



FACULDADES INTEGRADAS DE PONTA PORÃ – FIP/MAGSUL
DIREITO

INTERJURIS

Edição 8
Jan./jun. 2019

Ponta Porã - MS
2019

SUMÁRIO

ARTIGOS

O INSTITUTO JURÍDICO DA RENÚNCIA À HERANÇA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA FISCAL.....

Cleberon Soares da Silva

Gianete Paola Butarelli

DO TRATAMENTO ATRIBUÍDO AOS ANIMAIS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A FIGURA DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL.....

Samira Paola Butarelli

Filipe Alexandre Bloch

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL COMO EXTERIORIZAÇÃO DA GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA

Sara Antonia Amarilha Saracho

Vivian Lara Valdez de Lima

Janaina Ohlweiler Milani

AS OCUPAÇÕES IRREGULARES NOS LOTES DO ASSENTAMENTO ITAMARATI: UMA ANÁLISE JURÍDICA.....

Cristian Marcial

Gianete Paola Butarelli

ADOÇÃO TARDIA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA.....

Alexiani Winter Zeviani

Gianete Paola Butarelli

**A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTES QUÍMICOS
SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE HUMANA.....**

Kamila Ximenes Ortega

O INSTITUTO JURÍDICO DA RENÚNCIA À HERANÇA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA FISCAL

Cleberon Soares da Silva¹

Gianete Paola Butarelli²

RESUMO: O presente artigo, resultado de uma pesquisa mais ampla desenvolvida como trabalho de conclusão de curso, tem o objetivo de analisar os institutos sucessórios denominados de Renúncia Translativa e Renúncia Abdicativa, sob o viés dos efeitos tributários decorrentes de cada modalidade. Para o desenvolvimento da temática partiu-se da hipótese de que em algumas situações o fisco estadual é prejudicado em virtude da desnecessidade de recolhimento do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação - ITCMD. Para alcançar o objetivo da pesquisa foram utilizadas técnicas de pesquisa empírica, que se efetivou por meio de entrevista com um representante do poder público envolvido com o tema em questão, além do aporte teórico fundamentado em uma revisão de literatura que abordou os principais autores da área. As conclusões apontaram para o fato de que a Renúncia Abdicativa tem sido utilizada para camuflar uma verdadeira Renúncia Translativa, com principal motivo de burlar o fisco estadual e não recolher o imposto devido, causando prejuízos aos cofres públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Sucessório, renúncia abdicativa, renúncia translativa, direito tributário.

¹ Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Ponta Porã – FIP. E-mail: cleberonsoares_dasilva@hotmail.com.

² Mestre em Desenvolvimento Regional e de Sistemas Produtivos, professora de Direito Civil na instituição Faculdades Integradas de Ponta Porã – FIP. E-mail: advbutarelli@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo se desenvolve a partir de uma abordagem interdisciplinar, com uma problemática que se inicia no direito das sucessões com ênfase no instituto da renúncia, mas também incorpora aspectos constitucionais, administrativos e tributários. A finalidade é analisar os institutos do direito sucessório denominados de Renúncia Translativa e Renúncia Abdicativa sob o viés dos efeitos tributários decorrentes do enquadramento em uma ou outra destas espécies, partindo-se da hipótese de que em algumas situações o fisco estadual é prejudicado em virtude da não exigência de recolhimento do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCD.

Em outras palavras, a pesquisa centrou-se em analisar a renúncia translativa travestida de renúncia abdicativa como uma nova modalidade de sonegação fiscal, já que é possível encontrar a presença de renúncia translativa nos casos em que houver, no caso concreto, viabilidade de identificar o beneficiário do ato efetivado pelos renunciantes. É comum a ocorrência, em processos de inventário, da renúncia por parte de todos os herdeiros em favor do monte mor, sendo que somente um destes não renuncia, ocasião na qual é possível identificar que este será o único favorecido das renúncias efetivadas.

Na renúncia translativa é devido o recolhimento do ITCD sobre a doação operacionalizada, sendo que tal imposto é de competência estadual, cabendo ao estado calcular o valor devido ao fisco. O destinatário do ITCD, em virtude da inteligência extraída do art. 155, I, da Constituição da República Federativa do Brasil e art. 2º, I, b do Código Tributário Estadual diz respeito aos estados membros e Distrito Federal e, na problemática em discussão, o estado de Mato Grosso do Sul.

Tecidas estas considerações, indaga-se como questão de pesquisa: quando verificada no caso concreto a existência de renúncia abdicativa com essência de renúncia translativa é possível encontrar uma forma de afastar eventual prejuízo ao fisco?

