaptar e organizar o conteúdo didático que será ministrado à criança e adolescente, ampliando o ensino para além dos livros, através de viagens ou passeios agradáveis, sem a necessidade de cumprir planos de aula ou cronogramas.

Também, outro ponto que se destaca nesse cenário é em relação aos casos de *bullying*, que é o comportamento agressivo praticado intencionalmente por uma pessoa ou grupo de forma repetida contra alguém, sem motivação específica ou justificável, causando danos psicológicos, emocionais e físicos. Assim, a fim de evitar que seus filhos sofram qualquer tipo traumas, e

transformando o ambiente escolar em um espaço desagradável e ameaçador do qual eles não gostariam de retornar, os pais optam pelo *homeschooling*.

Em contrapartida, há críticas referentes a essa modalidade de ensino. Alguns educadores acreditam que a escola é uma ferramenta imprescindível para o desenvolvimento educacional da criança e adolescente.

Nesse sentido, destaca-se a didática de ensino, pois na escola há uma rotina programada, com profissionais qualificados para a realização do ensino, promovendo a formação moral e intelectual do indivíduo, lapidando o aluno para a convivência social, tendo como pressuposto a conservação da sociedade em seu *status quo*.

Outro grande ponto que é criticado quando se fala de educação domiciliar é o quesito da socialização, que poderia ficar prejudicada. A idade escolar é um período onde a criança ou adolescente aprende a interagir e respeitar o próximo, visualizando que há pessoas e costumes diferentes dos seus.

Portanto, se o ensino é realizado em casa, com seus familiares, a criança ou adolescente não saberá conviver com outras realidades diferentes da sua família, o que poderá prejudicar o seu desenvolvimento em relação aos assuntos que sua família não trabalhará por sua escolha, condicionada às suas crenças e ideologias.

Segundo a ANED (Associação Nacional de Educação Domiciliar), entre os anos de 2011 e 2016, a prática do *homeschooling* no país aumentou em 916%, representando 3.200 famílias e 6 mil crianças e adolescentes submetidos ao método de ensino domiciliar no Brasil. A maior parte dessas famílias, estão nas regiões Sul e Sudeste.

Portanto, o parecer da Suprema Corte, é de extrema importância para a regulamentação da atual situação do Brasil no que tange o método de ensino domiciliar, pois, ou irá se firmar a inconstitucionalidade, ou inaugurar-se-á a sua lícitude, retirando inúmeras famílias da irregularidade.

Conclusão

Ao finalizar esse trabalho, percebe-se a grande necessidade de haver uma regulamentação do *homeschooling* por parte do Estado. Trata-se de uma forma de ensino que a cada ano ganha mais adeptos pelo país, dos quais, por não possuírem respaldo legal, sofrem punição penal por abandono intelectual. Ora, se a educação domiciliar é uma forma de ensino que visa atender as necessidades intelectuais de cada criança ou adolescente, não há sentido em haver punição para quem deseja oferecer esse ensino mais humanizado para as mesmas.

O *homeschooling* resume-se pela liberdade dos pais em poder escolher a forma de ensino que seus filhos receberão, e poder fazer parte dela, em um momento em que há a defasagem das escolas públicas no nosso país, no que tange estrutura e capacidade intelectual das mesmas.

Nota-se que há muito mais vantagens que desvantagens listadas nesse trabalho em estudo, portanto percebe-se que se houver uma regulamentação do Estado sobre a maneira, rendimento e qualidade do ensino realizado em meio domiciliar, quem optar por oferecer o *homeschooling* aos seus filhos, poderá ter respaldo jurídico e garantir a qualidade desse ensino, buscando sempre, o melhor interesse da criança ou do adolescente.

Por fim, visualiza-se que por estarmos em um século de grande globalização, a educação não deve engessar-se em métodos antigos e ultrapassados, necessita-se que haja um avanço nessa área, como há nas demais.

O *homeschooling*, portanto, tem como meta um ensino visionário capaz de enfrentar as rápidas mudanças e necessidades mundiais das quais estamos inseridos.

Referências

- ANDRADE, Édison Prado de. **Homeschooling: Finding the Right**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-73072017000200172&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 04 nov. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.
- _____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Diretrizes e bases da educação. Dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. 2015/05/14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4774632>>. Acesso em: 05 nov. 2017.
- CIMENTI, Carolina. **Cresce a adesão à educação domiciliar nos Estados Unidos**. 05/11/2011. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/cresce-a-adesao-a-educacao-domiciliar-nos-estados-unidos/n1597354516094.html>>. Acesso em: 01 nov. 2017.
- CORRÊA, Alessandra. **Educação domiciliar cresce nos EUA**. 04/11/2013. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/11/131031_educacao_domiciliar_eua_mdb_ac>. Acesso em: 01 nov. 2017.
- LIMA, Eloísa. **Vantagens e desvantagens do 'homeschooling', o ensino domiciliar**. 01/09/2014. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2014-09-01/vantagens-e-desvantagens-do-homeschooling-o-ensino-domiciliar.html>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

MÜLLER, Bruno Raphael. **Homeschooling cresce no Brasil com curso online e vitória parcial no STF**. 14/06/2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/educacao/homeschooling-cresce-no-brasil-com-curso-online-e-vitoria-parcial-no-stf-8qz8q44hruzncg71e5gufddss>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

RIBEIRO, Karina Rafaela; PAULA, Ercília Maria Angeli Teixeira. **ATENDIMENTO PEDAGÓGICO DOMICILIAR PARA ENFERMOS: UMA MANEIRA DIFERENTE DE EDUCAR**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/ensino_fundamental/textos_educacao_fundamental/Monografia_Atendimento_Alunos_Enfermos_P%C3%A1gina070514.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2017.

SILVA, Camila Oliveira da Silva et al BATISTA, ANDRADE, LIMA, PEREIRA. **FUNCIONAMENTO DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR (HOMESCHOOLING): análise de sua situação no Brasil**. Disponível em: <periodicos.pucminas.br/index.php/pedagogiacao/article/download/11025/8845>. Acesso em: 31 out. 2017.

VASCONCELOS, Maria Celi Chaves ; MORGADO, José Carlos Bernardino Carvalho. **Desafios à escolarização obrigatória: a inserção do homeschooling na legislação educacional no Brasil e em Portugal**. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/rbpae/article/view/50021>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

VIEIRA, André de Holanda Padilha. **“ESCOLA NÃO, OBRIGADO?”: Um retrato da homeschooling no Brasil**. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3946/1/2012_AndredeHolandaPadilhaVieira.pdf>. Acesso em: 31 out. 2017.

Diretrizes da educação domiciliar: aspectos socioculturais e seus efeitos no desenvolvimento da criança e do adolescente

Mateus Barboza dos Santos¹

Wellinton Silva Gnoatto²

Introdução

O sistema formal de educação no Brasil é a escola, consistindo basicamente no binômio aluno-professor, em que um número de estudantes recebe as lições de um conhecedor do tema. Todavia, o tema é polemizado pela responsabilidade do Estado em designar caminhos para o aprendizado e o efetivo conhecimento absorvido pelo estudante. Por esse motivo, o modelo de educação sempre foi objeto de discussões no ordenamento jurídico e social, motivo pelo qual surgiu, no Brasil, o assunto da educação domiciliar (*homeschooling*).

Por isso, o presente trabalho tem como objetivo analisar a acessibilidade da educação domiciliar como método de ensino contundente para o aprendizado do estudante e seus efeitos na esfera social e cultural da criança e do adolescente que recebe o ensinamento do método em análise. Logo, o trabalho será desenvolvido em três momentos, sendo que o primeiro abordará o

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: mateus36912@gmail.com

² Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: gnoattow@hotmail.com

desenvolvimento da escola e sua eficácia na atualidade, podendo ser, desde já, evidenciado a precariedade da infraestrutura das escolas formais do país.

Posteriormente, será analisado a vertente internacional do ensino domiciliar e seu aspecto constitucional, verificando a desconcentração do ensino no Brasil e seus atuais efeitos na resposta aos ensinamentos. Por conseguinte, analisar-se-á os reflexos socioculturais, monetários e psicológicos da implantação do método de ensino crescente, principalmente para a criança e ao adolescente educados nessa órbita.

Por fim, será desenvolvida a relação de necessidade acerca da regulamentação estatal ao ensino domiciliar, ao estabelecer diretrizes e políticas públicas que efetivem o ensino em âmbito residencial, buscando-se materializar o direito à educação e da autonomia familiar.

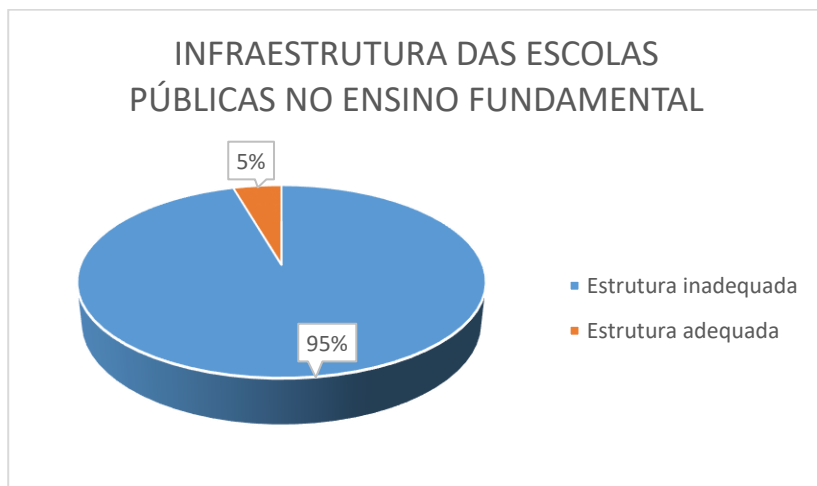
1 O (in) desenvolvimento da escola como mecanismo de aprendizado e sua eficácia

Ao longo da pré-história, da história - passando pela Antiguidade Clássica, pela Idade Média, chegando à contemporaneidade, em todas as sociedades e culturas existentes -, a educação dada pelos pais, no convívio ininterrupto no lar ou na sociedade, em tutela permanente, foi e tem sido o elemento primordial à continuidade da marcha pela vida e pelo progresso humano (ARRUDA E PAIVA, 2017).

Outrossim, se faz necessária a análise da eficácia desse atual mecanismo de aprendizagem no país, para materializar o entendimento de ineficácia da escola em efetivar o direito à educação, constitucional e internacionalmente garantido, conforme será abordado posteriormente.

Entre o 1º e o 9º ano (ensino fundamental) apenas 4,5% das escolas públicas contam com uma infraestrutura coerente, conforme

o Plano Nacional de Educação (PNE). No Ensino Médio, esse número sobe para 22,6%, conforme se depreende do gráfico abaixo.



Fonte: Levantamento efetuado pelo movimento Todos Pela Educação, em junho de 2016.

Logo, torna-se evidente o serviço insustentável de serviços básicos de infraestrutura, acarretando, assim, a intenção das famílias retirarem seus filhos das instituições públicas e, mesmo com um alto custo financeiro, o realocarem em instituições privadas de ensino.

Segundo o Censo Escolar 2017, houve uma queda de 18% no número total de matrículas da rede pública nos últimos dez anos. Em 2007, cerca de 46 mil estudantes se matricularam no ensino infantil, fundamental, médio e na educação de jovens e adultos. Dez anos depois, este número caiu para 37.549.814. Com isso, a comunidade apenas possui duas opções: a) reivindicar em face do Poder Público para que seja efetivado a educação de qualidade constitucional e internacionalmente garantida, ou; b) procurar por alternativas que salientem a demanda de educação que acarrete em um aprendizado eficaz.

Na esfera do Ensino Médio disponibilizado pelas Escolas Públicas, depreende-se do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) do ano de 2015 que, das 100 escolas com maior média na Prova Objetiva, 97 são de natureza privada (G1, 2016). Todavia, as escolas de cunho privado têm como sua finalidade a obtenção de lucro, sendo que para efetuar o pagamento mensal é necessária uma renda alta.

De acordo com Simionato e Oliveira (2003, p.63),

[...] na estrutura familiar, as crianças são os membros mais vulneráveis às situações de conflitos no grupo e, neste sentido, estão mais expostas que os demais, justamente por não ter autonomia e capacidade plena de defesa e resolução.

Desse modo, percebe-se que o desenvolvimento e a aprendizagem da criança se inicia antes mesmo de sua inserção em uma instituição escolar, sendo necessário compreender o quanto a dinâmica familiar pode interferir no desenvolvimento cognitivo da criança, motivo pela qual o estabelecimento de uma educação domiciliar seria benéfico, sendo que, internacionalmente, está demonstrando efeitos positivos.

2 Aplicabilidade e eficácia do *homeschooling* em outros países

O ensino domiciliar é um movimento que cresce no mundo todo, sendo reconhecido pela maioria das jurisdições da União Europeia e pela maioria dos países democráticos³. Com isso, existe previsão expressa que garante, entre todos os países-membros da Organização das Nações Unidas, a educação efetuada pelos pais, conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos, que refere em seu artigo 26.3, que “os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos”.

³ Vide Homeschooling, Donnelly, Michael P. In *Balancing Freedom, Autonomy, and Accountability in Education*. Glenn e De Groof. Eds. Wolff Legal Publishers, Nijmegen Netherlands, 2012.

Nos Estado Unidos da América (EUA), a fundamentação para o exercício do *homeschooling* está inserido na Constituição Federal do país, afirmando que a liberdade de escolha à escolaridade de seus filhos é disciplinada pela primeira e pela décima quarta emenda, sendo a primeira a “cláusula de livre exercício”, como direito fundamental, dispõe que

[...] o Congresso não fará lei relativa ao estabelecimento de religião ou proibindo o livre exercício desta; ou restringindo a liberdade de palavra ou de imprensa; o direito do povo de reunir-se pacificamente e de dirigir petições ao governo para a reparação de seus agravos (Corwin, 1986, p.229).

Ademais, a décima quarta emenda, ou cláusula do “devido processo legal”, relata a relação do direito à privacidade, também reconhecido como direito fundamental. Conforme tradução de Corwin (1986), o texto refere que

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãs dos Estados Unidos e dos Estados em que residem. **Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos;** nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis. (p.299-300); (grifou-se).

O tema passou a ser abordado com intensidade na década de 1980 pelo autor John Caldwell Holt⁴, introduzindo o tema com seu livro “*Teach your own*”, publicado em 1981. Outrossim, o tema aduz a questão da liberdade e da autonomia da família ao escolher o método de ensino a ser disponibilizado a seu filho, não sendo necessário estar coagido às exigências estatais.

⁴ Autor e educador americano, um proponente da educação em casa e, especificamente, a abordagem não escolarizada e um pioneiro na teoria dos direitos da juventude.

Atualmente, o tema em discussão está corroborado por um histórico de desenvolvimento do *homeschooling* nos Estados Unidos, conforme refere Andrade (2016, p. 175) que “entre os anos de 1982 e 1988, 28 estados aprovaram nova legislação *homeschooling*, muitas delas em resposta a decisões judiciais que alegavam que a Constituição Federal e a legislação sobre o assunto eram vagas e deficientes”, sendo evidente a inclinação do país para sua legalização e, conseqüentemente, estabelecimento de diretrizes e preparação dos educandos.

Em outros países, o impasse se encontra no quesito de direcionamento da eficácia da medida, com análise no desenvolvimento de pessoas que, no passado, foram educados em casa. Andrade (2016) salienta que, na Dinamarca, a legalidade dos pais em exercer e garantir que seus filhos recebam uma educação adequada, é permitido pela Constituição, auferindo que eles ofereçam a educação domiciliar, devendo, porém, informar ao município a escolha por essa modalidade e o local onde ocorre o ensino.

Na Finlândia, a frequência não é quesito para mensurar a qualidade da educação da criança, sendo que as entidades municipais fiscalizam o aprendizado coerente com as leis daquele país. Todavia, após as provas de desempenho, os pais que oferecem educação insatisfatória ou sinais dela receberão uma multa (Blok & Karsten, 2011, p. 145, *apud* Andrade).

A Holanda e a Alemanha são exemplos de países que restringem a prática da educação familiar, sendo na Holanda obrigatória a escola formal obrigatória e, na Alemanha, a regulamentação é efetuada a nível federal, e cada estado prevê a escolaridade obrigatória, quer na Constituição, quer nas leis mais importantes, cuja matéria trata de educação (Spiegler, 2003, 2009, como citado em Blok & Karsten, 2011, p.146, *apud* Andrade).

É evidente que a órbita política está presente no tema, pois são debatidas questões de restrição e impedimentos tanto quanto o da liberdade e autonomia da pessoa e da família, aduzindo um

fundamento neoliberal ao construir o conceito de *homeschooling*. Nesse sentido, Oliveira e Barbosa (2017, p. 12),

De acordo com Reich (2002), ao analisar as motivações das famílias praticantes do *homeschooling*, elas expressavam uma orientação liberal, humanista e pedagógica, na década de 1970. É também nessa década que os escritos de Ivan Illich e John Holt, ao contestar a estrutura escolar e se posicionar contra ela, ganham notoriedade e passam a ser utilizados no contexto de defesa da regulamentação do *homeschooling* [...].

Portanto, o viés político e histórico se impõe e demonstra a preocupação dos países no desenvolvimento alternativo de um conhecimento implícito e explícito em uma geração futura.

3 Homeschooling no ordenamento jurídico e poder legislativo brasileiro

No Brasil, o tema vem sido debatido, pois existem famílias que aderem ao sistema de ensino em pesquisa e aos que se demonstram interessados, apoiados pela Associação Nacional de Ensino Domiciliar (ANED), que os representa e busca a legalização da atividade.

A educação na Constituição Federal é disposta no Capítulo III, Seção I, e se guia basicamente pelo disposto no artigo 205:

Art. 205. A educação, direito de todos e **dever do Estado e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (grifou-se)

Com isso, tramita no Congresso Nacional, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei (PL) nº 3179/2012, de redação do Deputado Lincoln Portela, para acrescentar no artigo 23, da Lei 9.394 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) o seguinte parágrafo:

Art. 23.

[....].

§ 3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, **nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais.** (grifo nosso)

Conforme se depreende do texto, a alteração que está em tramitação, se aprovada e promulgada, não estabelecerá expressamente a designação necessária para o exercício da modalidade de educação domiciliar, sendo a única obrigação do Estado nesse sistema verificar a coerência e o devido aprendizado, conforme especificações atuais constantes na Lei nº 13.005/2014 (Plano Nacional de Educação).

Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal (STF) recentemente reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) nº 888.815, tendo como Relator o Ministro Luís Roberto Barroso, deu o caráter de repercussão geral ao processo, pois julgou matéria do interesse constitucional “saber se o ensino domiciliar (*homeschooling*) pode ser proibido pelo Estado ou viabilizado como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, tal como previsto no artigo 205 da CRFB/1988” (STF, 2015), até que seja julgado no Plenário a ação em que a recorrente impetrou Mandado de Segurança contra ato da Secretária Municipal de Educação de Canela/RS.