A escolha do tema justifica-se pelo fato de que em alguns processos de inventários e arrolamentos a renúncia abdicativa operacionalizada pelos herdeiros configura, prima facie, uma forma de burlar o fisco estadual deixando de recolher o ITCD incidente sobre

a renúncia translativa. Em muitos casos todos os herdeiros renunciam sua parte na herança e alegam que tal renúncia é em favor do monte, sendo que somente um destes não renuncia, muitas vezes o cônjuge supérstite. Entretanto, o único beneficiário será o herdeiro não renunciante, ou seja, torna-se possível determinar qual será o beneficiário das renúncias feitas, o que configura uma sonegação fiscal ocasionando prejuízo ao erário público estadual.

Para responder à questão anteriormente exposta, em um enfoque geral, a pesquisa buscou analisar as renúncias translativa e abdicativa e verificar se seria possível encontrar uma forma de afastar o prejuízo acarretado ao fisco estadual nos casos em que os herdeiros valem-se da renúncia abdicativa com essência de renúncia translativa para não recolher o ITCD incidente nos casos de renúncia translativa.

Para a consecução da pesquisa foi eleito o método de pesquisa bibliográfico, com o levantamento de material teórico que solidificou os estudos e análises de conceitos jurídicos e tendências jurisprudenciais. Nesse sentido, Severino (2007) expõe que a pesquisa bibliográfica se procede através de escritos advindos de pesquisas precedentes, em documentos como livros, teses e artigos.

Para Severino (2007), quando o pesquisador se vale do método bibliográfico de pesquisa estará trabalhando de acordo com o que os autores dos livros contribuem. Portanto, extrai-se que em tal método de pesquisa o pesquisador não irá simplesmente transcrever o que foi escrito sobre determinado assunto, mas sim, valer-se de tal entendimento para analisar a questão através de uma perspectiva diferente, ensejando uma conclusão, que pode ser nova ou não.

Ademais, com o intuito de trazer ao trabalho uma tradução do aspecto prático do tema, foi levado a efeito um levantamento através de uma entrevista com autoridades que vivenciam os fatos que ensejaram o desenvolvimento do presente trabalho. Nesse sentido Gil (2002) dispõe que as coletas de dados nos levantamentos ocorrem através de três técnicas, quais sejam, questionário, entrevista e formulário. Considerando as necessidades decorrentes da problemática que se escolheu abordar, foi definida no presente trabalho a utilização da técnica de entrevista.

Conceituando a entrevista, Gil (2002) afirma que nesse caso duas pessoas posicionam-se frente a frente, sendo que uma delas ela-

bora alguns questionamentos à outra para que esta responda. No presente caso a ideia principal foi a de que a entrevista fosse feita com os representantes dos órgãos que, em tese, atuam em lados opostos em ações que envolvam a questão em debate. Um dos entrevistados foi o Procurador do Estado lotado na Procuradoria Regional de Ponta Porã, pois este desempenha o papel de fiscal nos processos em que deve ser recolhido o ITCMD.

Outrossim, para conceituar os institutos que serão analisados, bem como chegar a conclusão e conseqüente resposta ao questionamento feito anteriormente será operacionalizada a revisão de obras de autores como Dias (2013), Lôbo (2016), Rodrigues (2003), dentre outras citadas no decorrer do trabalho.

Para melhor atender aos objetivos da pesquisa, o presente artigo foi estruturado em três seções, além desta introdução e das considerações finais. A seção 1 caracterizou os institutos basilares do tema em questão, que são as espécies de renúncia. A renúncia translativa e a renúncia abdicativa são apresentadas a partir das disposições de Gonçalves (2012), Lôbo (2016), Dias (2013), Gomes (2012), Rodrigues (2003), Diniz (2012), Venosa (2010), Tartuce (2017), Pereira (2014) e Amorim (1997). A seção 2 apresenta processos judiciais em que há a presença da renúncia abdicativa, e como suporte teórico foram utilizados autores como Martins (2009), Sabbag (2014), Canotilho (2013), Melo (2010), Venosa (2010), Castro (2016).

Finalmente, a partir de todo o subsídio fornecido pelas pesquisas realizadas durante a elaboração das seções precedentes, o seção 3 dedicou-se a verificar a possibilidade jurídica de se afastar o prejuízo sofrido pelo fisco, bem como as formas pelas quais isso poderia ser feito.

1 O INSTITUTO DA RENÚNCIA NO DIREITO DAS SUCESSÕES: ASPECTOS JURÍDICOS

O direito das sucessões é o ramo do direito civil que visa disciplinar as formas de transmissão dos bens de determinada pessoa, após seu falecimento. Dentro deste instituto o direito civil traz a possibilidade de renúncia à herança, no caso de o herdeiro não ter interesse em receber a mesma.

De acordo com Gonçalves (2012, p. 100), “A renúncia a herança é negócio jurídico unilateral, pelo qual o herdeiro manifesta a intenção de se demitir dessa qualidade”. O herdeiro que, sendo capaz, por algum motivo não tenha interesse em aceitar os bens deixados pelos seus ascendentes ou por alguém que o tenha instituído como beneficiário de herança, pode valer-se da renúncia para expor essa vontade, sendo que esta decisão independe de qualquer autorização ou aquiescência dos demais herdeiros, justificando assim a necessidade de o agente ser capaz.

Adotado pela sistemática sucessória brasileira, o princípio de *saisine* informa que a herança se transmite aos herdeiros, automaticamente, com a abertura da sucessão, ou seja, com a morte. Segundo Dias (2013), o princípio de *saisine* configura a transmissão instantânea do acervo patrimonial deixado pelo falecido aos seus herdeiros com a abertura da sucessão. Nesse sentido, só pode ser objeto de renegação o direito já existente, no caso, o adquirido pela *saisine*, e que faça parte do patrimônio do renunciante.

De acordo com Gomes (2012, p. 25), a renúncia “não pode ser feita antes da abertura da sucessão, pois implicaria pacto sucessório, legalmente proibido”. Logo, após a abertura da sucessão, os herdeiros capazes já podem expressar seu desejo de renegar a herança, sendo que para tanto devem seguir algumas regras quanto às formas previstas no Código Civil que serão abordadas no presente trabalho.

O herdeiro que pretende renegar seu quinhão na herança não precisa de concordância, e existindo o interesse em não receber a herança deve simplesmente manifestá-lo, sem necessitar de qualquer permissivo por parte dos outros herdeiros ou até mesmo do magistrado no caso da questão já estar judicializada.

A renúncia pode ser feita de duas formas, conforme preceitua o artigo 1.806 do Código Civil: por instrumento público ou termo judicial. O primeiro refere-se à escritura pública e o segundo ocorre através de uma simples lavratura de termo judicial onde o herdeiro renunciante comparece perante o cartório judicial e assina. Segundo Gonçalves (2012, p.103) a renúncia não necessita de homologação judicial para ter validade:

Efetivamente, não vincula a lei, em nenhum caso, o efeito da renúncia à sua homologação. Por essa razão, prevalece o entendimento de que essa declaração unilateral de vontade completa-se por si mesma e não depende de homologação judicial.

A renúncia que não respeitar a forma prescrita em lei será objeto de nulidade absoluta, devendo, portanto, sempre ser realizada por escritura pública ou termo judicial para que seja considerada válida.

Para Diniz (2012, p. 62) “a renúncia é irrevogável, pois, tratando-se de ato jurídico unilateral, ele se aperfeiçoa desde o momento da emissão solene da declaração de vontade, gerando, desde então, todos os efeitos dele decorrentes”. Portanto, após a realização do ato através de instrumento público ou termo judicial o sucessor deixará de ser considerado como tal, sendo que esse efeito retroagirá e entender-se-á como se o renunciante nunca tivesse sido considerado herdeiro.

Merecem atenção os efeitos causados para os descendentes do demitente. Lôbo (2016) afirma que a renúncia tem consequências drásticas, já que neste caso os filhos/herdeiros do renunciante não podem receber o objeto da renúncia, pelo fato de o desistente ser considerado como se nunca tivesse sido herdeiro, diferente dos casos em que ocorre o falecimento do beneficiário, hipóteses em que seus herdeiros recebem sua cota parte por representação.

Quanto as modalidades de renúncia, o direito civil brasileiro sustenta a existência de duas espécies, a abdicativa ou propriamente dita e a translativa também chamada de cessão. Com relação à renúncia abdicativa Gonçalves (2012, p. 103) explana que a mesma se dá:

(...) quando o herdeiro a manifesta sem ter praticado qualquer ato que exprima aceitação, logo ao se iniciar o inventário ou mesmo antes, e mais: quando é pura e simples, isto é, em benefício do monte, sem indicação de qualquer favorecido.

Tem-se então que a Renúncia Abdicativa se caracteriza pelo fato de ser operacionalizada em favor do monte mor, ou seja, não há um destinatário definido de maneira específica que usufruirá do quinhão do herdeiro que renegou.

Gomes (2012) afirma que na Renúncia Abdicativa não ocorre a transmissão da herança, o que impede o herdeiro de indicar a quem será destinado o seu quinhão. Chamam tal ato de renúncia propriamente dita, pois nesse caso não ocorre a aceitação da herança pelo herdeiro, sendo que na primeira oportunidade manifesta seu desejo de renegar a herança em favor da massa de bens.