Correlato a isso, Michael Donnelly, diretor do *Global Outreach for the Home School Legal Defense Association*⁵ (HSLDA) representando a *Home School Legal Defense Association*⁶ remeteu ao Supremo Tribunal Federal em 20 de junho deste ano, um parecer

⁵ Programa de Assistência Internacional da Associação de Defesa da Educação Domiciliar.

⁶ Associação de Defesa da Educação Domiciliar.

jurídico em que fundamenta a constitucionalidade do *homeschooling*, referindo que

[...] O Brasil está diante da oportunidade de desempenhar uma notável liderança como sociedade emergente livre e democrática, no tocante a esse importante direito fundamental, em um contexto constitucional, e em reconhecimento dos deveres internacionais assumidos pelo País. (DONNELLY, 2017, p. x)

Portanto, o país permeia um momento turbulento no tema, momento em que é propenso para que estudos e diretrizes sejam estabelecidos no âmbito da educação domiciliar e a congruência com a expectativa de efeitos positivos.

Outrossim, o *modus operandi*⁷ relativo ao *homeschooling* deverá estar atento às necessidades empregadas para cada classe social que necessita ou opta por efetuá-lo e o dever do estado auxiliar e fiscalizar a atividade.

4 A educação domiciliar no Brasil e seus efeitos aos estudantes

O homem é suscetível à delimitação de programas que estudam a doutrinação de uma determinada geração. Assim, uma das mais complexas lutas da humanidade, desde a Grécia antiga até a contemporaneidade, é a interação, a tolerância e a promoção da boa, pacífica e respeitosa convivência entre diversidades ideológicas, religiosas, políticas e sociais.

A prática do ensino doméstico traz em sua bagagem um conflito histórico, tornando-se peça fundamental o interesse da criança e as consequências diretas que esta enfrenta no novo e diferenciado sistema de educação.

Um dos pontos fundamentais a serem debatidos na prática do *Homeschooling* é sem dúvida o impacto da modalidade de ensino na formação psicossocial de uma criança. No Brasil, a prática é auferida

⁷ Desenvolvimento e operação da atividade.

ao fundamento central do crime de abandono intelectual, que zela pelo direito de todos ao acesso à educação, bem como o dever das famílias em promover este acesso, mas se mantem em silêncio sobre os meios que este acesso pode ocorrer e infelizmente também silencia sobre qualquer possibilidade de abalo psicológico, social e cultural que esta criança poderá sofrer.

Szymanski (2004) e Harrys (1995) concluíram que a formação social e psicológica de uma criança, se dá em dois cenários fundamentais, nomeados como “Interno e Externo”. O primeiro se refere a convivência em família, a participação dos pais e os exemplos trazidos a seus filhos, em quanto o segundo cenário, o externo, se refere às interações da criança com outros indivíduos de sua idade e pessoas externas à família.

Harrys (1995) em sua pesquisa "*Where is the child's environment? A group socialization theory of development*"⁸ corrobora como sendo o ambiente que exerce maior influência sobre a personalidade de uma criança é o “externo”, ou seja, fora do controle da família que se identifica justamente nas relações entre as próprias crianças. Ao participarem de um volumoso grupo social, inclinam-se naturalmente a determinar e ocupar posições no grupo, tanto em sentido de liderança, quanto no desenvolvimento da personalidade como extroversão, timidez, introversão e senso de justiça. Sendo assim, tais influencias, decisões e convivências, moldam diretamente a personalidade da criança.

Com efeito, um contexto em que a criança é afastada deste convívio em grupo, é evidenciado a privação do ambiente que contribui majoritariamente para sua formação psicossocial, podendo gerar profundos danos a personalidade.

Monjas e Caballo (2000) evidenciam a transparência do entendimento de que a interação de uma criança, com outros de sua idade em um ambiente não controlado diretamente pelos pais, é o principal âmbito em que se desenvolvem habilidades sociais e as

⁸ *Psychological review* 102, no. 3 (1995): 458.

crianças que não possuem este relacionamento, tem um altíssimo risco de apresentar dificuldades emocionais em seu desenvolvimento.

Conforme estudo realizado nos EUA, Medlin (2013, *apud* Donnelly) efetuou uma revisão sobre educação domiciliar e socialização, concluindo que:

Quando comparadas às crianças que frequentam escolas convencionais, entretanto, a pesquisa sugere que as crianças educadas em casa mantêm amizades de maior qualidade e um melhor relacionamento com seus pais e outros adultos. São pessoas felizes, otimistas e satisfeitas com suas vidas. Seu entendimento moral é pelo menos tão bom quanto o das outras crianças, e apresentam uma maior tendência em agir de maneira não egoísta. Na adolescência, demonstram um forte senso de responsabilidade social e exibem menos complicações emocionais e problemas de comportamento, quando comparados aos seus colegas. Os que ingressam na universidade são socialmente ativos e abertos a novas experiências. Adultos egressos do ensino domiciliar envolvem-se com questões cívicas e apresentam um desempenho competente em todos os aspectos avaliados até o momento.

No Brasil, o posicionamento dos profissionais em psicologia infantil e educadores⁹, também se demonstra o mesmo, no que diz respeito ao isolamento social que uma criança inserida no método de ensino doméstico, sendo que não se trata apenas de um conteúdo específico, que a família pode até ter condições de ensinar, mas de aprendizados que pressupõem a relação cotidiana entre pares. Entre eles estão a capacidade de argumentação, de ouvir o outro e convencê-lo sobre uma perspectiva, de perceber que regras valem para todos e conseguir chegar a uma decisão criada em conjunto (VINHA, 2016).

⁹ Telma Vinha, professora de Psicologia Educacional da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp).

4.1 A configuração do crime de Abandono Intelectual

No Brasil, nasceu a uma prática para não configurar o crime de abandono intelectual¹⁰ e ainda assim realizar o *Homeschooling*: efetuar corretamente a matrícula da criança em uma instituição de ensino, mas não a levar na escola.

Contudo, diploma legal que criminaliza o abandono intelectual não traz, em momento algum, a proibição de determinada forma de ensino; pelo contrário, a punição é destinada àqueles que deixarem de prover, sem justa causa, a instrução primária de um filho.

Segundo a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED), fundada com a finalidade de auxiliar famílias que optam pelo *Homeschooling*, no Brasil mais de 2,5 mil famílias adotaram esta forma de ensino para seus filhos.

De todo modo, existe um ponto fundamental a analisar: a probabilidade de aumento das desigualdades sociais. Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH) elaborado pelas Organização das Nações Unidas, o Brasil é atualmente o 10º país mais desigual do mundo¹¹.

De acordo com Bauman (2001, p. 24, *apud* Arruda e Paiva),

As famílias que participam da educação domiciliar não citam custo como uma barreira, mesmo que possam presumir que as escolas privadas poderiam responder às suas preocupações acadêmicas e morais.

Nesse cenário, se estabelece uma profunda separação entre as famílias de alta e baixa renda, e a não interação desses grupos em um ambiente de convivência - como seria a escola formal - apenas

¹⁰ Artigo 246 da Lei nº 2.848/1940, o Código Penal. (BRASIL, 1940).

¹¹ Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH) é reconhecido pelas Nações Unidas como um exercício intelectual independente, incluindo o Índice de Desenvolvimento Humano e apresentando dados e análises relevantes à agenda global anualmente.

viria a exacerbar esta separação e aumentar a desigualdade, conforme prescreve

4.2 Realidade do *Homeschooling* na comunidade: uma experiência da educação domiciliar em Passo Fundo/RS

O Hospital São Vicente de Paulo desenvolveu o projeto Classe Hospitalar Escola de Vida, contando com a parceria da Prefeitura municipal, Ministério Público e instituições de ensino locais.

O projeto objetiva promover o acesso à educação para crianças e jovens em tratamento oncológico, para que desta forma, não percam períodos letivos e possam ter o ensino comprovado de forma legal.

As aulas são ministradas em dois turnos (manhã e tarde) em uma sala específica. Neste sentido, podemos observar uma situação que se configura no *Homeschooling*, claro que, motivada por uma situação de força maior e que visa fornecer acesso àquelas crianças que não podem tê-lo. O hospital se manteve em constante contato com as escolas, para organizar as matérias necessárias e que estão sendo ministradas.

Conclusão

No presente trabalho procurou-se discorrer sobre o procedimento do atual modelo de escola formal no país e no mundo, bem como sua evolução para a inserção do ensino domiciliar no país. Foi possível perceber que a escola formal compõe deficiências severas relacionadas à infraestrutura e desenvolvimento psicossocial da criança, porquanto outros países no mundo estão ao passo de regulamentar e estruturar a educação domiciliar.

A falta de regulamentação, inclusive no Projeto de Lei em tramitação, preocupa o cenário póstumo e evidencia a necessidade de obtenção de um regulamento efetivo, porém não invasivo por parte do Estado. Com isso, verificou-se que, com o aumento de

família aderindo ao sistema no Brasil e no mundo, o tema tem tomado proporções de verossimilhança em relação à sua eficácia.

O motivo ensejador de haver surgido o *homeschooling* é relativo à educação prestada de forma equívoca pelo Estado, preocupando pais e responsáveis pelas crianças da próxima geração. Apresentando a proposta do presente tema, buscou-se à respostas na legislação brasileira, bem como a possibilidade de ideias de diretrizes esboçadas em outros países e sua atual efetividade.

No tocante ao sistema brasileiro exercido na modalidade da educação domiciliar, buscou-se verificar as responsabilizar que o Estado aufere àqueles que deixam de matricular seus filhos em uma escola formal, imputando-lhes a negligência e importando, assim, o tema da justa causa referida no crime de abandono intelectual.

Assim como abandono afetivo, que incorpora as relações de uma criança com seus pais, tem um comprovado abalo psicossocial na formação da criança. O entendimento dos profissionais nas áreas de educação e psicologia infantil, é que o inverso também é real. Uma criança que venha a ser privada de uma interação com outros de sua idade e pessoas externas ao grupo familiar, podem desenvolver sérios abalos em sua formação, tornando-se adultos introvertidos, com dificuldades de socialização.

Ainda, foi possível verificar a alarmante sociedade notoriamente desigual e que testemunha, nos últimos anos, um grande crescimento de grupos intolerantes e discursos de ódio, sendo o Brasil um dos países com maior diversidade cultural, social, religiosa, política e étnica como a brasileira.

Outrossim, a solução para estes conflitos, se mostra em uma maior participação dos pais nas escolas, uma melhor instrumentalização e formação dos corpos docentes, no objetivo de aprimorar tanto o ensino quanto a capacidade de inserir as crianças em um ambiente de integração, saudável e seguro.

No que diz respeito ao acesso à educação, uma forma efetiva de comprovar a efetividade do *homeschooling*, promovendo a igualdade entre estes alunos e aqueles que frequentam uma

instituição de ensino, seria a aplicação de uma prova semestral, com abrangência nas principais áreas de ensino básico e fundamental, conforme estabelece as normas do Plano Nacional de Educação (PNE) e, caso não haja efetivo aprendizado, a matrícula da criança em um sistema de ensino formal será obrigatória, tendência que vem sendo utilizada nos outros países.

Portanto, a educação domiciliar (*homeschooling*) nada mais é que um sistema inovador irá garantir que haja todo o apoio necessário para que a criança se desenvolva seus conhecimentos e estabeleça uma personalidade ética, sendo educada no seio da família, com a regularização necessária por parte do Estado e sua fiscalização eficaz conforme a legislação vigente.

Referências

ANDRADE, Édison Prado de. **Educação Domiciliar: encontrando o Direito**. Pro-Posições. 2017, vol.28, n.2, pp.172-192. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-73072017000200172&lng=pt&tlng=pt. Acesso em 22 nov. 2017.

ARRUDA, João Guilherme da Silva; Fernando de Souza PAIVA, Fernando de Souza. **Educação domiciliar no Brasil: panorama frente ao cenário contemporâneo**. *EccoS*. São Paulo, n. 43, p. 19-38, 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 nov. 2017.

_____. **Estatuto da Criança e do adolescente (ECA)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 16 nov. 2017.

_____. **Plano Nacional de Educação (PNE)**. Disponível em:

CORRÊA, Marcelo. **Brasil é o 10º País mais desigual do Mundo**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/brasil-o-10-pais-mais-desigual-do-mundo-21094828>. Acesso em 21 nov. 2017.

CORWIN, E. S. (1986). **A Constituição norte-americana e seu significado atual** (Lêda Boechat Rodrigues, pref., trad. e notas). Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

DONNELLY, Michael. **Parecer jurídico**. HSLDA, 2017. Disponível em: https://www.hslda.org/hs/international/brazil/Brazil_brief_Portuguese_6-20-2017.pdf. Acesso em 22 nov. 2017.

GAZETA. **Censo: Em dez anos, matrículas públicas da educação básica caem 18%**. Disponível em: <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/brasil/2017/09/censo-em-dez-anos-matriculas-publicas-da-educacao-basica-caem-18-1014098347.html>. Acesso em 13 nov. 2017.

GRUPO EDITORIAL MOREIRA JR. **Criança Tímida e Retraída**. Disponível em: http://www.moreirajr.com.br/revistas.asp?id_materia=1920&fase=imp_rime. Acesso em 20 nov. 2017.

HARRYS, Judith R. **Where is the child's environment? A group socialization theory of development**. New Jersey. Psychological review 102, no. 3 (1995): 458.

HSVP. **Aulas motivam crianças e adolescentes na luta contra o câncer**. Disponível em: <http://www.hsvp.com.br/noticias/2016/04/1294/Aulasmotivamcriancaseadolescentesnalutacontraocancer.html>. Acesso em 22 nov. 2017.

INEP. **Censo Escolar**. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/censo-escolar>. Acesso em 13 nov. 2017.

LUIS, Marcio. **Família do RS vai ao STF para ter direito de educar os filhos em casa**. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/06/familia-do-rs-vai-ao-stf-para-ter-o-direito-de-educar-os-filhos-em-casa.html>. Acesso em 21 nov. 2017.

MONJAS, M.I. e CABALLO, V.E. (2002). **Psicopatología y tratamiento de la timidez em la infância**. Em; V.E. Caballo e M.A. Simón (org.), **Manual de psicologia clínica infantil y del adolescente**, vol.2: transtornos específicos. Madrid: Pirámide.

OLIVEIRA, Romualdo Luiz Portela de; BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. **O neoliberalismo como um dos fundamentos da educação domiciliar.**

UNICAMP, 2017. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73072017000200193&lang=pt. Acesso em 13 nov. 2017.

ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos.** Disponível em:

<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 14 nov. 2017.

WASHINGTON TIMES. **HOME-SCHOOLING: Socialization not a problem.**

Disponível em:
<https://www.washingtontimes.com/news/2009/dec/13/home-schooling-socialization-not-problem/>. Acesso em 16 nov. 2017.

Adoção homoafetiva e a percepção do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul

Sabrina de Pierri Soares¹

Introdução

É notório que a adoção homoafetiva vem ganhando espaços cada vez mais importantes tanto na mídia quanto na sociedade, na qual é possível ver que existe uma enorme dificuldade, seguida de preconceito, na aceitação da sexualidade das pessoas, pois possuem como concepção de que, para ser filho, o mesmo deve ser biológico. O conceito de família vindo sofrendo constantes alterações, principalmente na sua formação, que está cada vez mais diversificada. A família tradicional que conhecemos, formada por pai, mãe e filho está se fragmentando, compondo assim uma nova entidade familiar não somente por parentesco, mas também por afetividade.

A adoção homoafetiva é um assunto amplo, o reconhecimento jurídico da adoção entre pessoas do mesmo sexo no Brasil é uma questão de grande interesse público que vem abrangendo uma série de opiniões divergentes. Existem projetos de leis para dar a esses casais o direito de adoção, os quais, por sua vez, enfrentam grandes dificuldades de serem reconhecidos pelos legisladores por esses serem muito conservadores.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Meridional - IMED. E-mail: sabrinapierrisoares@hotmail.com

Recentemente, o STF (Supremo Tribunal Federal) reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Com esta decisão, os casais homossexuais terão os mesmos direitos dos casais heterossexuais no instituto da adoção, pois a justificativa para tal ato não ocorrer era de que a criança deveria ser adotada por um casal heterossexual ou por uma pessoa só, no entanto, com o reconhecimento do STF, ambos os tipos de casais se equiparam e a busca para adoção se torna menos complexa. No Brasil, o ordenamento jurídico não traz a questão da possibilidade de adoção por homossexuais, porém, tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentam a adoção e não vedam que seja por pessoa homossexual.

Portanto, esse trabalho visa identificar o comportamento dos juízes e desembargadores perante a adoção por casais homoafetivos, assim como analisar os Projetos de Lei da Câmara dos deputados que tratam sobre a adoção homossexual. Além de verificar o tratamento legal e jurisprudencial sobre a adoção e a constituição da família no Brasil, será realizado um levantamento bibliográfico a respeito da adoção homoafetiva e suas consequências.

1 A concepção de família e o instituto casamento no ordenamento jurídico brasileiro

1.1 A superação do conceito tradicional de família e a evolução do casamento no Brasil

No decorrer do tempo, existiram diversos tipos de famílias não civilizadas, sendo que as características mais marcantes dessas famílias, eram a segurança dos seus e a mútua proteção. A formação da família era determinada pela necessidade de subsistência. Era essa necessidade de subsistência quem regulava as uniões familiares e o número de filhos. Hoje não há mais espaço para a família patriarcal, com abuso de poder, hierarquia, autoritarismo e predomínio do interesse patrimonial.

Até pouco tempo, a família era compreendida somente através do casamento, consistente na união de homem e mulher, cuja sua única finalidade era: a procriação, concentração e transmissão do patrimônio. Devido as mudanças ocorridas na sociedade, é notável que a constituição familiar vem evoluindo gradativamente, ampliando-se a perspectiva sob a nova concepção de família e também da sua estrutura. Tais transformações não devem ser compreendidas como decorrentes de uma crise no instituto família, mas como um reflexo de mudanças positivas na sociedade.

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins). (LÔBO, 2009. p. 2)

A Constituição Brasileira de 1988, traz um novo conceito de família, o qual se compreende a uma união relativamente estável entre homem e mulher, e comunidade constituída por “qualquer um dos pais e seus descendentes”, tendo o homem e a mulher os mesmos direitos conjugais (Torres & Falcão, 2005). No entanto, apesar das mudanças ocorridas, verifica-se que a união homoafetiva ainda não possui previsão legal no ordenamento jurídico. O Projeto de Lei 612/2011, de autoria da senadora Marta Suplicy, que visa a alteração do Código Civil para reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo e também para que esta possa ser convertida em casamento, foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ).

Consoante o artigo 1723 do Código Civil em que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”,

o referido Projeto de Lei, busca a alteração para estabelecer como família “a união estável entre duas pessoas”, mantendo-se, portanto, o restante do texto do artigo.

Considerado o mais antigo, conhecido e aceito pela sociedade em geral, o casamento é a terceira e última entidade familiar trazida pela Constituição Federal de 1988. O Código Civil de 1916 apenas reconhecia o casamento como instituto familiar, sequer aceitando a existência de uniões civis. Por conseguinte, o casamento era a única forma de constituição da chamada família legítima, sendo, portanto, ilegítima toda e qualquer outra forma familiar, ainda que fosse marcada pelo afeto.

Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência. (RODRIGUES, 2004. p. 19)

Maria Helena Diniz (1997. p. 195–196), caracteriza o casamento como sendo “o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica, e a constituição de uma família”.

É de suma importância, nos dias atuais, que a família esteja se adaptando as novas formas de relacionamentos. Considerar que esse instituto se encontra em crise é inaceitável, pois, na verdade o que está acontecendo é um processo de transformação perante as inúmeras mudanças sociais que vem ocorrendo pelo qual todas as famílias deveriam passar e assim compreender melhor que todos são iguais. Cada mudança presente na sociedade precisa de uma proteção mais ampla do Estado, e para que isso ocorra é fundamental que a legislação acompanhe todas essas transformações.

1.2 O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e suas consequências jurídicas

Quando a Resolução nº 175, a qual regulamenta a união estável entre pessoas do mesmo sexo entrou em vigor no país, mais de 15 mil casamentos foram realizados. Contudo, apesar da resolução, ainda é possível encontrar casos de casais que ainda enfrentam uma enorme dificuldade ao tentar consolidar essa união.

No Brasil, desde maio de 2013, o casamento homoafetivo é estendido a todo o país, momento em que entrou em vigor a Resolução 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Segundo ela, os cartórios de todo o país não podem se recusar a celebrar casamentos civis de pessoas do mesmo sexo. No entanto, é sabido que o ordenamento jurídico brasileiro não traz a questão da possibilidade de adoção por esses casais.

Entretanto, apesar dos significativos avanços, o preconceito e o desrespeito não diminuíram, pois, quando viram que seriam obrigados a concretizar tal união, muitos cartórios passaram a recusar a celebração, a qual tem sido sistemática. Porém, os cartórios que desrespeitarem as regras impostas pela resolução, aos casais será dado o direito de levar ao conhecimento do juiz corregedor, para que esse possa determinar o cumprimento da medida e assim consolidar a união.

Esta, ainda que pareça ser uma afirmativa chocante, é absolutamente verdadeira: o amor não tem sexo, não tem idade, não tem cor, não tem fronteiras, não tem limites. O amor não tem nada disso, mas tem tudo. Corresponde ao sonho de felicidade de todos, tanto que existe uma parcela de felicidade que só se realiza no outro. Pelo jeito, ninguém é feliz sozinho. Como diz a música, é impossível ser feliz sozinho, sem ter alguém para amar. (DIAS, 2001)

Na Constituição Federal de 1988, não há um dispositivo legal que determine a celebração da união estável entre homossexuais, mas também não existe nenhuma vedação, deixando claro que a

escolha pelo entendimento de que seja inconstitucional tal união, corresponde ao nível cultural, progressista e até mesmo humanitário da sociedade a que faz parte a Constituição. A maior parte do preconceito existente sobre a união por pares homoafetivos vem por parte da Igreja Católica: “ao pregar que sexo se destina fundamentalmente à procriação, considera a relação homossexual uma aberração da natureza, uma transgressão à ordem natural, verdadeira perversão [...]” (DIAS, 2000).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a união estável entre casais homoafetivos através do julgamento da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4277, a qual buscou o reconhecimento da união estável e também que os mesmos direitos e deveres da união estável heterossexual fosse estendido aos casais homossexuais e da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 132/11, na qual alegou-se que o não reconhecimento da união estável homoafetiva contraria todos os preceitos fundamentais da Constituição. Essas decisões deram margem à interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, declarando a aplicabilidade das disposições da união estável aos casais homoafetivos.

De acordo com a entrevista ao Jornal Zero Hora, o pastor e deputado federal da bancada evangélica, Ronaldo Nogueira (PTB-RS), sustenta que “Defendemos o conceito de família nos termos da Constituição, que não prevê união entre dois homens ou duas mulheres. Os direitos individuais do cidadão devem ser preservados em relação a sua orientação sexual, mas isso não inclui casamento ou adoção” (ZERO HORA, 2017)

Ainda, conforme a referida entrevista, Lorea: “O fato de a Constituição não admitir expressamente o casamento gay não significa sua proibição. Nosso arcabouço jurídico permite acolher o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Para embasar essa conclusão, pode-se ler o artigo 3º da Constituição, que proíbe qualquer forma de discriminação.” (ZERO HORA, 2017).

Com o reconhecimento da união estável entre pessoas homossexuais no Brasil através do Supremo Tribunal Federal, é natural que estes casais tenham o desejo de aumentar sua família, contudo é notório que não possam gerar filhos biológicos. Para que isso aconteça, é necessário buscar outras formas de se tornar pais ou mães. Sendo assim, a adoção por casais homoafetivos nos últimos anos vem ganhando força e apoio daqueles que acreditam que toda criança merece um lar, independente da orientação sexual de seus pais.

2 O instituto da adoção

2.1 A evolução da adoção no Brasil

Desde os tempos remotos até os dias atuais, o instituto adoção passou por inúmeras alterações, as quais variaram desde sua finalidade até a sua efetivação. A adoção, em seu início, estava profundamente relacionada aos anseios de ordem religiosa, de modo que gerar filhos seria para garantir a sucessão da entidade família, visando, portanto, a importância e os interesses do adotante. Esse instituto é regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e também pelo Código Civil.

Adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha (GONÇALVES, 2012). Esse instituto vem passando por intensas mudanças com o decorrer dos anos, cuja finalidade é a constituição de uma família por afetividade. No entanto, a adoção nem sempre foi vista sob essa perspectiva, pois, antigamente não se pensava em dar a criança abandonada uma nova família. Só recentemente mudou-se de ângulo a visão sobre adoção, a qual passou a ser compreendida como uma forma de proteger a criança que por algum motivo estivesse sem a proteção de seus pais biológicos.

Conforme sustenta Bandeira (2001, p. 17):

[...] a adoção surgiu da necessidade, entre os povos antigos, de se perpetuar o culto doméstico, estando assim ligada mais à religião que ao próprio direito. Havia, entre os antigos, a necessidade de manter o culto doméstico, que era a base da família, sendo assim, a família que não tivesse filhos naturais, estaria fada à extinção.

No Brasil, com o advento do Código Civil de 1916, o qual regulamentou a adoção com base nos princípios romanos, a adoção passou a ser um instituto cuja finalidade era proporcionar a continuidade da família, dando assim aos casais que por algum motivo não poderiam ter filhos, uma nova esperança de aumentar seus vínculos.

Logo após, quando a Lei n. 3.133/57 entrou em vigor, várias mudanças significativas ocorreram: pessoas com idade igual ou superior a 30 anos, estavam agora, aptas a adotar, a diferença de idade entre adotante e adotado passou a ser de 16 anos, os casados somente poderiam adotar após completarem 05 anos de matrimônio, tendo filhos legítimos ou não. O vínculo seria somente entre o adotante e o adotado, para os adotantes que tivessem filhos legítimos e viessem a adotar, o adotado não teria nenhum direito sucessório. Porém, se fosse filho único, herdaria tudo e se viessem a ter filhos após a adoção, o adotado teria direito à metade que o filho biológico teria direito (BRASIL, 1957).

A aludida Lei n. 3.133/57, embora permitisse a adoção por casais que já tivessem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, não equiparava a estes os adotivos (GONÇALVES, 2012). Com o advento da Constituição Federal essa situação mudou pois pelo art. 227, § 6º “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Todavia, somente com a Lei 4.655/65 é que foi criada a Legitimação Adotiva, a qual era admitida nos casos de adoção de crianças com até sete anos de idade, desamparadas pelos pais legítimos e também dava ao adotado o direito de ficar com quase todos os direitos do filho legítimo, salvo no caso de sucessão se

disputasse com o filho biológico. Contudo, apesar das alterações, a necessidade de criar um código específico que regulamentasse a adoção e outros requisitos para dar maior amparo as crianças se tornou inevitável. Assim, foi introduzida no ordenamento jurídico a Lei 6.697/79, mais conhecida como o “Código de Menores”, a qual acabou revogando a lei da legitimação adotiva e substituindo-a pela adoção plena (BRASIL, 1979).

Assim, somente com o novo Código de Menores é que a adoção passou a ter algum significativo progresso. A Adoção Simples, passou a existir para dar amparo ao menor em situação irregular e a Adoção Plena, a qual substituiu a Legitimação Adotiva, atribuía ao adotado a situação de filho, fazendo com que fosse desligado qualquer vínculo que houvesse com seus pais e parentes, exceto os impedimentos matrimoniais, ambas regidas pela Lei 6.697/79. Ainda existia a Adoção regida pelo Código Civil de 1916, realizada por escritura pública (BRASIL, 1916).

De acordo com o entendimento de Gonçalves (2012, p. 380), a adoção simples e plena pode ser diferenciada assim:

Enquanto a primeira dava origem a um parentesco civil somente entre adotante e adotado sem desvincular o último da sua família de sangue, era revogável pela vontade das partes e não extinguiu os direitos e deveres resultantes do parentesco natural, como foi dito, a adoção plena, ao contrário, possibilitava que o adotado ingressasse na família do adotante como se fosse filho de sangue, modificando-se o seu assento de nascimento para esse fim, de modo a apagar o anterior parentesco com a família natural.

Finalmente com o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069, de 13/07/1990), intensas mudanças e progressos foram feitos em prol do instituto da adoção, pondo fim a distinção entre adoção simples e plena. Ficando assim, a adoção plena somente para os menores de 18 anos e a adoção simples, por outro lado, restringe-se aos adotandos que já completaram a maioridade. A adoção passou a ser distinguida em duas espécies: a

civil e a estatutária. O ECA estabeleceu como lei a igualdade de tratamento entre filhos biológicos e adotivos. Assim, de acordo com as novas mudanças, as adoções de crianças e adolescentes serão regidas pelo ECA e das pessoas maiores de idade será regido pelo Código Civil (BRASIL, 1988).

2.2 O princípio do melhor interesse da criança no âmbito da adoção

O Juiz, ao dar deferimento sobre uma possível adoção, deve levar em conta as reais vantagens para as crianças e adolescentes, visto que em seu art. 43, o ECA sustenta que a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando. Há de se falar, portanto, sobre o princípio do melhor interesse da criança, uma vez que o parágrafo único do art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente proclama que são também princípios que regem a aplicação das medidas de proteção, dentre outros, o “IV – interesse superior da criança e do adolescente” (GONÇALVES, 2012).

Assim que foi introduzida no âmbito jurídico a Doutrina da Proteção Integral – cujo objetivo central é a proteção absoluta da criança e adolescente – passou a dar amparo ao menor para que fosse reconhecido como sujeito de direitos fundamentais, protegido integralmente pela família, pela comunidade e pelo Estado. Desse modo, tal princípio passou a ser priorizado, a fim de que crianças e adolescentes possam ter melhores condições de vida e boa formação de sua personalidade.

O princípio do melhor interesse engloba todas as relações jurídicas que envolvam os direitos das crianças e adolescentes, conferindo-lhes a plena proteção e preservação de seus direitos. Sendo assim, as decisões que envolverem menores de idade, devem ser tomadas com cautela, e deve-se acima de tudo respeitar o seu melhor interesse e não o de seus pais ou responsáveis legais, como era no passado.

Por derradeiro, é sabido que a aplicação do princípio do melhor interesse da criança é capaz de lhe assegurar todos os direitos fundamentais os quais lhe são previstos na Constituição Federal de 1988, como o direito à vida, saúde, educação, dignidade, à convivência familiar e comunitária, entre outros.

Cabe ressaltar que o princípio do melhor interesse é norteado pelo princípio da dignidade humana, levando em consideração que ambos compactuam para o bem-estar da criança e do adolescente. Prevalecerá, portanto, o princípio do melhor interesse devendo-se abolir retirar de uma criança a possibilidade de viver com uma família. Se os pais – ainda que do mesmo sexo – vivem em uma duradoura e saudável união estável, é fidedigno o interesse na adoção, pois, há de saber que existem reais vantagens em favor de quem não pode ficar ao desabrigo de direitos.

3 Adoção por casais homoafetivos

3.1 O status jurídico da adoção homoafetiva no ordenamento brasileiro

Conforme sustenta Vecchiati (2008), a homoafetividade é o sentimento de amor e afeto por outra pessoa do mesmo gênero. Não se trata de uma opção de escolha, mas sim uma descoberta em algum momento da vida, sem que possa haver uma troca de sexualidade. Apesar de todo apoio que esses casais recebem, quando se refere à questão da adoção de crianças por pares homoafetivos, há que se considerar os vários fatores intrínsecos, entre os quais se destaca o preconceito, que em muitos casos fundamenta atitudes violentas contra homossexuais.

Até pouco tempo atrás o homossexualismo era considerado uma doença, sendo posto na Classificação Internacional de Doenças (CID), porém a Organização Mundial de Saúde (OMS) conseguiu abolir essa medida, que atualmente é vista pelos especialistas como uma “mistura de fatores, resultado de influências biológicas,

psicológicas e socioculturais, sem peso maior para uma ou para outra – nunca uma determinação genética ou uma opção racional”. Assim:

Ainda que a sociedade se considere heterossexual, o homossexualismo existe desde que o mundo é mundo. Nas culturas ocidentais contemporâneas, é marcado por um estigma, renegando à marginalidade aqueles que não têm preferências sexuais dentro de determinados padrões de estrita moralidade. A visão polarizada sempre é extremamente limitante, sendo farto o anedotário sobre gays (DIAS, 2000).

Apesar de todos direitos já conquistados, ainda nos dias de hoje, é possível presenciar muitas pessoas que são contra a adoção por casais do mesmo sexo por acreditarem que esse ato possa ter uma influência negativa na vida da criança. Assim, ao negarem aos homossexuais o direito de constituir uma família por vínculos de afeto afirmam, de modo geral, que é inadmissível que uma criança ou adolescente possam ter um convívio saudável com pessoas que levam uma vida desregrada, fora dos padrões da sociedade, o que pode ocasionar em um desenvolvimento psicológico e social prejudicado para o adotado.

No Brasil, o número de homossexuais que se candidatam à adoção vem crescendo gradativamente. Ainda que de forma inibida, a adoção a um homossexual vem sendo concedida, não havendo mais necessidade de ocultar sua sexualidade para ser apto a habilitação. Contudo, permanece nítida a resistência em ser concedida a adoção a um casal homossexual que mantém uma união estável. São várias as justificativas, porém, o motivo central que assola esses casais é o preconceito.

Conforme Maria Berenice Dias (2017, p. 01) sustenta em seu artigo Adoção sem Preconceito:

Com o advento da Lei Nacional da Adoção nº 12.010/09, chamada Lei Nacional da Adoção assume viés conservador ao deixar de admitir expressamente a adoção por famílias homoafetivas. Ainda que venham a doutrina e a jurisprudência de vanguarda

reconhecendo a união estável homossexual e admitindo a adoção homoparental, vã é a tentativa de impedir que duas pessoas do mesmo sexo constituam uma família com prole.

No momento em que pela sexualidade as pessoas são impedidas de realizar o sonho da filiação, esse ato acaba revelando uma atitude muito severa, quase que punitiva, como se não pudessem desempenhar funções inerentes ao poder familiar.

Essa atitude acaba negando a milhões de crianças o direito de sair do acolhimento onde estão, fazendo com que percam a chance de chamar alguém de pai ou mãe, sonogando-lhes o direito a um lar.

Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), não há nenhuma contradição acerca da adoção por casais homossexuais, apesar de não ter autorização, não existe um dispositivo que proíba a possibilidade de adoção por esses casais. Além disso, conforme artigo 43 “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos” (BRASIL, 1990).

Na Lei nº 6.015/73, Lei dos Registros Públicos, que regula os registros de brasileiros, não há nenhuma exigência formal que impeça que uma pessoa seja registrada com dois pais ou duas mães. Do mesmo modo, o ECA apenas prevê o artigo 47 que: “O vínculo de adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil, mediante mandado do qual não se fornecerá certidão. § 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome dos seus ascendentes” (BRASIL, 1990).

No ano de 2006, o Rio Grande do Sul foi pioneiro em julgar o recurso sobre adoção por casal homoafetivo, que acabou por ser confirmada pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando reconheceu a adoção de crianças por um casal homossexual de Bagé (RS). Contudo, a união homossexual referida acima já estava sendo considerada como família e havia autorização para que as duas crianças adotadas fossem registradas com os nomes das duas mães. Segundo o ministro João Otávio de Noronha, presidente da 4ª Turma “Não se pode supor que o fato dos adotantes serem

duas mulheres possa causar algum dano (à formação das crianças), dano ao menor seria a não adoção”. De acordo com o ministro, o entendimento não era uma preferência a heterossexuais ou homossexuais, e sim para aquilo que “for melhor para as crianças”.

De acordo com o desembargador Luis Felipe Brasil Santos (SANTOS, 2006) que foi relator do processo, disse: “Se o casal tem todas as características de uma união estável — vivem juntas com o intuito de constituir família, tem uma relação pública e duradora —, não importa o sexo das pessoas, elas devem ser tratadas com todos os direitos de uma família. Podem adotar em conjunto”.

Existem projetos de leis que buscam facilitar a adoção por parte dos casais homoafetivos, porém, acabam enfrentando obstáculos por parte de uma maioria conservadora do legislativo, onde são totalmente contrários a adoção por homossexuais alegando questões psicológicas, religiosas e até mesmo que esses casais são amorais, indo contra a moral e os bons costumes. Como é o caso do Projeto de Lei proposto pelo deputado Marinho Zequinha (PSC-PA) que proíbe a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo, alterando assim o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei 8.069/90).

Segundo o deputado (ZEQUINHA, 2010), a adoção por casais homossexuais expõe a criança a sérios constrangimentos, já que “o filho terá grandes dificuldades em explicar aos seus amigos e colegas de escola por que tem dois pais ou duas mães”. O parlamentar sustenta ainda que a instituição familiar é constituída obrigatoriamente a partir da união de um homem e uma mulher.