Nesse sentido, Diniz (2012) esclarece que a renúncia ocorre quando o repúdio a herança é anunciado pelo beneficiário antes de ser considerado herdeiro e enquanto não agir como tal. Portanto, resta claro que o desejo de renegar deve estar presente e ser apresentado desde a primeira oportunidade que o descendente tiver, pois em determinados casos quando o herdeiro realiza alguns atos ocorre a aceitação da herança.

Como já abordado anteriormente, é na Renúncia Abdicativa que o herdeiro ficará de fora da sucessão. Isso porque, realizada a renegação por escritura ou termo judicial esta terá efeito *ex tunc* retroagindo até a data da abertura da sucessão, por isso o abdicador será considerado como se nunca tivesse sido herdeiro. Neste caso opera-se o princípio da *saisine* normalmente, ou seja, aberta a sucessão, a herança se transmitirá de pronto aos sucessores, mas como a renúncia propriamente dita possui efeito *ex tunc* deverá o desistente ser “esquecido” como herdeiro. De acordo com Lôbo (2016, p. 59):

A renúncia, em virtude da eficácia retroativa negativa, opera o apagamento da situação jurídica de herdeiro ou de legatário, como se o renunciante nunca tivesse sido. Tem-se de considerar o beneficiado como se nunca tivesse existido, por força dessa ficção jurídica de resultados práticos, que apaga os efeitos de outra ficção jurídica, a *saisine*.

A segunda espécie de renúncia é conhecida por Renúncia Translativa e embora muitos doutrinadores afirmem que esta espécie

não deve ser considerada renúncia mas sim cessão, no presente trabalho foi definido como norteador o primeiro termo, por expressar a ideia que se pretende apresentar.

Diferentemente da Renúncia Abdicativa, na qual o herdeiro renega o direito que tem na herança sem sequer aceita-la, na Renúncia Translativa há uma prévia aceitação por parte do herdeiro, de maneira expressa ou tácita, e conseqüentemente ocorre a cessão dos direitos hereditários de maneira gratuita ou onerosa. Esclarece-se que o presente trabalho terá como foco somente a cessão gratuita, também chamada de doação.

Como é cediço, a herança é uma massa de bens e mesmo que tais bens que a formam ainda não tenham sido objeto de partilha, ou seja, mesmo que não exista a individualização do quinhão de cada herdeiro é possível sua transferência por ato *inter vivos*.

Para Gonçalves (2012, p. 104) “o herdeiro que renuncia em favor de determinada pessoa, citada nominalmente, está praticando dupla ação: aceitando tacitamente a herança e, em seguida, doando-a”. Portanto, na Renúncia Translativa o quinhão cedido é destinado a uma pessoa específica, ou seja, há a determinação de quem vai receber o quinhão.

Na Renúncia Translativa é necessária a aceitação da herança por parte do herdeiro, sendo que ações como a habilitação no processo de inventário e manifestação sobre os atos realizados neste implicam na aceitação tácita. Venosa (2006) afirma que para ocorrer a renúncia chamada translativa é necessária a aceitação da herança e posterior transferência, já que não pode ser objeto de transferência o que ainda não foi aceito, pois ainda não foi adquirido. Nesse sentido, de acordo com Tartuce (2017, p. 62):

Na renúncia translativa deve constar a menção clara de quem seja o beneficiado. Além disso, há necessidade do ato de adição, confirmação ou aceitação da herança por parte do renunciante, não pairando dúvidas quanto à legitimação para o ato de transmissão.

Na Renúncia Translativa é regra que o donatário seja pessoa determinada e que a cessão gratuita seja precedida de aceitação da

herança que pode ocorrer tacitamente, através de atos no próprio processo de inventário, como a manifestação acerca das primeiras declarações, por exemplo.

Com relação às formas de realização da Renúncia Translativa persiste a regra geral na qual, segundo Gonçalves (2012), é possível a realização da renúncia em favor de pessoa específica mediante termo judicial. Portanto, permanece a regra de realização por escritura pública e termo nos autos de inventários e arrolamentos.

Sobre as diferenças entre as duas espécies de renúncia à herança, Pereira (2014, p. 52) esclarece:

(...) ao propósito, costuma-se distinguir da renúncia abdicativa a chamada renúncia translativa, que implica a transmissão a determinada pessoa, designada pelo renunciante. A primeira (abdicativa) é verdadeira renúncia, ao passo que a segunda (translativa ou translática) envolve duas declarações de vontade, importando em aceitação e alienação simultânea ao favorecido. Daí dizer-se que é renúncia de nome, mas em verdade é aceitação.