Durante o processo de união estável entre mulheres, na qual foi concedida a adoção homoparental, que ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Um dos desembargadores mudou seu voto, passando a ser favorável à adoção, devido à recente decisão do STJ (REsp 889.852-RS). [...] O desembargador Claudir Fidélis Faccenda, que inicialmente votou contra a habilitação conjunta, afirmou que mudaria seu voto em razão da decisão do STJ. Ele salientou que já

vinha reconhecendo a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, pois princípios constitucionais como o da promoção do bem de todos sem discriminação (artigo 3º) e da igualdade (artigo 5º, caput) se sobrepõem "a quaisquer outras regras, inclusive à insculpida no artigo 226, § 3º, da CF/88. (TJ/RS, 2010)

A Justiça Brasileira evoluiu bastante no discernimento de possibilitar a adoção por casais homoafetivos, possuindo como base os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, já se manifestou a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes (APELAÇÃO CÍVEL SÉTIMA CÂMARA CÍVEL Nº 70013801592, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luis Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006).

Apesar da Justiça Brasileira estar evoluindo diante dos direitos e deveres dos homossexuais, ainda é possível perceber que existem muitos preconceitos e discriminação no legislado perante a adoção homoafetiva. Não existe qualquer justificativa lógica capaz de apontar que os casais homoafetivos não possam construir uma nova família, o que existe ainda é o preconceito social, a discriminação

dessas pessoas por sua orientação sexual. Ficando assim o bem-estar das crianças que estão para serem adotadas em segundo plano.

Conclusão

Com o presente trabalho foi possível compreender a evolução da família desde os primórdios até os dias atuais, bem como a evolução do casamento e também refletir acerca da adoção por pares homoafetivos. O instituto da adoção passou por significativas mudanças desde seu advento, contudo no que diz respeito a adoção homoafetiva mudanças precisam ser feitas para aprimorar esse ato de afeto que é tão importante e dar garantias de direito aos envolvidos.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro para que um casal possa efetivar um processo de adoção, é preciso que o mesmo seja casado, ou viva em união estável, devendo comprovar a solidez da relação. Através do reconhecimento da união estável pelo STF, as uniões homoafetivas se equiparam às uniões heterossexuais, possuindo agora os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis, e passando a ter a posição de entidade familiar.

Assim, os operadores de direito devem ter a obrigação de dar tratamento igual as uniões constituídas por pessoas do mesmo sexo como acontece com a relação formada entre homem e mulher. Convém ressaltar que o preconceito ainda é um dos maiores obstáculos que esses casais enfrentam ficando assim o ato de adotar o mais prejudicado.

Destarte, é preciso levar em consideração o princípio do melhor interesse da criança, visto que muitas crianças são abandonadas por seus pais biológicos e que poderiam ser amparadas por casais do mesmo sexo, pois, como já foi visto, a convivência com esses casais não prejudica a vida e a personalidade delas, muito pelo contrário, elas só querem alguém que possam lhes dar amor e carinho, não levando em conta se são dois homens ou duas mulheres.

A solução mais viável seria a criação de uma legislação específica que regularize a adoção por casais homoafetivos. Com a legislação seria possível realizar o desejo desses casais de se tornarem pais ou mães, sem enfrentar a grande burocracia e o constante preconceito que os assola. Contudo, por se tratar de um tema demasiadamente controverso, o silêncio da lei acerca do assunto gera vulnerabilidade jurídica fazendo com que os pares homoafetivos fiquem a mercê, principalmente, de preconceitos sociais e que acabam, por vezes, afetando até mesmo o interesse na adoção.

O ato de adotar é o mais puro que uma pessoa pode realizar ao longo de sua vida e, ao impossibilitar que alguém o faça apenas por conta de sua sexualidade ou gênero, acaba ferindo os preceitos essenciais previstos na própria Constituição Federal. Assim, o magistrado deve se ater aos princípios fundamentais elencados na Constituição, em especial o princípio do melhor interesse da criança e adolescente quando houver o questionamento sobre a possibilidade da adoção homoafetiva.

Referências

- ARAÚJO, Ludgleydson Fernandes de. et al . **Adoção de crianças por casais homoafetivos: um estudo comparativo entre universitários de Direito e de Psicologia**. *Psicol. Soc.*, Porto Alegre, v. 19, n. 2, p. 95-102, ago. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010271822007000200013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 nov. 2017, p. 96-97.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 05 abr. 2006. Disponível em: <http://jij.tjrs.jus.br/paginas/docs/jurisprudencia/Adocao_casal_formado_duas_pessoas_mesmo_sex0.html>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. Câmara dos deputados. **Projeto proíbe adoção de crianças por casais do mesmo sexo.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/146465-PROJETO-PROIBE-ADOCAO-DE-CRIANCAS-POR-CASAIS-DO-MESMO-SEXO.html>>. Acesso em: 10 set 2017.

_____. Senado Federal. **Comissão de Justiça aprova união estável entre pessoas do mesmo sexo.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/03/08/comissao-de-justica-aprova-uniao-estavel-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

_____. Senado Federal. **A adoção feita por homossexuais: batalhas e vitórias legais.** Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/relatos-reais-sobre-adocao/-a-adocao-feita-por-homossexuais-batalhas-e-vitorias-legais.aspx>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Supremo reconhece união homoafetiva.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Casamento homoafetivo: norma completa quatro anos.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84740-lei-sobre-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-completa-4-anos>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

COSTA, Tereza Maria Lagrota. **Adoção por pares homoafetivos: uma abordagem jurídica e psicológica.** 2003. 82 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia em Graduação) Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior. Juiz de Fora/MG. Disponível em: <www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10005.pdf> Acesso em: 10 nov. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **A Homossexualidade no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2000.

_____. **Adoção sem preconceito.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/11_-_ado%0E7%0E30_sem_preconceito.pdf> . Acesso em: 05 nov 2017.

_____. **Amor não tem sexo.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, III, n. 8, maio 2001. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2042>. Acesso em: 10 set 2017.

_____. **Manual de Direito das Famílias,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DAHER, Marlusse Pestana. **Família Substituta. Jus Navigandi,** Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1655>>. Acesso em: 18 set de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.** Disponível em: <www.editoramagister.com>. Acesso em: 5 out. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Vol VI.** 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GONZATTO, Marcelo; MELO, Itamar; **Direitos de Família.** Disponível em: <<http://zerohora.atavist.com/zhfamilias>>. Acesso em: 22 set de 2017

JUS BRASIL. **TJ-RS - União estável entre mulheres possibilita a adoção homoparental.** Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2331429/tj-rs-uniao-estavel-entre-mulheres-possibilita-a-adocao-homoparental>>. Acesso em: 14 set de 2017

_____. **A viabilidade jurídica da adoção por casais homossexuais.** Disponível em: <<http://naraabreuu.jusbrasil.com.br/artigos/143740109/a-viabilidade-juridica-da-adocao-por-casais-homossexuais>>. Acesso em: 15 set 2017

LEITE FILHO, G. de S. **Adoção homoafetiva no cenário jurídico brasileiro.** 2017. 38f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, 2017. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/14410>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Cíntia Morais de. Reconhecimento da união homoafetiva pelo STF: consequências jurídicas. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3050, 7 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20380>>. Acesso em: 23 set. 2017.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Vol. 6 - **Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2664, 17 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17628>>. Acesso em: 23 out. 2017.

ZERO HORA. **Direitos de Família**. Disponível em: <<https://zerohora.atavist.com/zhfamilias>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

**Adoção tardia no Brasil:
direitos e garantias das crianças e dos
adolescentes no processo de adoção frente às
preferências físicas e mentais dos pretendentes**

Djéssica Kossmann da Silva¹
Thábata Santa Catarina de Souza²

Introdução

Ao se falar em adoção, percebe-se que muitas pessoas se sensibilizam com a ideia e, com isso buscam esse instituto para constituir uma família, dando uma oportunidade para as crianças e os adolescentes que se encontram nas casas de acolhimento de terem seus direitos assegurados e de possuírem uma nova experiência de vida. Entretanto, a ampliação do debate referente à inserção de crianças e adolescentes em um ambiente familiar é de suma importância, vez que o número de pretendentes cadastrados no sistema de adoção é muito superior daquele referente aos pequenos que se encontram disponíveis para adoção. Fato que torna questionável o porquê dos mesmos ainda se encontrarem nas casas de acolhimento.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: djessica.kossmann@gmail.com

² Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: thabatao9898@gmail.com

A partir dessa perspectiva, surgiu a ideia de realizar o presente artigo o qual busca principalmente exercer uma análise crítica sobre o tema qual seja as consequências jurídicas da não realização da adoção (tardia) no Brasil diante das dificuldades na articulação entre a realidade dos perfis das crianças/adolescentes disponíveis à adoção com aqueles elencados pelos pretendentes. Diante disso, o presente trabalho possui a seguinte problema: Diante dos obstáculos enfrentados no processo de adoção no Brasil, quais seriam as consequências jurídicas enfrentadas pelas crianças e adolescentes, principalmente quando esta adoção não acontece ou quando ocorre é de modo tardio?

Para tanto, o artigo possui como objetivo geral verificar as consequências jurídicas enfrentadas pelas crianças e adolescentes no processo de adoção, essencialmente, no que concerne a violação de direitos e garantias assegurados na Constituição Federal e em leis infraconstitucionais. Nesse sentido, os objetivos específicos consistem em analisar a história da adoção no mundo e no direito brasileiro, bem como definir como se caracteriza o procedimento da adoção no Brasil; averiguar os perfis das crianças e dos adolescentes que estão disponíveis à adoção e os perfis desejados pelos indivíduos que estão cadastrados no sistema de adoção; realizar pesquisa bibliográfica acerca dos direitos e garantias atribuídas às crianças e adolescentes que permanecem um extenso período nas casas de acolhimento correlacionando com as consequências jurídicas no método de adoção no Brasil.

Dessa maneira, utilizar-se-á a metodologia hipotético-dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica para realização do trabalho, buscando a realização de uma pesquisa que cause grande impacto ao leitor. Além disso, busca-se por intermédio deste estudo chamar a atenção da sociedade no que tange as casas de acolhimento e ao processo de adoção tardia, pois muitas vezes em razão de alguns perfis desejados pelos pretendentes, muitos indivíduos continuam nessas instituições a espera de um lar e assim tendem a vivenciar uma violação de direitos.

1 A evolução histórica da adoção no mundo e no Brasil

A adoção é um instituto do direito de família que oportuniza as crianças e aos adolescentes a inserção factual, eficaz e plena em um núcleo familiar. Demonstra-se como um gesto puro de amor. Assim como os demais institutos desse ramo do direito, a adoção transformou-se ao longo do tempo, desde sua finalidade até o procedimento utilizado para sua efetivação. A mesma surgiu intimamente ligada aos anseios de ordem religiosa, principalmente num tempo em que a família era uma entidade social, econômica, política e religiosa, onde o pátrio poder tinha caráter unitário exercido pelo pai. Um exemplo dessas características é a Grécia antiga, onde somente os homens, cidadãos de Atenas, livres e maiores de 18 anos, possuíam o direito de adotar. De acordo com Bandeira (2001, p. 17) a respeito desse tema:

[...] a adoção surgiu da necessidade, entre os povos antigos, de se perpetuar o culto doméstico, estando assim ligada mais à religião que ao próprio direito. Havia, entre os antigos, a necessidade de manter o culto doméstico, que era a base da família, sendo assim, a família que não tivesse filhos naturais, estaria fadada à extinção.

A Bíblia e o Código de Hamurabi também trazem referências sobre a adoção. Em Roma a adoção estava intrinsecamente ligada ao culto dos mortos, havia três formas de adoção: *arrogatio* (ad- rogação em que o adotante deveria ter mais de 60 anos), a *adoptio* (adoção propriamente dita) e a *adoptio per testamentum* (adoção por testamento). Posteriormente, ainda no direito romano, o instituto ganhou uma função política sendo utilizado pelos imperadores para escolher seus sucessores. (WALD; FONSECA, 2009).

Na Idade Média a adoção praticamente foi extinta, vez que a Igreja Católica defendia o ideal da família natural, formada apenas por filhos biológicos. Na Idade Moderna, após a Revolução Francesa, o instituto renasceu, sendo regulamentado no Código de Napoleão

de 1804. Segundo Wald e Fonseca (2009, p. 317), sobre a adoção na França:

A lei francesa da época só conheceu a adoção em relação a maiores, exigindo por parte do adotante que tenha alcançado a idade de cinquenta anos e tornando a adoção tão complexa e as normas a respeito tão rigorosas que pouca utilidade passou a ter, sendo de rara aplicação. Leis posteriores baixaram a idade exigida e facilitaram a adoção, permitindo que melhor desenvolva o seu papel na sociedade moderna.

Já no direito português, o adotante não adquiria o pátrio poder e o adotado só teria direito a sucessão se o príncipe autorizasse. Com o passar do tempo, em meio a progressos e retrocessos, a adoção ganhou a imagem de algo positivo, em que tanto adotantes como adotados seriam privilegiados pela sua concretização.

Tratando-se do direito brasileiro, os primeiros sinais do instituto da adoção restringiam-se as regras da Monarquia. Nas palavras de Lôbo (2008, p. 250): “havia uma força poderosa a impedir a ampla utilização do instituto durante os primeiros quatro séculos da história brasileira: o direito canônico, determinante nas relações familiares”. Foram as características do direito português que influenciaram a inserção da adoção em nossa legislação. Todavia o primeiro Código Civil (1916) ainda apresentava muitas limitações, uma vez que o direito de adotar pertencia apenas aos maiores de 50 anos sem filhos legítimos. Portanto fez-se necessária uma modificação dos requisitos para a ampliação das possibilidades.

A Lei nº 3.133 de 1957 alterou esse dispositivo e trouxe atualizações ao processo de adoção, dentre elas reduziu a idade dos adotantes de 50 para 30 anos e aboliu a exigência de filhos legítimos. Anos depois, em 1965, foi aprovada a Lei nº 4.655. Uma Lei com poucos artigos, mas de suma importância, já que regulamentava questões sobre a legitimidade adotiva, na qual a aplicação estendia-se aos casos de adoção de crianças com até 7 anos, abandonadas

pelos pais biológicos. Nos demais quadros, a adoção continuava com os efeitos restringidos.

No ano de 1979 entrou em vigor o chamado Código de Menores (Lei nº 6.697), destinado à proteção das crianças e adolescentes que se encontravam em situação irregular³. Esta lei criou a adoção plena, conforme dispõe no artigo 29: “a adoção plena atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

Porém mesmo com tantas mudanças positivas havia tamanha burocracia, que até o ano de 1988 a adoção era exercida principalmente às margens da lei, denominadas hoje de “adoção a brasileira”. Nas palavras de Koyama e Borba (2017, p.06).

[...] se identifica a **adoção à brasileira**, que consiste no registro de filho alheio como sendo seu próprio sem seguir o processo exigido pelo ECA e pela Lei 12.010/09 (Lei da Adoção). Nesses casos, a esfera cível causa a nulidade do registro e o Código Penal (CP) tipifica crime contra o estado de filiação, conforme observa-se no art. 242 do CP.

Marcantes modificações ocorreram somente com a Constituição Federal de 1988 e logo após com o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Este disciplinou o instituto trazendo a Doutrina da Proteção Integral e o reconhecimento da igualdade entre filhos, bem como a vedação de discriminações com base no artigo

³ Segundo a doutrina da situação irregular a criança só tinha importância para o Poder Público, quando se fizesse notar sua situação de “irregularidade”, legitimando a intervenção do Estado sobre esses jovens. Uma das principais características dessa doutrina é a não distinção no tratamento do menor infrator daquele que foi vítima de abandono e maus-tratos, além disso, o Código de Menores previa que todos os declarados em situação irregular deveriam ser afastados da família e acolhidos institucionalmente.

227⁴ da Constituição Federal. O artigo 42⁵ do Estatuto da Criança e do Adolescente é exemplo da alteração no tratamento do instituto da adoção perante o direito brasileiro, isso porque estabelece que qualquer pessoa maior de 18 anos pode adotar, independentemente do estado civil, tendo apenas algumas restrições.

Segundo Lôbo (2008, p. 247): “não há mais filho adotivo, mas adoção entendida como meio de filiação, que é única. A partir do momento em que a adoção se conclui, com a sentença judicial e o registro de nascimento, o adotado se converte integralmente em filho”. O processo de acolhimento e encaminhamento para adoção de crianças e adolescentes também sofreu alterações importantes até os dias atuais. Esse processo é utilizado hoje como última medida.

Destarte são diversas as causas que levam crianças e adolescentes a serem acolhidos, na maior parte das vezes, observa-se um quadro de rompimento das relações dos mesmos com suas famílias, sendo que nesses casos, encontram-se vivendo em situação de descaso. É necessário destacar que o motivo do encaminhamento para uma casa de acolhimento não é resultado de fatores isolados. A ruptura do vínculo familiar ou a negligência dos genitores, vem acompanhada de outros problemas, tais como condições de extrema pobreza, de violência sexual, de uso de drogas por parte dos pais ou mesmo dos jovens.

Nesse sentido, insta referir a importância da família para as crianças e os adolescentes, sendo que a convivência familiar é uma das principais condições para o desenvolvimento pleno das capacidades dos seres humanos, em outras palavras, falta de incentivos e estrutura emocional na infância resulta em dificuldade de desenvolvimento no futuro. É nela o lugar onde haverá a

⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1990).

⁵ Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil (BRASIL, 1990).

constituição da personalidade, formação de opiniões e caráter dos cidadãos. Dessa maneira, busca-se por meio do instituto da adoção inserir a criança ou o adolescente nesse núcleo familiar. Para Magalhães, *et al* (2017, p. 02):

[...] adoção é uma forma de garantir os direitos da criança e adolescente resguardados pelo ECA e uma oportunidade da mesma crescer pertencendo a uma família, com a garantia que irá receber carinho, amor, estudo, lazer e cuidados com sua saúde e principalmente a garantia que poderá se expressar como um sujeito de direito sobre suas escolhas e o que pensa para si.

Necessário se faz ressaltar que o instituto da família sofreu diversas alterações ao decorrer dos anos, assim como o procedimento de adoção. Essas modificações impactaram diretamente e indiretamente as legislações que regem o país o que consequentemente destacou os valores da família perante a sociedade e ao Estado.

De tal modo, existem diversas formas pelas quais os seres humanos se relacionam, sendo que esses contatos influenciarão na formação de seus ideais, bem como contribuirão para a constituição de sua cidadania, tanto que para Rodrigues *et al.* (2000, p. 45):

Compete à família assegurar aos seus membros, bem-estar material, emocional e espiritual além de convivência em ambiente agradável, como forma de garantir, a cada um, conforme os ditames da lei e da moral, formação adequada para que possam transmitir aos descendentes uma vida perfeitamente saudável. Isso implica em capacidade de amar e de sentir-se amado, amparado, útil e valorizado, nas diversas fases da vida. Esses valores morais, culturais, cívicos, materiais etc, precisam ser transmitidos não só, através da instrução, mas, principalmente, através da educação.