A primeira diferença ocorre quanto à aceitação da herança, pois na Renúncia Abdicativa não é necessária prévia aceitação, já na Translativa ocorre a aceitação e, por conseguinte, o beneficiário efetiva a renúncia. Logo, em uma há a necessidade de aceitação e na outra não.

Seguindo o debate acerca das diferenças entre os dois institutos, Lôbo (2016, p. 60) diz que “a renúncia abdicativa é a rejeição pura e simples da herança. A renúncia translativa ocorreria quando o herdeiro renunciasse a favor de determinada pessoa”. Tem-se então que na renúncia translativa ocorre a indicação de quem será beneficiado com a renúncia, ou seja, existe pessoa determinada pelo renunciante que irá receber o quinhão deste último.

Com relação à Abdicativa não há indicação do beneficiário. Diniz (2012) considera que se ocorrer a cessão em favor dos demais herdeiros ou em benefício do monte, sendo gratuita, pura e simples, é renúncia. Resta, portanto, evidenciada mais uma diferença entre as duas, pois uma exige que seja determinado o donatário e a outra deve ser em favor do monte.

E para identificar a terceira e última diferença é necessário adentrar na esfera tributária, uma vez que o Direito das Sucessões, por tratar da transmissão da herança, atrai a incidência do ITCMD. Com relação a esse fato Dias (2013, p. 203) esclarece que:

(...) a renúncia, no melhor sentido técnico-jurídico, é negócio unilateral, tratando-se de uma demissão do direito: é sempre abdicativa. A chamada renúncia translativa ou in favore(feita em favor de alguém) verdadeira renúncia não é, mas cessão de direito hereditário (CC 1.793), em que há, inclusive incidência de imposto de transmissão inter vivos. Na renúncia propriamente dita não incide tal imposto, pela simples razão de não existir uma transmissão a determinada pessoa (...)

Na Renúncia Abdicativa não há incidência do imposto sobre a doação, pelo fato de não haver ocorrido a transmissão da herança, mas na Renúncia Translativa a cobrança é feita, pois existe a definição da pessoa a ser beneficiada.

Amorim e Oliveira (1997) afirmam que se restar caracterizada Renúncia Translativa incidirá perante tal transferência o imposto de transmissão *inter vivos*. Essa diferença é a mais importante dentre todas as que foram tratadas, pois envolve dispêndio financeiro por parte dos interessados, além de gerar muitas discussões.

Se a renúncia for realizada sob a forma abdicativa, a legislação pátria entende ser incabível a incidência do ITCMD. Doutra vertente, se ela se operar de maneira translativa, deve ser recolhido o imposto. Segundo Amorim e Oliveira (2006, p. 404):

Não incide o imposto causa mortis em caso de renúncia pura e simples de herança ou legado, que se formaliza por escritura pública ou termo nos autos (CC/2002, art. 1.806). Por ser de cunho abdicativo, a renúncia não gera transmissão do bem ao herdeiro renunciante, razão de escapar ao correspondente tributo.

Percebe-se então que a terceira e última diferença entre as renúncias abdicativa e translativa é o fato de na primeira não ser devido o ITCID, ao contrário do que ocorre na segunda, quando deve incidir o imposto citado.

Deste modo, a Renúncia Translativa acontece quando o herdeiro renega seu quinhão em favor de pessoa específica, sendo que o herdeiro manifesta o desinteresse em receber sua cota parte, indicando desde já quem irá recebê-la. Nesta espécie de renúncia ocorre a aceitação da herança pelo herdeiro e, posteriormente, este a transmite por ato *inter vivos* ao beneficiário. Neste caso, deverá ser recolhido o imposto pela transmissão, sendo que o imposto em apreço é o ITCID.

Já a Renúncia Abdicativa se caracteriza pelo fato de não haver indicação de beneficiário, ou seja, o renunciante não especifica quem receberá a parte que está renunciando. Geralmente se opera em favor do monte mor, ou seja, não indica quem receberá a parte abdicada, sendo que o quinhão retorna à massa de bens e será partilhado pelos herdeiros não renunciantes.

Diferente da translativa, na Renúncia Abdicativa o renunciante sequer é considerado herdeiro, não havendo nenhuma aceitação da herança por parte do mesmo. Sobre este prisma é perceptível que na renúncia abdicativa o herdeiro que pretender renegar a herança não poderá praticar nenhum ato que caracterize a aceitação. Neste tipo de renúncia não há incidência do ITCID, sendo que em casos específicos o fisco Estadual acaba sofrendo prejuízos de ordem econômica, assunto que será objeto das próximas seções.