Nesse ângulo, tanto as crianças quanto os adolescentes que se encontram acolhidos em uma instituição para adoção, possuem o direito de seres inseridos em um ambiente familiar, eis que por meio dela seria possível concretização de diversos direitos. O que por sua vez não quer dizer que essas instituições não tenham estrutura ou

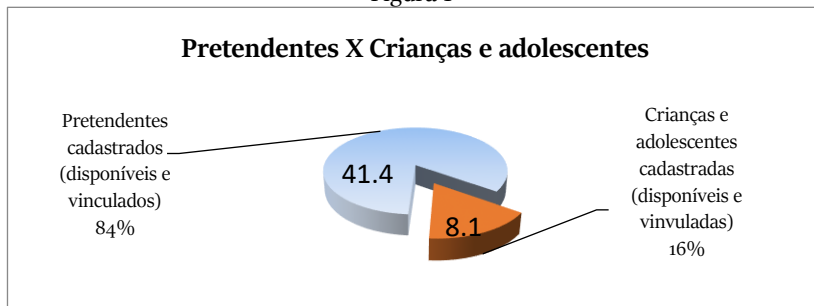
mesmo a presença de profissionais qualificados, mas significa que com o ingresso de um indivíduo em uma família há a possibilidade de proporcionar a ela contatos e experiências que uma instituição sozinha não será capaz de oferecê-las.

Nessa perspectiva a adoção é vista como um instrumento capaz de responder às demandas provenientes das crianças e dos adolescentes, vez que após o rompimento do poder familiar com a família biológica, há a tentativa de inserção dos mesmos em outra família na qual eles poderão conviver de modo sadio e adequado para sua formação. Assim, nesse ambiente será possível a construção de uma relação afetiva, envolvida por afetividade.

2 Pretendentes x cadastrados na lista da adoção

O Cadastro Nacional de Adoção da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma ferramenta que auxilia os juízes das Varas da Infância e da Juventude na condução dos processos de adoção em todo o país. Em análise aos dados do ano de 2017, verifica-se que existiram 41.465 pretendentes cadastrados no sistema, no mesmo programa também haviam 8.134 crianças em situação de acolhimento. Segue abaixo o gráfico realizado a partir da obtenção das informações ora mencionadas.

Figura 1⁶



⁶ Gráfico elaborado a partir dos dados informados no relatório de dados estatísticos disponíveis no site do Cadastro Nacional da Adoção à época da elaboração do trabalho. Fonte: BRASIL. Conselho Nacional

Conforme demonstrado na figura 1, verifica-se que o número de pretendentes é superior ao número das crianças e dos adolescentes disponíveis/vinculadas para a adoção. Nesse ponto questiona-se: qual a razão pela qual as crianças e os adolescentes não estão incluídas em um núcleo familiar? Também fica a dúvida, seria o Poder Judiciário, pela forma que conduz o processo de adoção, o responsável pela não-inclusão? Ainda, se a adoção não ocorre porque os pretendentes possuem preferências físicas?

No Brasil, o processo de adoção deve respeitar determinadas regras, as quais estão dispostas na Constituição Federal de 1988 e nas leis infraconstitucionais. Por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, em seu artigo 42⁷ dispõe que os indivíduos que tiverem 18 (dezoito) anos completos poderão adotar, independentemente de seu estado civil, no mesmo sentido, estabelece que deverá existir diferença de 16 (dezesesseis) anos entre a idade do adotante e adotado. Uma vez ajuizada a mencionada ação na Vara da Infância, terá como principal escopo a aprovação dos candidatos à adoção.

De tal modo, os pretendentes são expostos a diversos estudos psíquicos e sociais no decorrer desses procedimentos para adoção, além disso, os futuros pais relatam o perfil de seus futuros filhos, ou seja, descrevem se aceitam irmãos, determinam o estado de saúde, a idade, o sexo; entre outras características. Depois de realizada a avaliação, os autos são remetidos ao Ministério Público para elaboração de parecer e em seguida são remetidos ao juiz. Após, ao serem “aprovados”, os sujeitos passam a serem habilitados e, conseqüentemente, permanecem cadastrados no sistema nacional de adoção, aguardando surgir uma criança que se encaixe ao perfil desejado.

de Justiça. Cadastro Nacional de Adoção - Relatórios estatísticos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acessado em: 13 de Out. de 2017.

⁷ Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

Se há a compatibilidade entre as características dos indivíduos que estão nas casas de acolhimento com aquelas elencadas pelos os pretendentes, ambos serão apresentados. Nesse período, começam outros testes a fim de verificar se as crianças ou os adolescentes estão adaptados ao novo contexto familiar. Esse procedimento é chamado como estágio de convivência que terá em média a duração que o juiz da causa fixar, de modo que ele analisará todas as peculiaridades do caso, conforme preceitua no artigo 46⁸, caput do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Se todas essas etapas ocorrerem de modo pacífico, os pretendentes ingressarão com uma ação de adoção e, assim, terão a guarda provisória que valerá até o término do processo. Nessa acepção, insta referir que somente após um estudo minucioso sobre o caso, será proferida a sentença que valerá como vínculo da adoção, conforme descrito no artigo 47⁹ do referido Estatuto. Nessa perspectiva, destaca-se que todas as diligências processuais serão realizadas no menor tempo possível a fim de assegurar o melhor interesse da criança, bem como sua proteção integral.

Da análise dos procedimentos aderidos no processo de adoção, verifica-se que os pretendentes cadastrados no Sistema para adotarem crianças e adolescentes, afirmam quais seriam suas preferências físicas e mentais. Contudo, o que se percebe na realizada é de um lado as casas de acolhimentos sempre lotadas de jovens que estão esperando uma família adotiva, e do outro a lista de pretendentes com o número muito mais elevado daqueles que estão nas casas de acolhimento.

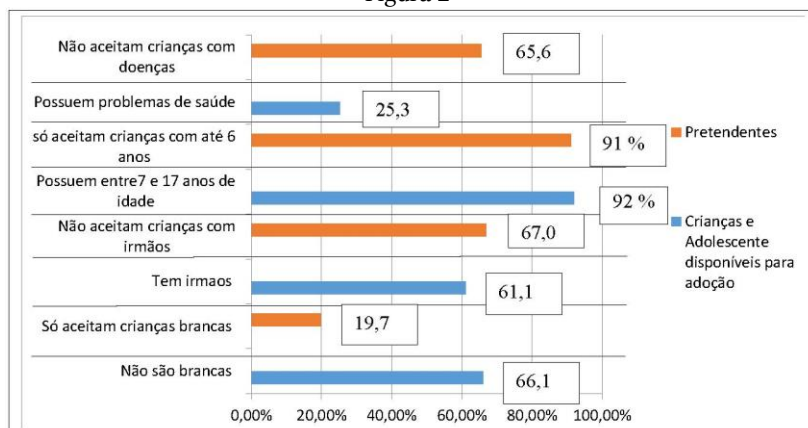
Logo, depreende-se que talvez em decorrência dos pretendentes elencarem determinadas características físicas e mentais pertinentes aos seus futuros filhos, seria caracterizado como o principal problema do número elevado de indivíduos nas

⁸ Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso (BRASIL, 1990).

⁹ Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão (BRASIL, 1990).

casas de acolhimentos, eis que embora existam diversas crianças e adolescentes disponíveis para adoção, as suas características não compactuam com aquelas dispostas pelos pretendentes, o que acarreta a sua permanência nas casas de acolhimento. Sendo que o máximo de tempo previsto para permanecer nessas instituições, seria apenas de 18 meses, conforme previsto no artigo 19, §2^o do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo ser esta a regra, e somente em casos especiais em que haja fundamentada justificativa pelo juiz seria possível a permanência além do tempo previsto.

Do mesmo modo, por meio dos dados obtidos no Cadastro Nacional de Adoção da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, foi possível a elaboração de um gráfico, o qual expõem as exigências dos sujeitos pretendentes, bem como demonstra os perfis dos indivíduos que estão aguardando uma família nas casas de acolhimento.

Figura 2¹¹

¹⁰ Art. 19. § 2^o. A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito meses), salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária (BRASIL, 1990).

¹¹ Gráfico realizado a partir dos dados informados na imagem de Matheus Durães/ Arte CNJ. Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Adoção de criança: um Cadastro Nacional mais transparente e ágil. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84692-adocao-de-crianca-um-cadastro-nacional-mais-transparente-e-agil>>. Acessado em: 13 de out. de 2017.

Os dados obtidos geram grande impacto, principalmente aqueles que se referem às preferências dos pretendentes no que concerne a idade e etnia das crianças e dos adolescentes. Em decorrências dessas “preferências” a adoção é tida como ineficaz em muitos casos. Nesse aspecto, visando a inserção das crianças e dos adolescentes no ambiente familiar, emergiu o instituto da adoção tardia a qual ocorre quando o indivíduo que se encontra na casa de acolhimento consegue-se se diferenciar em relação aos outros, ou seja, não é mais um bebê.

Embora, a adoção tardia caracterize-se como um instrumento capaz de auxiliar as pessoas que estão esperando um lar, há de se lembrar de que muitas famílias não pensam na possibilidade de aderir a este procedimento. Em geral, a justificativa seria que quem decide adotar não quer que a criança tenha consigo uma carga de experiências passadas, por exemplo, situações de desamparo que vivenciou; desejam que todo o seu passado seja suprimido, em razão disso, preferem adotar um bebê ao invés de um adolescente. Na perspectiva de Cavalcante, *et al* (2017, p. 07):

Quando as pessoas vão adotar uma criança, geralmente, elas desejam que este venha “como um papel em branco” e que seja apagado todo o seu passado, por isso, que preferem adotar um bebe ao invés de um adolescente, mas os adotantes se esquecem de que tudo o que já aconteceu com cada criança ou adolescente faz parte do que elas são e de onde vieram, algo que jamais poderá ser esquecido, mas pode ser superado, baste ter compreensão, paciência e sabedoria.

Dessa maneira, muitas famílias não entendem a importância da adoção na vida das crianças e dos adolescentes, independentemente da idade que possuem, vez que seria um ato de amor que contribuiria para a formação de sua cidadania. A adoção denota-se como um gesto de carinho, afeto e compaixão, logo não deveria existir qualquer tipo de discriminação, pois muitos que se encontram nas casas de acolhimento, foram retirados de sua família

biológica porque se encontravam em situação de risco a sua saúde ou mesmo porque foram abandonados nessas instituições.

Assim, percebe-se que em na maior parte dos casos os pretendentes à adoção somente desejam um bebê, não possuem consciência da dimensão da vulnerabilidade e sentimentos que as crianças e os adolescentes guardam consigo. O fato da escolha prejudica todas as pessoas envolvidas no processo de adoção, principalmente aqueles que continuam nas instituições. Conforme bem preceitua Cavalcante *et al* [...] “independentemente da idade, todas as crianças e adolescentes que vicem em orfanatos almejam um único objetivo, sair deste lugar, ter uma família e construir laços afetivos” (2017, p. 07).

De tal modo, existe um imenso desejo dos pequenos de pertencerem a uma família, tornado às possibilidades da criança ou do adolescente adotados tardiamente de desenvolverem o sentimento amoroso na mesma proporção de um bebê. O que é comum em diversos casos é o fato da criança que já está há algum tempo na casa de acolhimento se sentir adaptada e, em razão disso, fica em conflito com seus sentimentos quando o assunto é a família adotiva; embora a mesma possua vontade de ter um novo lar fica condicionada a sua rotina nas instituições.

Diante do exposto, necessário se faz ressaltar que são inevitáveis as marcas deixadas pelo corte dos vínculos com a família biológica e pelo período de permanência no abrigo, tal situação requer um cuidado especial por parte da família adotiva, vez que somente assim será possível ajudar no desenvolvimento dos indivíduos. À vista disso, a adoção tardia não traz prejuízo a nenhuma das partes – adotantes e adotados- logo através de uma ação conjunta entre o Estado, sociedade a tarefa será exitosa.

Todavia, surgem diversas insurgências no procedimento referente à adoção, principalmente quando as características físicas e psíquicas das crianças disponíveis não se encaixam com aquelas desejadas pelos pretendentes. Ainda existem grandes dificuldades dos seres humanos em aceitarem e adotarem a programática da

adoção tardia no Brasil. Nesse ponto, trabalha-se com a perspectiva da adoção tardia, não com a visão de que as crianças e adolescentes são rejeitados, mas no sentido de incentivar aos pretendentes a adotarem pessoas, independentemente da idade, etnia e saúde que as mesmas possuem.

De tal maneira, os pais adotantes assumem diversas responsabilidades, principalmente no que diz respeito ao processo de desenvolvimento dos jovens. Logo, não poderia haver nenhuma espécie de discriminação, desigualdade, distinção entre aqueles que estão esperando um lar para morar.

Nessa acepção, destaca-se que as crianças e os adolescentes, por estarem em fase de desenvolvimento psicológico, possuem sentimentos confusos, muitas vezes que por causa de sua inocência, não sabem direito o que está acontecendo ao seu redor, assim, busca-se a família para amparar os mesmos. Entretanto, o que se percebe ao olhar mais crítico sobre a adoção realizada no Brasil é que em decorrência de diversas atitudes crianças e adolescentes são prejudicadas, tendo seus direitos violados. O que se pretende dizer é que antes dos jovens serem o “futuro” do país, temos que lembrar que eles são o presente, o agora, e devemos assegurar-lhe seus direitos e garantias.

3 Direitos e garantias das crianças e dos adolescentes

Ao se falar dos direitos atribuídos às crianças e aos adolescentes, necessário se faz ressaltar que o status jurídico de sujeitos de direitos foi adquirido ao decorrer da história brasileira, assim por um extenso período não existiam mecanismos capazes de proteger os indivíduos que estão em constante desenvolvimento físico e mental. Entretanto, embora exista previsão de direitos atribuídos aos mesmos em diversas leis, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, de modo expresso ou implícito, se verifica que o cenário refletido em pleno século XXI é outro, pois muitos

continuam em situação de negligência, principalmente quando se trata de adoção (tardia).

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 227 a responsabilidade do Estado, da sociedade e da família no que concerne a segurança da criança e do adolescente, vez que o mencionado artigo redireciona a ideia de assegurar o direito à vida, a saúde, a dignidade, entre outros direitos (BRASIL, 1988). Assim, averigua-se a presença o princípio da tríplice responsabilidade compartilhada a qual revela a responsabilidade do Estado, sociedade e da família no crescimento dos meninos e meninas. Dessa forma, todos devem agir em conjunto visando sempre à proteção dos jovens.

No que tange aos direitos assegurados nos processos de adoção, verifica-se que a Constituição Federal reforça, ainda mais, a ideia de que todos os filhos são iguais independentemente se o que os liga a uma família seja o vínculo biológico ou laços afetivos. Tal situação está prevista no §6 do artigo 226¹² da referida Constituição.

No mesmo sentido, uma série de deveres da família em relação aos seus filhos podem ser observados no Código Civil de 2002, que mantém as diretrizes da Constituição Federal. O dever de zelar por uma convivência harmoniosa, baseada no afeto, no respeito e na fidelidade, o dever de mútua assistência financeira e de apoio moral e psicológico entre os familiares. Aos entes maternos o dever de priorizar os interesses do casal e dos filhos, de acordo com o art.1567 do Código Civil¹³. Enfim, os deveres priorizam basicamente a boa convivência no âmbito familiar.

Visando a intensidade das relações e as emoções individuais no núcleo familiar, o dispositivo 1.593¹⁴ do Código Civil admite a

¹²Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...] § 6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 1988).

¹³Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos (BRASIL, 2002).

¹⁴ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem (BRASIL, 2002).

paternidade como digna seja qual for sua origem e o artigo 1.596¹⁵ reconheceu a igualdade dos filhos. Aqueles que antes eram tidos como “filhos ilegítimos” passaram a gozar dos mesmos direitos dos outros irmãos, mesmo que tenham ingressado na família por adoção.

Outra grande evolução no que tange a garantia dos direitos dos indivíduos que se encontram nas casas de acolhimento, foi a elaboração da Lei nº 12.010/09, que dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática da adoção. Todavia a institucionalização ainda se mostra como a solução para os casos de destituição do poder familiar, ou seja, continua sendo necessário encontrar alternativas que possam aprimorar e, em alguns casos, substituir o atual modelo de acolhimento institucional e facilitar o processo de adoção.

Diante do exposto, faz-se necessário ressaltar que a Constituição Federal tem como princípios a valorização da dignidade da pessoa humana¹⁶ e da entidade familiar¹⁷, entretanto até o ano de 1990, o Código de Menores delimitava as atuações do Estado às crianças e adolescentes em situação irregular e não demonstrava tamanha preocupação com a garantia da dignidade e dos direitos de todos os jovens. Nessa perspectiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente representa uma evolução no tratamento de nossos jovens, uma vez que se aplica a todos, sem qualquer restrição, objetivando a garantia de todos os direitos básicos.

Essa mudança se traduz pela doutrina da Proteção Integral, que assegura os direitos relacionados à saúde, educação, lazer, convivência familiar e comunitária, relacionando-os com a integridade física e moral. Contudo não se observa a garantia de todos esses direitos básicos àquelas crianças que se encontram em situação de acolhimento.

¹⁵ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 2002).

¹⁶ 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.

¹⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Apesar de o encaminhamento a uma casa de acolhimento ser utilizado como última medida de proteção e possuir caráter temporário é possível visualizar que muitas crianças permanecem vários anos institucionalizadas. Dentro dessas instituições a criança e o adolescente têm suas necessidades, materiais e educacionais básicas, atendidas de forma eficaz. Porém o que se visualiza de mais trágico está no plano psicológico, pois o rompimento do contato com a família biológica é um ponto delicado que merece atenção. A falta de convivência familiar, de afetividade e de apoio emocional são características de um longo período de acolhimento.

Nesse âmbito, necessário se faz destacar a pesquisa realizada por Álvares em 2011, na qual buscou apurar a incidência de depressão em uma amostra de crianças e adolescentes institucionalizadas. Neste estudo, se descobriu que os indivíduos que estavam nas casas de acolhimentos por mais de dois anos, que não tinham padrinhos, não possuíam irmãos na instituição e foram acolhidas depois dos sete anos de idade, apresentavam sintomas depressivos.

No mesmo sentido, embora os profissionais que desempenham sua atividade profissional, ou até mesmo de modo voluntário nas instituições possuam treinamentos para tanto, deve-se trabalhar na prevenção da rotatividade de cuidadores. Visto que o vínculo afetivo presente na relação cuidador e criança torna-se um meio de manter um ambiente apto ao desenvolvimento emocional saudável, para evitar que essa criança torne-se um adulto inseguro.

É de suma importância possibilitar a criação de novos vínculos prevenindo que o desenvolvimento emocional dessas crianças seja ainda mais prejudicado. Diante disso, a relevância do afeto vem sendo cada vez mais reconhecida, até mesmo no âmbito do Direito, embora o princípio da afetividade¹⁸ não esteja expresso

¹⁸ Acerca do Princípio da afetividade, Lôbo conclui que: “O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da

da Constituição Federal, ele vem sendo reconhecido, de maneira reiterada, pelos doutrinadores e pelos tribunais.

Outro ponto a ser observado diz respeito às peculiaridades de cada criança, vez que elas estão em permanente desenvolvimento e já possuem suas próprias preferências, dificuldades, crenças e valores, nesse âmbito convivendo com uma família as crianças recebem estímulos individualizados de acordo com suas necessidades. Nessa perspectiva de análise Cuneo (2009, p.416) explica:

A institucionalização prolongada impede a ocorrência de condições favoráveis ao sadio desenvolvimento da criança por conta da submissão a rotinas rígidas, do convívio restrito às mesmas pessoas, da precariedade de atenção individualizada e da falta de vida em família sem a oportunidade de trocas afetivas emocionalmente significativas, dentre outros fatores. A descontinuidade dos vínculos iniciais e a ausência de um referencial cognitivo contribuem para a formação insegura dos padrões de apego, o que pode levar a prejuízos de ordem somática, emocional, intelectual e social.

Além dos fatores apontados, que interferem diretamente nos jovens institucionalizados, existe a responsabilidade do Ministério Público. Sua atuação está traçada nos artigos 200 a 205 do Estatuto da Criança e do Adolescente, independente do caráter da sua atuação dentro de um processo, o Ministério Público deverá atuar como defensor dos direitos da criança e do adolescente. Com apoio do Judiciário e do Conselho Tutelar adotará as providências adequadas para a reintegração do jovem à família biológica ou a uma família adotiva, dentro do menor prazo possível (BRASIL, 1990).

Segundo estudo realizado por Sergio Luiz Kreuz, em 2012, a problemática em torno dessa questão é a falta de servidores e de

igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família". (2012, p. 70-71)

estrutura em determinadas cidades, principalmente as comarcas pequenas, tendo em vista que a grande maioria não conta nem com a presença de varas especializadas.

As discussões acerca dos prejuízos que os abrigos proporcionam para o desenvolvimento estão longe do fim, demonstrando assim a necessidade de desenvolver mais estudos e pesquisas na busca de melhorias nas casas de acolhimento, nos processos de adoção e na prevenção da permanência prologada dos jovens nas instituições.

Conclusão

Iniciou-se o presente artigo fazendo um breve estudo acerca da evolução histórica da adoção no mundo, adentrando nas mais diferentes culturas e visualizando as mudanças desse instituto caminhando junto com as mudanças do direito de família. Foram as características do direito português que influenciaram a inserção da adoção em nossa legislação.

Em 1916 o primeiro Código Civil brasileiro ainda apresentava muitas limitações ao direito de adotar. Grandes inovações puderam ser vivencias apenas em 1979, quando entrou em vigor a lei 6.697, denominada Código de Menores, que representou a criação da adoção plena. Todavia não era destinado à proteção dos direitos de todas as crianças de adolescente, mas sim, àquelas que se encontravam em situação irregular.

A proteção integral e a efetiva preocupação com a garantia dos direitos de dignidade, afetividade, igualdade entre os filhos, vedação de discriminações, convivência familiar, entre outros, ocorreu somente com a Constituição Federal de 1988 e logo após com o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. O processo de acolhimento e encaminhamento para adoção atualmente é utilizado como última medida. Quando a criança ou o adolescente estiverem vivendo em situação de descaso, negligência dos genitores, sofrendo

violência verbal, física ou sexual e/ou em locais onde ocorre uso de drogas.

Nessa perspectiva a adoção é vista como um instrumento capaz de responder as demandas provenientes das crianças e dos adolescentes, possibilitando a convivência familiar, para que todos tenham a oportunidade de usufruir dos encantos e oportunidades que uma família oferece. Assim, nesse ambiente será possível a concretização da garantia dos direitos supracitados e a construção de uma relação afetiva, envolvida por amor e carinho.

Após conhecer e entender a grandiosidade e importância do instituto da adoção tona-se intrigante o fato de ainda haver tantos jovens institucionalizados, a espera de uma família que talvez nunca chegue. Conforme demonstrado no Cadastro Nacional de Adoção da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2017 existiram 41.465 pretendentes cadastros (disponíveis/vinculados) no sistema, no mesmo programa, também haviam 8.134 crianças e adolescentes (disponíveis/vinculadas) para adoção. Torna-se indagável porque ainda existem crianças e adolescentes nas casas de acolhimento se o número de pretendentes cadastrados é superior.

Os resultados deste artigo sugerem que o longo período de institucionalização traz prejuízos ao jovem. Primeiramente quanto à violação dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico de nosso país, como exemplo a convivência familiar, que deixa de ser vivenciada após o rompimento do contato com a família biológica. Posteriormente, observam-se prejuízos graves no plano psicológico, vez que grande parte dessas crianças enfrentam sintomas depressivos.

No caso concreto verifica-se que esse período se alonga em virtude do confronto entre as preferências físicas e mentais elencadas pelos pretendentes no processo de adoção e o perfil das crianças e dos adolescentes disponíveis. Discute-se na prática sobre a pertinência das escolhas. Portanto, não são apenas as consequências que devem ser evitadas e os traumas do longo período de acolhimento que devem ser tratados, mas também o

preconceito que atinge aqueles que estão na fila em busca de um filho adotivo.

Referências

ÁLVARES, A. M.; LOBATO, G. R. **Um estudo exploratório da incidência de sintomas depressivos em crianças e adolescentes em acolhimento institucional.** 2011. Disponível em:

<pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2013000100011>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 30 de Out. de 2017.

_____. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Brasília, DF, 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 de Out. de 2017.

_____. **Nova Lei de Adoção.** Lei nº 12.010/2009 de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, DF, 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm> Acesso em: 08 de Out, de 2017.

_____. **Conselho Nacional de Justiça.** Cadastro Nacional de Adoção – Relatórios estatísticos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>> Acessado em: 13 de Out. de 2017.

_____. **Conselho Nacional de Justiça.** Passo-a-passo da adoção. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoec/cadastro-nacional-de-adocao-cna/passo-a-passo-da-adocao>> Acessado em: 13 de Out. de 2017.

_____. **Conselho Nacional de Justiça.** Adoção de criança: um Cadastro Nacional mais transparente e ágil. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84692-adocao-de-crianca-um-cadastro-nacional-mais-transparente-e-agil>>. acessado em: 13 de out. de 2017.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; ALDROVANDI, Andrea. **Adoção no Brasil: aspectos evolutivos do instituto no direito de família.** *Revista Juris.* Rio Grande, v.15, 2010. Disponível em: <<https://www.seer.furg.br/juris/article/view/3214> >. Acesso em: 23 out. 2017.

BORTOLATTO, Mariana de Oliveia; LOOS, Victória Niebuhr; DELVAN, Josiane da Silva. **Grupos de estudo e apoio à adoção e o sucesso das adoções.** *Revista do Departamento de Ciências Humanas.* Barbarói, Santa Cruz do Sul, n.48, p.<205-233>, 2016. Disponível: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/8319>>. Acessado em: 13 de Out. de 2017.

CAVALCANTE, Beatriz da Silva; Lucinéia LIMA, Borges de Valderes; ROMERA, Maria. A discriminação no processo de adoção tardia: questão racial. *ETIC - encontro de iniciação científica - ISSN 21-76-8498*, vol. 13, No 13 (2017). Disponível: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/6379>>. Acessado em: 13 de Out. de 2017.

CUNEO, Mônica Rodrigues. **Abrigamento Prolongado: Os Filhos do Esquecimento; A Institucionalização Prolongada de Crianças e as Marcas que Ficam.** Rio de Janeiro, junho de 2009. Disponível em: www.sbpj.org/materias/Abrigamento_Prolongado.doc. Acesso em: 13 nov. 2017.

CUNHA, Tainara Mendes. **A evolução histórica do instituto da adoção.** *Conteudo Juridico*, Brasília-DF: 28 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.34641&seo=1>>. Acesso em: 20 out. 2017.

KOYAMA, Renata Yuri Moreno; BORBA, Isabella Alencar. **Adoção tardia: uma nova chance para os rejeitados**. ETIC - encontro de iniciação científica - ISSN 21-76-8498, vol. 13, No 13 (2017). Disponível: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/6293>>. Acessado em: 13 de Out. de 2017.

KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: Direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas do acolhimento institucional**. Curitiba: Juruá, 2012. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29218/R-D-SERGIOLUIZKREUZ.pdf?sequence=1>> Acesso em: 15 out. de 2017.

LEMOS, S. C. A.; H. H. L. Gechele ; ANDRADE, J. V. **Os Vínculos Afetivos no Contexto de Acolhimento Institucional - um estudo de campo**. PSICOLOGIA: TEORIA E PESQUISA (BRASÍLIA. ONLINE), v. 33, p. 1-10, 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v33/1806-3446-ptp-33-e3334.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Direito Civil: Famílias. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direito Civil: Famílias. 4.ed. 2ª tiragem: Saraiva, 2012.

MAGALHAES, J. S. ; SILVA, R. V. ; CARDOSO, R. A. ; GUACH, H. C. ; CORREA, E. C. C. ; MARTINS, E. ; CASTRO, J. D. M. . **Adoção Tardia: As dificuldades no contemporâneo**. UC - UNICAMPS CIÊNCIA, 2017. Disponível: <<http://www.unicampsciencia.com.br/pdf/59977eac8a6c9.pdf>>. Acessado em: 13 de Out. de 2017.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; Oliveira, Ligia Ziggotti de. **O princípio do melhor interesse da criança nos processos de adoção e o direito fundamental à família substituta**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 285-301, julho/dezembro de 2012. Disponível: <revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/336/28f>. Acessado em: 13 de Out. de 2017.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004. Disponível em: <http://www.editora.vrc.puc-rio.br/media/ebook_institucionalizacao_de_crianças_no_brasil.pdf> Acesso em: 13 de Out. de 2017.

RODRIGUES, Maria socorro pereira; SILVA, Raimunda Magalhães da; SOBRINHO, elísio Holanda Guedes. A família e sua importância na formação do cidadão. **Fam. Saúde Desenv.**, Curitiba, v.2, n.2, p.40-48, jul./dez. 2000. Disponível em <<http://revistas.ufpr.br/refased/article/view/4934/3754>>. Acessado em: 13 de Out. de 2017.

SALES, Fernando Augusto. ECA - Aspectos civis. Da família e do direito à convivência familiar da criança e do adolescente. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3757, 14 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25506>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

VARGAS, Marлизete Moldonado. **Adoção Tardia: Da Família Sonhada à Família Possível**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1988.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Direito civil: Direito de Família**. 17^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

Violência doméstica contra a mulher

Alisson Da Silva Doneda¹

Daniel De Grandis²

Introdução

A Violência doméstica é um problema que deve ser tratado com seriedade tanto pelo Estado quanto pela sociedade.

Por isso esse trabalho tem como objetivo demonstrar o quão grande é o problema da violência doméstica em nossos lares, num primeiro momento mostrando quais são os tipos de violência doméstica, quem são na maioria dos casos os agressores, por quais motivos acontecem essas agressões e se as mulheres atualmente estão denunciando os agressores.

Num segundo momento é feita a reflexão quanto às ações estatais para a conscientização da população sobre a violência doméstica e de como a própria população pode ajudar a erradicar esse mal da sociedade. Por último, será feita uma análise da lei que rege esse assunto no ordenamento jurídico.

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: alissondoneda@hotmail.com

² Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: danieldegrandis@yahoo.com.br

1 Uma visão geral sobre a violência contra a mulher

Existem diversos fatores que infelizmente colaboram para que, ainda hoje, ocorram diversos casos de violência doméstica na sociedade e, o contrário do que algumas pessoas pensam a violência não é apenas física, apesar de ser esta a mais denunciada, mas ela também pode ser psicológica de acordo com o que está tipificado no artigo 7º II da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006):

[...] qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Também é possível observar os casos onde se pode encontrar os dois tipos de violência: “É possível observar que os delitos de lesão corporal e ameaça figuram em praticamente todos os casos de violência [...] Em muitos casos o agressor lesionava a mulher e posteriormente a ameaça para que esta não recorresse ao auxílio policial” (BENINCÁ; CHECHINEL, 2009).

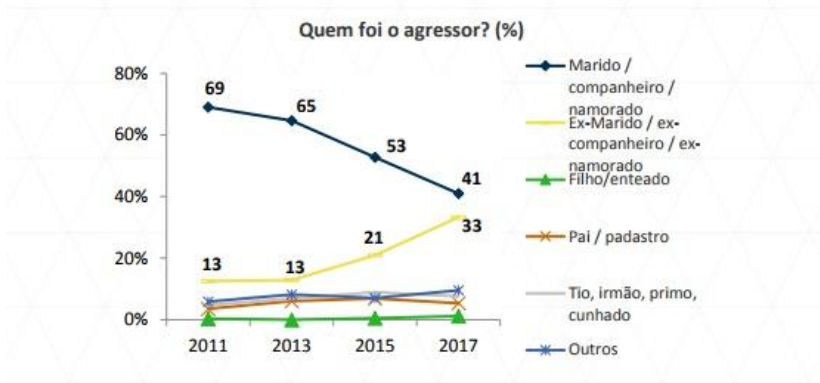
1.1 Quem a comete? E porquê?

De acordo com a última pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisas DataSenado que fora publicada no mês de junho de 2017, o principal responsável pela violência doméstica contra a mulher é aquele que não tem laços consanguíneos com ela e que fora escolhido por elas para conviver intimamente, ou seja, o marido, companheiro ou namorado, e isso acaba se tornando uma situação complicada até para a mulher fazer a denúncia pois:

É difícil denunciar quem reside sob o mesmo teto, pessoa com quem se tem um vínculo afetivo e filhos em comum e que, não raro, é o responsável pela subsistência da família. A conclusão só pode ser uma: as mulheres nunca param de apanhar, sendo a sua casa o lugar mais perigoso para ela e os filhos (DIAS, 2007, p.17).

A pesquisa do DataSenado acerca do agressor apresenta-se no seguinte gráfico:

Figura 1 – Gráfico sobre quem foi o agressor



Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado (2017)

Nessa mesma pesquisa fora perguntado para as mulheres que admitiram terem sofrido de violência doméstica qual teria sido o principal fator que induziu a agressão e o resultado é bem diverso, mas possui um novo líder, o uso do álcool, sendo que “há ambientes, situações e condições individuais em que a violência interpessoal tem mais chance de ser exercida, e, sem dúvida, o álcool altera a percepção das interações sociais e frequentemente atua como um desinibidor, facilitando a violência” (SANTOS, 2007).

Na sequência tem-se a pesquisa do DataSenado:

Figura 2 – O que induziu a violência doméstica



Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado (2017)

Em segundo lugar estão as brigas ou discussões e, em terceiro lugar, está o ciúme que “na cultura patriarcal, o ciúme patológico masculino se expressa através da preocupação do homem com sua honra, da necessidade de vigilância e controle da mulher e da identificação com uma persona inflada para compensar a baixa auto-estima” (CENTEVILLE, 2008).

Por último na pesquisa estão as traições conjugais e o uso de drogas. Tal fator é bastante importante de ser apresentado e analisado, uma vez que não basta apenas uma atuação policial ou judicial para cessar o problema familiar, sendo necessário a atuação de outras instituições, as quais realizem o tratamento e acompanhamento do agressor, uma vez que seus vícios são problemas sociais, para que após este possa retornar para um âmbito familiar devidamente conscientizado e tratado.

1.2 A mulher se cala ou denúncia?

Ao falar de violência doméstica contra a mulher é impossível não referir algumas peculiaridades rotineiras dessas ações, por exemplo basta inserir-se ao meio prático para perceber, que mesmo

após a Lei Maria da Penha a maioria das vítimas procuram retratar-se para que a ação penal cessada. Não poucas vezes são os casos em que o agressor e a vítima acabam reconciliando-se, assim a ação acaba tornando-se um problema em meio ao casal. Em outras situações as vítimas por medo de novas agressões acabam mentindo em juízo, para que seja o agressor beneficiado por seu depoimento.

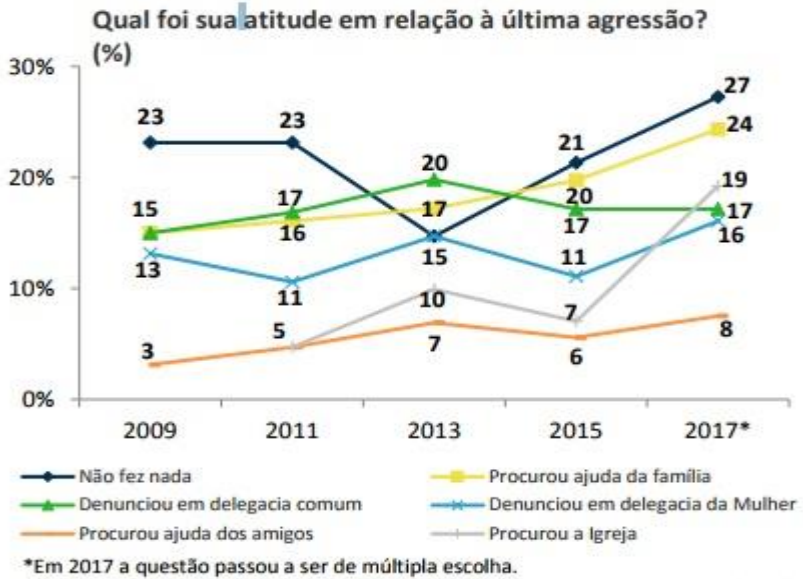
Vale ser frisado que nos casos em que a ação penal é iniciada mas após acontece o reestabelecimento familiar entre vítima e agressor, a preocupação em que seja impetrada uma reprimenda penal ao agressor, qual o deixe incapaz de prover o sustento da família, faz com que a vítima se mobilize para que o seu agressor seja absolvido.

Isso mostra que o fator econômico também faz com que a mulher se sinta acuada e acabe não denunciando: “[...] onde, em determinadas circunstâncias, não saber administrar tal realidade, faz com que elas se sujeitem e se tornem vítimas passivas dos diversos tipos de violência que sofrem” (SANTOS,1999), o que traz uma sensação de impunidade para o agressor que ficará mais seguro para cometer novos ilícitos equiparados a este, pois irá basear-se na dependência da vítima.

Em segundo ponto, apresentando um crescimento significativo, estão as pessoas com maior grau de instrução, as quais, muitas vezes, ao se envolverem em casos de violência doméstica, acabam optando por não explorar a justiça, com medo de que suas imagens pessoais acabem sofrendo algum abalo.

Na pesquisa do DataSenado também fora perguntado qual a atitude da pessoa vítima de violência doméstica em relação a última agressão e infelizmente o dado é alarmante, pois subiu para o primeiro lugar da lista as agredidas que acabaram não fazendo nada a respeito.