2 CONSEQUÊNCIAS DA RENÚNCIA TRANSLATIVA EM RELAÇÃO AO FISCO ESTADUAL

Identificar e compreender as consequências da Renúncia Translativa para o fisco estadual perpassa necessariamente no aprofundamento quanto ao ITCID, o que será feito nesta seção.

O imposto, no Brasil, é uma das espécies de tributo, sendo que as taxas e contribuições de melhoria também entram nesse grupo. Segundo Sabbag (2014, p. 417) “(...) o imposto se define como tributo não vinculado à atividade estatal, o que o torna atrelável à atividade do particular, ou seja, ao âmbito privado do contribuinte”.

A obrigação de recolher o imposto não nasce em virtude de uma prestação do Estado, assim como ocorre nas taxas ou na contribuição de melhoria na qual o Estado realiza a melhoria e com isso o contribuinte deve pagar a contribuição. Nos impostos inexistente essa necessidade de participação do Estado.

Logo, para que surja o dever de pagar o imposto, basta que o particular realize um fato gerador, podendo ser citado como exemplo a transmissão da herança com a morte, que faz nascer o dever de recolher o ITCD, ou até mesmo o fato de comprar um imóvel e ter que recolher o IPTU - Imposto Predial e Territorial Urbano, pois o simples fato de adquirir o bem traz consigo o dever de recolher o imposto, sem participação nenhuma do Estado.

Portanto, os impostos de competência dos estados devem ser alocados no custeio a despesas da sociedade em geral, destacando-se a saúde e a educação, áreas que necessitam, e muito, de investimentos, pela grande demanda e importância na formação e desenvolvimento de um país mais justo e solidário.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 155, inciso I, preconiza que os estados é que serão os destinatários das verbas recolhidas a título de ITCD, sendo que além de instituir tal imposto, deverá fixar a base de cálculo do tributo e a alíquota a ser aplicada, tudo através de Lei Estadual. Deste modo compreende-se que o ITCD é um imposto de competência estadual e tem como fato gerador a transmissão da herança pela morte e a transferência inter vivos.

Melo (2010, p. 505) afirma que “o fato gerador do imposto causa mortis dá-se com a transmissão da propriedade ou de quaisquer bens e direitos, e ocorre no momento do óbito”. Já no que se refere ao fato gerador do ITCD quando ocorre a doação, Martins (2009) preceitua que o fato gerador em tal hipótese se realiza no dia em que se opera a transferência dos bens.

Com relação a alíquota incidente no ITCD, Sabbag (2014) afirma que é livre a fixação pelos estados, devendo, apenas, respeitar o limite máximo de 8% imposto pelo Senado Federal através da Resolução n. 9/92. No estado de Mato Grosso do Sul a Lei n. 1.810/1997 através do art. 129, I e II aplica a alíquota de 6% nas transmissões causa mortis e de 3% nas doações, sendo que tal lei faz uma ressalva se acontecer de o Senado Federal diminuir o limite máximo de 8%.

Como especificado anteriormente, uma das diferenças entre a Renúncia Abdicativa e a Renúncia Translativa é o fato de, na primeira espécie, não haver cobrança do ITCD. Entretanto, existem casos em que os herdeiros se valem da Renúncia Abdicativa para beneficiar pessoa específica beneficiando-se da não exigência de recolhimento de tal imposto.

Nesse sentido é possível afirmar que em uma caso em que todos os filhos, renunciam em favor do monte, ou seja, abdicativamente, quando no mesmo inexistem coerdeiros, a verdadeira vontade ou objetivo é o de beneficiar a progenitora ou progenitor (cônjuge supérstite), conforme preceitua o art. 1.811 do Código Civil:

Art. 1.811. Ninguém pode suceder, representando herdeiro renunciante. Se, porém, ele for o único legítimo da sua classe, ou se todos os outros da mesma classe renunciarem a herança, poderão os filhos vir à sucessão, por direito próprio, e por cabeça.

É por esse motivo que se pode afirmar que em tais renúncias, quando todos os herdeiros renunciam em favor do monte, sendo que somente a genitora destes será agraciada, nada mais haverá do que doações mascaradas. Conforme já mencionado anteriormente, uma das características que diferenciavam as renúncias abdicativa e translativa era o fato de não ser conhecido o beneficiário na primeira e ser especificado este na segunda. No caso acima mencionado, é possível identificar o beneficiário da herança, restando claro que a progenitora é quem será agraciada com as doações.

Somente após a aceitação da herança é que o renunciante poderá transmitir os bens do espólio para pessoa específica. Do contrário, havendo a Renúncia Abdicativa o quinhão que caberia ao renunciante acresce à dos outros herdeiros que compõem a sua classe, assim como prevê o art. 1.810 do Código Civil:

Art. 1.810. Na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subsequente.