Figura 3 - Atitude das mulheres em relação a última agressão



Fonte: Instituto de Pesquisa DataSenado (2017)

Em segundo lugar na pesquisa ficou a busca de ajuda da família, em terceiro ficaram as que procuraram ajuda da igreja, em quarto ficaram as que denunciaram em uma delegacia comum, em quinto as que denunciaram na Delegacia da Mulher e, por último, aquelas que procuraram ajuda dos amigos. Tais dados são alarmantes pois, em primeiro lugar, deveriam estar aquelas que denunciaram na Delegacia da Mulher e a partir daí conseguiram as efetivas medidas da Lei Maria da Penha.

2 A função do estado e da sociedade para solucionar o problema

Passa-se a analisar a necessidade da atuação de todos nos casos de violência doméstica contra as mulheres. Na atualidade está travada uma grande luta por igualdade social entre todos os gêneros, bem como contra a violência doméstica sofrida pelas

mulheres, mas o fato é que esta luta deve ser travada em diversas esferas como: judicial, social, educacional, entre outras.

É importante que o Estado não seja visto como o responsável único pela solução da violência doméstica, sendo necessário haja uma conscientização social desde o início da infância e que se estenda até o fim do período colegial para os jovens. Já para pessoas as quais possuem sua formação educacional e cultural completas são necessárias medidas que busquem mudar seus conceitos e atitudes perante tais problemas, buscando uma reeducação com base na igualdade e no respeito entre todos, independentemente do gênero.

Assim referem Stainr e Vetoretti (2010):

A participação social faz com que haja um fortalecimento da cidadania, tornando desta forma a sociedade mais democrática, fazendo com que o cidadão tenha possibilidades de escolha junto ao governo. Percebe-se então, a importância do espaço público local, proporcionando políticas públicas mais direcionadas para os interesses sociais.

A base para a violência doméstica contra a mulher encontra-se, muitas vezes, na formação cultural das pessoas, especialmente quando acham que as mulheres são propriedades dos homens, por razões de valores e costumes, replicando costumes passados. Novamente referem Stainr e Vetoretti (2010):

Não havia, assim, preocupação no sentido em que a violência doméstica estava desrespeitando aos direitos humanos fundamentais da mulher agredida, com violação da integridade física e psicológica, não sendo apenas um assunto que deveria ter enclausurado no seio privado e familiar, mas sim partir para o âmbito jurídico e principalmente penal, no que tange ser crime atentar de forma violenta contra qualquer ser humano, incluindo obviamente a mulher, sem qualquer restrição.

Porém, o Estado deve ser o responsável da iniciativa de garantir a aplicação correta da sua legislação, bem como, gerenciar políticas públicas que possibilitem a diminuição das agressões.

3 A Lei Maria da Penha e a sua aplicação atual

3.1 Introdução histórica

A Lei nº 11.340/06, denominada de Lei Maria da Penha, foi criada com o intuito de coibir a violência doméstica e desta forma, aumentar o rigor das punições para crimes praticados em âmbito doméstico, em particular contra mulheres.

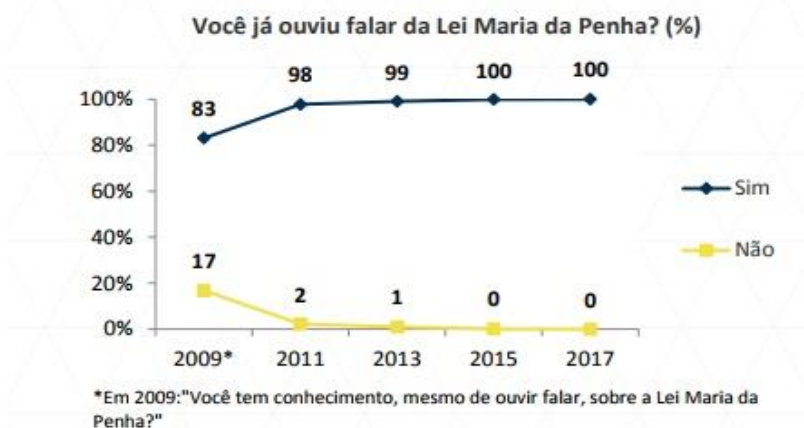
A norma entrou em vigor em 22 de setembro de 2006 e foi desenvolvida em resposta a decisão proferida no caso nº 12.051/OEA, em que o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem) promoveu uma ação frente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, representando a vítima Maria da Penha Maia Fernandes, que sofrera duas tentativas de homicídio por parte de seu companheiro, este que recebeu uma pena considerada branda no Brasil, que na época dos fatos, não tinha lei específica para tratar deste tipo de violência de forma efetiva.

O Brasil foi condenado a promover ações contra a violência doméstica, dentre essas, a promulgação de uma lei que não apenas aumentasse o rigor das punições, mas que também viesse a promover institutos de proteção as mulheres que já sofriam e poderiam sofrer alguma forma de violência doméstica.

3.2 O que a população pensa sobre a lei?

Já se passaram mais de 10 anos desde que a norma entrou em vigor, em 2006, mas o questionamento que fica é sobre se as ações do Estado foram suficientes para prevenção e proteção das vítimas. Analisando-se os dados sobre a medida adotada na última agressão pelas mulheres, verifica-se que as pessoas pouco sabem sobre a Lei Maria da Penha ou não acreditam que ela seja eficaz, conforme os dados da pesquisa do DataSenado :

Figura 5 – Você já ouviu falar sobre a Lei Maria da Penha?



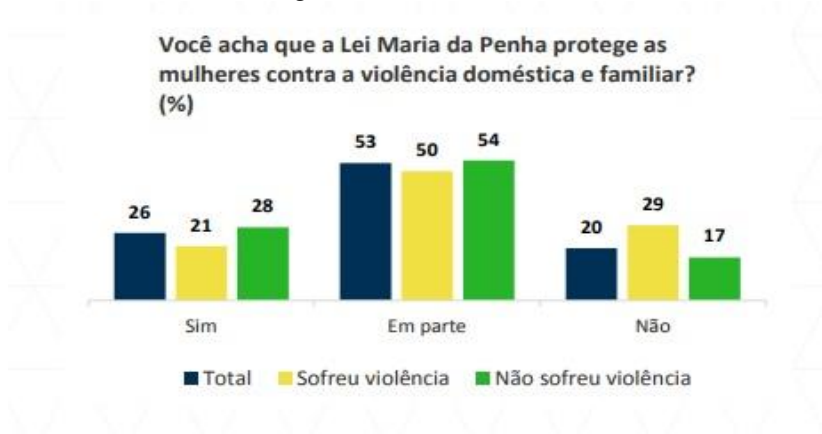
Quanto você conhece sobre a Lei Maria da Penha: (%)



Fonte: Instituto de pesquisas DataSenado (2017)

E pior ainda fica quando as pessoas foram perguntadas se acreditam que a Lei Maria da Penha protege as mulheres contra a violência doméstica e Familiar, pois entre as que já sofreram violência, um número maior acha que não.

Figura 6 – Efetividade da lei



Fonte: Instituto de Pesquisas DataSenado (2017)

Assim, tão importante quanto a existência da Lei é a informação sobre a mesma e a sua efetividade.

3.3 Medidas Protetivas, de prevenção e o atendimento policial

A respeito das medidas protetivas, conforme exposto anteriormente, a Lei Maria da Penha tem como objetivo, não apenas instituir penas maiores para aqueles que cometem violência doméstica, mas também promover formas de combate e prevenção à crescente violência ao gênero feminino.

Em seu Título III, Capítulo I, o diploma legal estabelece diretrizes para as políticas públicas que visam coibir a violência e conscientizar os cidadãos acerca dos problemas socioculturais em temas pertinentes à agressão doméstica, tendo em vista a desvalorização da mulher fomentada pela mentalidade machista, relacionando em sua redação, a interação entre os entes federados, Poder Judiciário, âmbito acadêmico, mídia, capacitação policial e programas sociais.

As políticas públicas de prevenção à violência merecem uma atenção majorada, sendo que a mídia, motivada pelos Órgãos Públicos, tem papel fundamental na conscientização nacional.

A matriz Constitucional da Lei Maria da Penha demonstra a necessidade da observação e garantia da dignidade humana, a repugna pela discriminação e o preconceito em relação ao gênero e o respeito de valores éticos e sociais da pessoa e da família, apesar de apenas em 2006 ter sido inserida a previsão legal no ordenamento jurídico.

Em relação a assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a Lei em epígrafe trouxe inovações no âmbito do Poder Judiciário, sendo a assistência àquela vítima que se encontra em situação de violência doméstica e familiar, uma delas (BRASIL, 2006).

Em seu Capítulo II, art. 9º, o diploma legal denota a necessidade de outros institutos articularem com a assistência imediata à mulher, sendo que o juiz poderá incluí-la em programas assistenciais do Governo Federal e Estadual. Ainda, é possível, para preservar sua integridade física e psíquica, a remoção de servidora pública e a manutenção do vínculo trabalhista, por seis meses (BRASIL, 2006).

Assim, é possível garantir uma melhoria na segurança à mulher para que seja coibida a violência, durante o estado processual propriamente dito e seus trâmites, para que, desse modo, não haja maiores danos decorrentes da violência doméstica.

Quanto ao atendimento pelas autoridades policiais, tem-se no Capítulo III, nos artigos 10 a 12, o procedimento que a autoridade policial deve seguir ao identificar prática efetiva ou eminência de violência doméstica contra a mulher é evidenciado. Desse modo, a diretiva da lei impõe, por exemplo, que sejam instalados serviços “Vinte Quatro Horas” e plantões para atendimento de “pedidos de socorro” por telefone ou mesmo por carta (BRASIL, 2006).

Numa interpretação sistemática, não apenas policiais civis e militares devem prestar atendimento ou o socorro exigido, mas

também a Guarda Municipal, o Corpo de Bombeiros e os Conselhos Tutelares devem agir no sentido de prestarem um pronto atendimento a vítima ou vítimas da violência, que quase sempre envolve crianças e outros familiares indefesos, como idosos e pessoas deficientes, fazendo com que o serviço prestado torne-se efetivo e cotidiano, para proteger as vítimas e prevenir futuras agressões reiteradas.

O art. 11 da Lei Maria da Penha, estabelece diretrizes formais, quanto o procedimento dos oficiais da lei, durante o atendimento a uma mulher em situação de violência doméstica, sendo que, a primeira ação é a proteção imediata da vítima, proteção policial e comunicação tanto ao Ministério Público, quanto ao Poder Judicial. Da mesma forma, se garante deslocamento e segurança, se necessário com presença policial, não apenas da ofendida, mas também de seus familiares, quando se identificar possível risco a vida. Se já ocorreu a violência o procedimento é o encaminhamento para os órgãos de saúde. (BRASIL, 2006).

Percebe-se que os dispositivos do art.11, buscam realizar um atendimento rápido, completo e efetivo, assegurando a integridade física e mental da vítima. Porém, não é difícil observarem-se situações em que existe uma falha nesta atuação, decorrendo em mais agressões, fuga do agressor ou até mesmo a morte da vítima.

O art. 12, também apresenta procedimentos formais, tomados pela polícia nestes casos, como a formulação do boletim de ocorrência com a devida representação da vítima, recolhimento de provas, bem como o pedido para concessão das medidas protetivas de urgência para o juízo competente, em prazo de 48 horas (BRASIL, 2006).

Nesta situação também, se possível, é realizada a oitiva das testemunhas e do agressor, que será mais tarde juntada aos autos, com a documentação dos mesmos, assim como a folha de antecedentes caso este possua, demonstrando qualquer outra passagem pela polícia (BRASIL, 2006).

Fica evidente que quando há possibilidade de ocorrer a violência doméstica e, inclusive, quando a mesma já ocorreu, uma série de ações deve ser tomada por órgãos competentes para o acolhimento e acompanhamento da mulher vítima e, também, do agressor, no sentido de que não volte a cometer o ato.

3.4 Da competência para o julgamento e das Penas previstas

No que se discute sobre a competência de julgamento na Lei Maria da Penha, o Supremo Tribunal Federal, mediante a súmula 542, estabeleceu que os crimes de lesão corporal, mesmo que leves ou culposos, quando praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas, devem ser processados mediante ação pública incondicionada.

A competência para julgar os casos de violência doméstica é dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher e, onde não houver a justiça especializada, tal julgamento se processará nas Varas Criminais, conforme art. 33 da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

Caso não exista juizado especial de violência doméstica e familiar, como já citado no referido artigo, as ações deverão ser julgadas por varas criminais comuns. Já por outro lado, nos locais em que foram criados os respectivos juizados, o juízo responsável concentra a competência, tanto criminal quanto cível, para apreciar o crime e os casos que envolverem questões de família, como pensão, separação, guarda de filhos, dentre outros.

Já as penas têm em base três meses a três anos de detenção; caso a mulher vítima da agressão, possua alguma deficiência, a pena será aumentada em um terço. A lei em seu texto proíbe expressamente que sejam aplicadas penas alternativas, como cestas básicas ou prestação de serviço à comunidade. Sendo assim o agressor receberá uma sentença, prolatada pelo juiz, na qual não restará dúvida, que será de detenção (BRASIL, 2006).

Sobre a prisão preventiva, há de se frisar que em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz de ofício à requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. A Lei Maria da Penha também prevê programas que visam à reabilitação e reeducação do agressor, como cursos, palestras e programas de acompanhamento psicopedagógico (BRASIL, 2006).

Conclusão

No presente trabalho, procurou-se mostrar de uma forma crítica a situação da violência contra a mulher no Brasil, bem como procurou-se mostrar que tanto o Estado quando a sociedade deve estar unidos na busca pela igualdade para que se consiga reduzir, ao menos, a violência contra a mulher no âmbito doméstico.

Fora possível verificar que está mudando o panorama de quem é o maior agressor, visto que nos últimos anos que, ainda que o principal ainda seja o atual marido, companheiro ou namorado, o famigerado “ex” está começando a se destacar também, negativamente, neste aspecto.

Por último também fora possível verificar que mesmo que as pessoas saibam da existência da Lei Maria da Penha, poucos a conhecem na totalidade, demonstrando que os Governos ainda não fizeram uma boa campanha de conscientização do povo sobre as suas garantias e direitos.

Referências

BENINCÁ, Alessandra; CHECHINEL, Beatriz. **Lei Maria Da Penha e violência de Gênero: Monitoramento processual das medidas protetivas para as mulheres no município de Criciúma-SC, entre os Anos de 2008 e 2009, na perspectiva da criminologia feminista.** VII Seminário Internacional de Demandas Sociais e políticas públicas Na Sociedade Contemporânea, 2010.

BRASIL. **Lei 11.340 de 07 de Agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.html- Acesso em 11 de Nov.2017

BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres/ Presidência da República (SPM/PR). **Rede de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres.** Brasília, Ideal Gráfica e Editora 2011)

CENTEVILLE, V. **Ciúme patológico masculino: reflexões sob a ótica junguiana.** Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2007.

PESQUISA DATASENADO. **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.** Disponível em: < <http://www.justicadesaia.com.br/wp-content/uploads/2017/06/VIOL%C3%80NCIA-DOM%C3%89STICA-E-FAMILIAR-CONTRA-A-MULHER-2017.pdf> > Acesso em: 15 de Nov de 2017.

SANTOS, Fabiola Fagundes. **Consumo de Álcool e violência doméstica contra a mulher.** Disponível em < http://bdm.unb.br/bitstream/10483/696/1/2007_FabiolaFagundesdosSantos.pdf > Acesso em: 22 de nov, 2017.

STAINR, Nara; VETORETTI, Ezequiel. **As políticas públicas preventivas como forma alternativa de repressão a violência de gênero: Uma Visão a partir do poder local.** VII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas Na Sociedade Contemporânea, 2010.

Abandono afetivo de idosos em instituições de longa permanência: o dever jurídico de indenizar perante a visão de uma ética para o cuidado

Giulia Signor¹

Introdução

A Constituição Federal de 1988 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro diversas mudanças em matéria de Direito de Família. Entre elas, surge com grande importância o reconhecimento da igualdade entre os filhos havidos dentro e fora do casamento, bem como aos adotados, como também o exercício do poder familiar por ambos os genitores. Diante dessas mudanças, o princípio da afetividade toma espaço como princípio jurídico, uma vez que as relações familiares não são mais pautadas nos laços consanguíneos, mas também nas relações de afeto e cuidado.

Foi nesse sentido que surge a decisão do Recurso Especial nº 1.159.242 na qual reconhece o dever de indenizar em decorrência do abandono afetivo durante o desenvolvimento do filho. Porém, o que pode ser chamado de “abandono afetivo inverso” não é reconhecido pelos tribunais, e, portanto, quando ocorre o abandono de idosos em instituições de longa permanência, esses encontram-se

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: giulia.signor@yahoo.com.br

desamparados pelo direito brasileiro no que se refere a uma indenização pelos danos gerados.

No presente artigo se discutirá a visão ética do Estatuto do Idoso perante a visão da teoria da Ética do Cuidado e a partir desses conceitos a possibilidade de indenizar os idosos pelo abandono afetivo causado por seus familiares.

A partir do método de abordagem dedutivo, tendo como premissa maior é a existência do princípio do abandono afetivo e a premissa menor é a sua aplicação aos abandonos afetivos dos idosos institucionalizados, sendo o método de estudo utilizado a pesquisa bibliográfica.

O problema de pesquisa formulado para esta pesquisa pode ser resumido na seguinte indagação: Levando em consideração os princípios da Ética do Cuidado inseridos no Estatuto do Idoso, é possível a responsabilização civil e a indenização pelo abandono afetivo de idosos institucionalizados?

A hipótese para essa pergunta, demonstra-se inicialmente que deve ser observado de que modo o princípio da afetividade se constitui e como o Estatuto do Idoso busca proteger a dignidade da pessoa idosa. Num segundo momento, a possibilidade de relacionar o princípio da afetividade aos idosos institucionalizados e trazer a indenização e a responsabilização civil como maneira de proteger e garantir ainda mais a dignidade do idoso institucionalizado.

O objetivo geral da pesquisa é investigar como o princípio da afetividade pode ser usado nas relações dos filhos com os pais, e como a Ética do Cuidado, inserida discretamente no Estatuto do Idoso, possibilita a indenização pelo abandono afetivo de idosos em Instituições de Longa Permanência. Os objetivos específicos são: a) Esclarecer o que é o princípio da afetividade e quando se deu o seu reconhecimento no Direito Brasileiro; b) Averiguar como a Ética do Cuidado está inserida nas medidas de proteção da dignidade do idoso presentes no Estatuto do Idoso; c) Avaliar a possibilidade da responsabilização civil por abandono afetivo nas Instituições de

Longa Permanência levando em consideração os princípios estudados nos capítulos anteriores.

1 O conceito de abandono afetivo na ótica do direito de família e seu reconhecimento como princípio jurídico

A construção das relações jurídicas de família no Direito Brasileiro se moldou, primordialmente, em torno da concepção de matrimônio, não reconhecendo outros tipos de família, como também filhos fora do casamento e sendo vedada sua dissolução. Ainda, no Código Civil Brasileiro de 1916, a família era exclusivamente organizada pelo casamento e pelo modelo patriarcal, ou seja, não havia igualdade entre seus membros, de maneira que o poder familiar era denominado de pátrio poder. Além disso, o casamento era indissolúvel, e apenas com a Lei nº 6.515/1977 que foi possível a dissolução da sociedade conjugal (DOLCE, 2016, p.95).

Foi somente na Constituição de 1988 que a concepção de família perante o Direito Brasileiro sofreu alterações, legitimando entre as entidades familiares a união estável e a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, ainda, o reconhecimento da igualdade dos filhos havidos fora e dentro do casamento, bem como os adotados (BRASIL, 1988). Essas alterações no sistema jurídico brasileiro reforçam a quebra do modelo patriarcal de família, uma vez que com os novos modelos de família o exercício do poder familiar pode ser feito também pela mulher e constroem uma relação não fundada apenas em laços consanguíneos, mas também na afetividade, tornando essa um princípio das relações familiares.

O conceito de família deixa de ser apenas o matrimônio e os descendentes dele gerado e passa a se tornar um vínculo formado pela consanguinidade e pelo afeto entre seus membros. Desse modo, com o reconhecimento do afeto como princípio para as relações de

família faz com que o dever de cuidado seja um dever jurídico para aqueles que exercem o poder familiar.

O afeto nas relações familiares se torna de suma importância no Direito de Família brasileiro, não apenas como forma de garantir o desenvolvimento saudável de seus membros, mas também para o surgimento novos tipos de filiação, como se percebe a partir da filiação socioafetiva. Segundo Coelho (2012, p.179)

A filiação socioafetiva constitui-se pelo relacionamento entre um adulto e uma criança ou adolescente, que, sob o ponto de vista das relações sociais e emocionais, em tudo se assemelha à de pai o mãe e seu filho. [...] a verdade socioafetiva, manifestada por condutas do adulto em relação à criança ou adolescente, na intimidade da família e nas relações sociais, que se assemelham às de qualquer outra filiação.

Nesse sentido, demonstra-se que a afetividade nas relações familiares surge também como forma de legitimar outras constituições familiares que antes não eram reconhecidas e amparadas pelo nosso direito, como demonstrado acima com a filiação socioafetiva e também a adoção e união homoafetiva e a multiparentalidade, que mesmo não constando no texto constitucional como formas de entidades familiares, atualmente, são reconhecidas pelos tribunais superiores.

No entanto, ao se falar em relações afetivas no âmbito familiar, vale ressaltar que a afetividade não deve ser vista apenas como um princípio norteador do Direito de Família, mas que, como acima referido, o dever de cuidado surge como uma maneira de proteger os membros da família, bem como o seu desenvolvimento em sociedade, uma vez que a primeira instituição em que o indivíduo está inserido é a família e será baseada nas referências advindas dessa relação que moldará os primeiros traços de personalidade.

Desse modo, o artigo 229 da Constituição Federal elenca os deveres dos pais e dos filhos: “Art. 229. Os pais têm o dever de

assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988). Ressalta-se que os deveres assegurados pela Constituição não se resumem apenas as relações dos pais com os filhos, mas também se assegura o amparo dos pais, já idosos, pelos filhos. O artigo 230² também reforça o cuidado com a velhice quanto a sua participação em comunidade e bem-estar.

Considerando o afeto como princípio basilar do Direito de Família e que há respaldo Constitucional para que seja considerado um dever, a sua ausência ou abandono, gera o dever de indenizar, uma vez que há dano causado pela falta de afeto durante o crescimento ou durante a velhice, principalmente se considerar que o afeto é intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana constante no artigo 1º, III da CF/88.

Diante desse cenário, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu pela primeira vez o direito de reparação civil pelo abandono afetivo no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242³, onde a Ministra Relatora Nancy Andrichi (STJ, 2012) define em seu voto:

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tisonado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e

²Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”.

³BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 3º Turma, **REsp 1.159.242/SP**, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal. (*Grifos inclusos*)

Nessa linha de pensamento, ao se falar em abandono afetivo há de se ressaltar que não está se falando na obrigação de amar, mas sim no dever que os pais têm com os filhos de cuidar, prestar auxílio no desenvolvimento e ter ações concretas e voluntárias a favor dos mesmos. Define Maria Berenice Dias (2015, p.543) que: “[...] a afetividade, como dever jurídico, não se confunde com a existência real do afeto, porquanto pode ser presumida quanto este faltar na realidade das relações”

Destarte, apesar do REsp 1.159.242 apenas se referir ao abandono afetivo na relação de pais para filhos, é importante destacar que, apesar de não ser reconhecida, ainda, pelos tribunais, é passível de reparação civil, por analogia, o abandono afetivo feito pelos filhos em relação aos pais idosos, uma vez que o dever de afeto se caracteriza de forma recíproca, e ainda, pois assegura o Estatuto do Idoso em seus artigos 2º e 3º o direito a dignidade e a convivência familiar do idoso.

2 A visão da ética o cuidado no âmbito do estatuto do idoso e as medidas de proteção da dignidade do idoso institucionalizado

Com o aumento da população idosa no Brasil, tornou-se necessária a proteção legislativa a fim de garantir e efetivar seus

direitos. Considerando que uns dos grupos sociais que mais cresce, tendo passado de 9,8% em 2005 para 14,3% da população brasileira em 2015, segundo o estudo “Síntese de Indicadores Sociais (SIS): uma análise das condições de vida da população brasileira 2016” do IBGE (PORTAL BRASIL, 2016).

O Estatuto do Idoso surge em 2003 visando proteger o idoso⁴ de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão e todo o atentado aos seus direitos, como assim sustenta o artigo 4º do referido estatuto. O Capítulo II do Estatuto garante os direitos à Liberdade, ao Respeito e a Dignidade, ressaltando o artigo 10º, §1º, inciso V, no qual garante o idoso a participação na vida familiar e comunitária. Ainda, o Capítulo III define a responsabilidade familiar no direito à alimentação.

Nesse caso, percebe-se a preocupação do legislador ao garantir a pessoa idosa meios de acesso e manutenção de uma vida digna na velhice. Ao definir tais prioridades e incumbir a sociedade, ou seja, a todos o dever de efetivá-las e garanti-las, surge uma relação entre a construção do Estatuto do Idoso e o que sustentam as teorias sobre a Ética do Cuidado. Esse tema está pautado nas relações de alteridade e reconhecimento, de forma que define Plastino (2009, p.53):

[...] o cuidar revela sua dimensão ética, alicerçada o reconhecimento da alteridade e seus correlatos, na diminuição do narcisismo e da onipotência. Esse reconhecimento do outro na sua alteridade se exprime na própria etimologia da palavra grega *éthos* (da qual deriva ética) [...]. A palavra ética refere-se assim às condições necessárias ao acontecer humano, isto é, ao que permite a cada sujeito “morar” no mundo inserido numa comunidade.

Quando se fala de alteridade, fala-se na relação com o outro, de modo que, entende-se que “a minha liberdade está ligada à liberdade dos outros” (KROHLING, 2011, p.29) e que o “eu” apenas

⁴O artigo 1º do Estatuto do Idoso, caracteriza como idosa a pessoa com 60 anos ou mais de idade.

subsistirá se houver a aceitação e percepção dos valores do “outro”. Dessa maneira, o cuidado como um valor jurídico nasce da preocupação e envolvimento com o outro, garantindo que desde seu nascimento até a sua morte o indivíduo esteja inserido em um ambiente solidário.

Nessa linha de pensamento, percebe-se que os preceitos de uma ética do cuidado buscam viabilizar uma convivência solidária em que haja a responsabilidade com o outro, visando diminuir as desigualdades e os sentimentos de insegurança e abandono. Afirma Maria Izabel Oliveira Szpacenkopf (2009, p. 149): “É pela responsabilidade com o outro que eu posso ter acesso à condição de sujeito num sentido ético. [...] É no sentido ético que eu faço meu papel, sem a preocupação da reciprocidade”. Nesse caso, a alteridade, a responsabilidade e o reconhecimento que formam a Ética do Cuidado servem como vetor para a viabilização da dignidade.

Nesse sentido, ao analisar o Estatuto do Idoso sob a ótica da Ética do Cuidado se constata que as medidas de garantia e proteção de direitos da população idosa, previstas em seu texto estão intimamente ligadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, a Ética do Cuidado surge como um vetor para viabilizar a dignidade.

Já no artigo 2º é possível perceber a inserção desses preceitos ao instituir a preservação da saúde física e mental do idoso, bem como seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. O artigo 3º também reforça a ideia da preservação dos direitos inerentes à pessoa, ressaltando a dignidade.

A proteção a dignidade do idoso está presente ainda nos artigos 9º, 10º §3º e 49, inciso VI, que versa sobre a proteção da dignidade do idoso inserido em instituições de longa permanência. É importante ressaltar que a preocupação com a preservação da dignidade para as pessoas idosas é em decorrência de serem pessoas

em situações de vulnerabilidade, ou seja, não reúne condições iguais à dos adultos e jovens.

No que se refere ao cuidado com a população idosa, vale ressaltar que, erroneamente, o idoso é reconhecido por suas decadências tanto física, como mental e por sua condição de dependência com os mais novos nas questões financeiras e do dia a dia. A sociedade enxerga o idoso como alguém incapaz, fato que faz com que as famílias, por falta de preparo e desconhecimento das políticas de auxílio ao idoso, ou por não quererem prestar assistência abandonam o idoso para que viva sozinho ou “depositam” em uma instituição de longa permanência.

Acerca das ILPI's, regulamentadas pelo Capítulo II do Título IV do Estatuto do Idoso, são definidas como entidades governamentais ou não-governamentais de assistência ao idoso com caráter residencial para pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, com aparato familiar ou não e visando promover condições de dignidade, liberdade e convivência social e familiar.

No artigo 49 são definidos os princípios que as ILPI's deverão adotar, ressaltando entre a preservação dos vínculos familiares, observância dos direitos e garantias dos idosos e preservação da identidade do idoso e oferecimento de ambiente de respeito e dignidade. Como já referido acima, os princípios que regem tais instituições são fundados na ótica da alteridade e da Ética do Cuidado, uma vez que sustentam o reconhecimento da identidade do idoso, de suas limitações e necessidades e principalmente a garantia de dignidade.

Contudo, apesar de todos os mecanismos de proteção dos direitos do idoso institucionalizado, há a ocorrência da violação de direitos, ressaltando o abandono por parte dos familiares sendo necessária a intervenção do Ministério Público para intermediar as relações entre o idoso e seus familiares.

3 A ocorrência do abandono afetivo dos idosos em instituições de longa permanência e a possibilidade de indenização.

Considerando o exposto nos capítulos anteriores, demonstra-se que a relação familiar entre um idoso institucionalizado e a sua família, quando considerada uma situação de abandono afetivo, é passível de indenização, uma vez que já está previsto no Estatuto do Idoso a intervenção do Ministério Público, a fim de que o idoso institucionalizado não esteja desamparado na ILPI, e não seja excluído do convívio familiar.

Ocorre que, como já reconhecido pelo STJ, o abandono afetivo de pais com seus filhos, em que na relação não houve a constituição do afeto e em decorrência disso ocorreram danos em seu desenvolvimento e portanto, o abandono afetivo se torna passível de indenização. Diferentemente, a relação entre os pais idosos e os filhos em que há a desconstituição do afeto, ou seja, quando o idoso já institucionalizado deixa de ter o convívio familiar por negligência ou, simplesmente, pela falta de vontade dos filhos em manter o vínculo, não é reconhecida, ainda, pelos tribunais, porém, usando como analogia o Recurso Especial nº 1.159.242 e o precedente por ele formado, confere-se que igualmente há dano para o idoso que é abandonado afetivamente.

Em uma pesquisa realizada por Vanessa Nascimento (2013, p.63), na cidade de Passo Fundo – RS, foi possível constatar que os casos de abandono afetivo nas ILPI's localizadas no município não são frequentes, mas não deixam de existir, conforme relata:

A questão vinte, demonstrada no Apêndice B, era claramente sobre o objeto da pesquisa, ou seja, a existência ou não de abandono do idoso por parte da sua família. Nas quatorze instituições pesquisadas houve um resultado surpreendente, uma vez que em metade das instituições não foi relatado nenhum caso de abandono e nas demais, pelo menos um caso de abandono foi relatado. Verifica-se que pelo número de idosos acolhidos nas instituições de longa permanência, **a quantidade de abandono não é**

significativa, uma vez que apenas nove casos foram relatados pelos entrevistados e, na instituição n. 13, a quantidade não pode ser computada para a pesquisa uma vez que, a mesma consta como receptora de idosos mas sua realidade é diferenciada pois é instituição de terapia para portadores de doença mental.

Apesar dos casos de abandono na cidade de Passo Fundo não serem recorrentes não se pode negar a existências desses, pois casos semelhantes poderão ocorrer no futuro, bem como poderão aumentar a quantidade. Ainda, vale ressaltar que apenas uma cidade foi analisada, não excluindo que nos demais municípios brasileiros a ocorrência de abandono afetivo de idosos nas ILPI's poderão se apresentar em maior quantidade de casos.

Nesse sentido, tendo em vista que o Estatuto do Idoso visa proteger a dignidade humana na velhice, sendo as Instituições de Longa Permanência um veículo para assegurá-la aos idosos que não possuem estrutura familiar ou financeira para garantir a qualidade de vida e a assistência quanto a saúde física e mental, àqueles que usam as ILPI's como maneira de se isentar da responsabilidade e cuidado com seu familiar incorrem numa situação de abandono afetivo.

O chamado abandono afetivo inverso, ou seja, aquele que ocorre dos filhos com os genitores, tem como consequência o sentimento de tristeza, perdas à autoestima do idoso e consequências na vida sócia (ARMELIN, 2014, p.211). Segundo relata Nascimento (2013, p.62), em algumas instituições, os idosos que não recebiam visitas ficavam com “ciúmes”, chateados e em alguns casos ficavam até sem vontade de se alimentar.

É visível que há um dano decorrente da situação de abandono pelos familiares, de maneira que como dispõe o Código Civil Brasileiro no artigo 186, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Ainda o artigo 927 do mesmo código obriga aquele que causar dano a indenizar.

Apesar de se tratar de um dano visível e de uma violação a dignidade do idoso, ainda assim a legislação e doutrina brasileira não adota nenhuma medida protetiva para aquele que sofre com o abandono afetivo inverso. Em entrevista para o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família – Jones Figueiredo discorre sobre a inserção desse dano no ordenamento jurídico brasileiro (IBDFAM, 2013):

IBDFAM - Na sua avaliação deveria existir uma lei para regulamentar a matéria?

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

Por esse motivo, e a fim de preencher a falta de definição do abandono afetivo inverso como ato ilícito, infere-se que para haver a devida reparação do dano sofrido pelos idosos deverá haver a responsabilização civil da família causadora do dano, uma vez que não havendo lei específica para a matéria, poderá haver a interpretação pela via dos princípios que regem responsabilidade civil, em razão de se tratar de dano similar ao dano moral.

Conclusão

O reconhecimento da afetividade como princípio jurídico trouxe diversas mudanças nas percepções sobre o Direito de Família, sendo a mais importante dentre delas a possibilidade da indenização quando ocorre o abandono afetivo. Porém, tal reconhecimento apenas abarcou o abandono do(s) pai(s) em relação

ao filho, estando desamparado, até o presente momento, o abandono do filho em relação ao(s) pai(s) já idoso.

O Estatuto do Idoso trouxe diversas medidas protetivas da dignidade do idoso, sendo ressaltada a proteção da manutenção da convivência familiar e a possibilidade de institucionalização de idosos em Instituições de Longa Permanência, essas contanto com garantias de saúde física e mental, dignidade, liberdade e melhor convívio social e familiar. Relacionando tais medidas com os princípios da Ética do Cuidado, que busca o reconhecimento do outro em sua condição, é possível perceber que a Ética do Cuidado está inserida no Estatuto de forma que se relaciona com a proteção da dignidade do idoso, reconhecendo suas vulnerabilidades e necessidades especiais.

Desse modo, relacionando o princípio da afetividade com as garantias trazidas pelo Estatuto do Idoso, infere-se que do mesmo modo que indeniza-se a criança pelo dano sofrido a partir do abandono afetivo pelo seu genitor, pode-se indenizar o idoso institucionalizado pelo abandono afetivo sofrido, uma vez que, se há medidas a fim de garantir a proteção da dignidade do idoso, e sendo que o abandono causa danos na esfera psicológica, com acima exposto, a indenização por abandono afetivo deve ser reconhecida de modo que garanta uma melhor proteção da dignidade do idoso institucionalizado, seja feita através dos princípios da responsabilidade civil ou pelo princípio da afetividade.

Por esse motivo, confirma-se a hipótese de pesquisa ao demonstrar como o princípio da afetividade pode ser aplicado de maneira inversa, nas relações de filho com os pais, a fim de garantir a dignidade da pessoa idosa, principalmente nos casos de idosos abandonados em ILPI's.

Referências

ARMELIN, Priscila Kutne; BORIN, Roseli. Abandono afetivo do idoso e a responsabilização civil por dano moral. **Revista Argumenta Journal Law**. N^o 20, 2014. p. 211. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/448>>. Acessado em 08.11.2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 19.11.2017.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 19.11.2017.

BRASIL. **Lei 10.741, de 1^o de outubro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 19.11.2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 3^o Turma, **REsp 1.159.242/SP**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família e sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 5.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DOLCE, Fernando Graciani. Abandono Afetivo e o Dever de Indenizar. **RJLB**, Ano 2 (2016), no 1. Disponível em <www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0093_0110.pdf> Acesso em: 19.11.2017.

IBDFAM. **Abandono afetivo pode gerar indenização**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 19.11.2017.

KROHLING, Aloísio. **A ética da alteridade e da responsabilidade**. Curitiba (PR), Editora Juruá, 2011.

NASCIMENTO, Vanessa. **A realidade dos idosos e (in) existência de abandono afetivo nas Instituições de Longa Permanência para idosos do município de Passo Fundo** [trabalho de conclusão de curso]. Faculdade Meridional – IMED. Passo Fundo, 2013.

PLASTINO, Carlos Alberto. A dimensão constitutiva do cuidar. In: **Por uma ética do cuidado**. Organização Marisa Schargel Maia, Alexandre da Costa Silva [et al.]. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

PORTAL BRASIL. **Em 10 anos, cresce número de idosos no Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/12/em-10-anos-cresce-numero-de-idosos-no-brasil>> Acesso em: 19.11.2017

SZPACENKOPF, Maria Izabel Oliveira. Igualdade e reconhecimento: premissas para uma ética do cuidado. In: **Por uma ética do cuidado**. Organização Marisa Schargel Maia, Alexandre da Costa Silva [et al.]. Rio de Janeiro, Garamond, 2009.