Possível afirmar que algumas vezes os herdeiros, ao se valerem da Renúncia Abdicativa, têm o desejo final de beneficiar pessoa particularizada/determinada, sendo que somente não faz constar tal vontade de maneira expressa para esquivar-se da tributação. Nessa análise é possível citar alguns casos ocorridos em processos judiciais, que permitem um aprofundamento analítico quanto a problemática da pesquisa.

O processo de nº 0002818-88.2009.8.12.0004 refere-se a um inventário em trâmite na 1ª Vara da Comarca de Amambai. Neste caso havia 04 (quatro) herdeiros filhos além da cônjuge supérstite, sendo que três dos quatro filhos renunciaram a seus quinhões na petição inicial alegando ser em favor do monte, e o único filho que não renunciou não o fez por ser incapaz, sendo a própria genitora a sua curadora. No decorrer do processo os três renunciantes juntaram termo particular no qual a renúncia era em favor de sua progenitora, porém, tal termo não era judicial. Instada a se manifestar a Procuradoria-Geral do Estado requereu o recolhimento do ITCD incidente sobre a doação e o Magistrado da causa indeferiu o pedido da Fazenda Estadual, o que fez com que esta interpusesse Agravo de Instrumento em face de tal decisão.

Os herdeiros foram intimados para apresentarem contraminuta ao Agravo, quando afirmaram que, embora tenha constado do documento juntado por eles que a renúncia era em favor de sua genitora, ou seja, translativa, isso só ocorreu porque elaboraram os termos de renúncia de maneira equivocada. No julgamento do Agravo de Instrumento, que foi cadastro sob o nº 1407325-46.2014.8.12.0000, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul reconheceu o dever de recolher o ITCD por parte dos agravados.

Em outro caso, nos autos nº 0000395-76.2010.8.12.0019 em trâmite na 1ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, após os herdeiros realizarem atos de aceitação da herança, como por exemplo impugnar as primeiras declarações apresentadas, trouxeram ao feito Escrituras Públicas renunciando seus direitos na herança. O rol de herdeiros era composto por 05 (cinco) filhos, e 04 (quatro) destes renunciaram aos seus respectivos quinhões sem especificar a pessoa beneficiada, mas ao final da manifestação requereram que 100% dos bens fossem adjudicados pelo único herdeiro que não renegou a herança.

No mesmo sentido há o caso do inventário nº 0801049-39.2014.8.12.0003 onde existem 09 (nove) herdeiros filhos, sendo que oito destes renunciaram em favor do monte-mor e pediram a adjudicação dos bens em favor do único herdeiro que não renunciou. Adiantaram-se em esclarecer nos autos que não havia que se falar em recolhimento do ITCD, em uma demonstração de que a intenção precípua era a de operacionalizar a doação a herdeiro específico, mas não fizeram somente para não recolher o ITCD.

Seguindo com a exposição de exemplos que comprovam a utilização da Renúncia Abdicativa em casos que a intenção é beneficiar pessoa específica, bem como burlar o fisco, é possível mencionar o processo nº 0803448-22.2016.8.12.0019 em que as duas herdeiras filhas renegaram a seus quinhões restando como única beneficiária a genitora destas e viúva meeira.

Nos casos citados é possível verificar quais são os beneficiários das renúncias, o que não coaduna com a Renúncia Abdicativa que ocorre somente quando existir um beneficiário indeterminado, ou seja, uma pluralidade de herdeiros. Venosa (2010, p. 20) afirma o seguinte:

O artigo 1805, § 2º equipara renúncia a cessão gratuita, pura e simples da herança aos demais co-herdeiros. Quem cede gratuitamente a herança nunca teve realmente a intenção de ser herdeiro: essa é a idéia que centraliza o dispositivo “Herança – Renúncia de todos os herdeiros – filhos, mediante escritura pública – controvérsia a partir de quem seria beneficiário da renúncia, a viúva ou os netos menores – Partilha decidida em favor dos netos – apelação, da qual foi homologada a desistência, em virtude de acordo – Renúncia à herança formulada pelos herdeiros filhos, na suposição de estarem beneficiando a viúva, do pai, em favor dos netos – caracterização de erro essencial quanto à causa final do ato, expressa como sua razão determinante (artigos 86 e 90 CC/16, vigente à época) – Renúncia à herança proveniente de erro era retratável, ouvidos todos os interessados (Código Civil/16, artigo 1590) – Ausência de prejuízo aos menores, vez que receberam a devida compensação no acordo da separação judicial de seus pais – Composição que

atende aos interesse de todos e põe fim ao conflito, com o que fica assegurada a paz social – recurso improvido” (TJSP-AP. Cível 431.029-4/5, 31-10-2006, 1º Câmara de Direito Privado – Rel. Dês. Paulo Eduardo Razuk).

Nota-se que nos casos citados a renúncia era efetivada por todos os herdeiros, com exceção de um, em favor do monte-mor, não existindo uma pluralidade herdeiros que partilhariam os quinhões renegados, descaracterizando a Renúncia Abdicativa.

A continuidade da reflexão exige, após a apresentação de dados empíricos, a compreensão da diferença entre elisão e evasão fiscal.

A elisão fiscal diz respeito ao planejamento tributário como mecanismo para diminuição do impacto fiscal no orçamento de determinada empresa, ou mesmo de pessoa física. Já a evasão fiscal representa uma conduta antijurídica direcionada à prática de ilícito tributário ou penal.

Huck (1997, p. 326/327) esclarece que “a evasão é sempre ilegal. A fuga do imposto devido, manifestada sob a forma de fraude, simulação ou embuste de qualquer natureza, sofre condenação em todos os sistemas jurídicos nacionais”. Com relação ao instituto, traz o seguinte:

Elisão, Elusão ou evasão lícita é a subtração ao tributo de manifestações de capacidade contributiva originalmente sujeitas a ele, mediante a utilização de atos lícitos, ainda que não congruentes com o objetivo da lei. Em essência, surge como uma forma jurídica alternativa, não prevista na lei tributária, de alcançar o mesmo resultado negocial originalmente previsto, sem o ônus do tributo.

Com efeito, nenhum óbice há na implementação da chamada elisão fiscal, pois como dito acima a elisão é a busca de alternativas jurídicas, planejamento, podendo ser dado o exemplo de uma empresa que decide mudar de Município pelo fato de a carga tributária ser mais vantajosa. O que deve ser rechaçado é a evasão fiscal, já que esta como citado anteriormente é a fuga do imposto.

No caso específico do estado de Mato Grosso do Sul, o valor arrecadado com o ITCD³ no período compreendido entre janeiro/2018 e outubro/2018 é da ordem de R\$ 123.491.265,39 (cento e vinte e três milhões quatrocentos e noventa e um mil duzentos e sessenta e cinco reais e trinta e nove centavos).

Considerando o quantum relacionado ao ITCD, não há como deixar de reconhecer o impacto que eventuais condutas antijurídicas travestidas de Renúncias Abdicativas possam causar ao erário estadual.

Segundo Castro (2016) o ITCD é um imposto com caráter eminentemente fiscal. Assim, dada a sua natureza, os valores arrecadados com o mesmo permitem ao agente político titular do Poder Executivo uma maior flexibilidade na aplicação do mesmo, podendo alocar seus valores em qualquer serviço de utilidade pública.

Logo, eventual ilícito tributário cujo desiderato esteja circunscrito a afastabilidade da incidência da norma tributária caracterizadora do ITCD resultará na diminuição do montante arrecadado pelo ente político estadual em imposto permissivo de alocação global para prestação de parcelas civilizatórias a população.

A materialização da Renúncia Abdicativa ilícita é de fácil consecução, bastando, para tal empreitada, que haja apenas um único “donatário” do acervo hereditário em quadro de múltiplos herdeiros. Além do impacto que já é vivenciado por situações como as descritas acima, descortina-se um cenário preocupante com relação a fatos geradores futuros de ITCD.

Note que segundo dados do IBGE⁴, de cada cinco famílias, apenas uma não tem filhos. Diante de tal conjuntura, de cada cinco fatos geradores de ITCD, quatro são passíveis de efetivação da renúncia abdicativa ilícita.

Existe, portanto, a possibilidade de redução de 80% do importe arrecadado a título de ITCD, o que, no caso de Mato Grosso do Sul poderia representar um impacto aproximado da ordem de R\$

³ Disponível em - <http://www.transparencia.ms.gov.br/#/ReceitaSimplificada> , com acesso em 03/10/2018

⁴ Disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/cresce-numero-de-familias-sem-filhos-no-brasil/> - com acesso em 03/10/2018.

98.793.012,31 (noventa e oito milhões setecentos e três mil doze reais e trinta e um centavos).

Vale ressaltar, que a proposta do presente trabalho não é a análise do prejuízo efetivo, mas, sim, a verificação do prejuízo em potencial, tudo isso considerando as limitações operacionais e orçamentárias para materialização de eventual análise do prejuízo efetivo.

3 ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA EMPÍRICA

No decorrer do presente trabalho restaram caracterizadas as formas de renúncias existentes no direito brasileiro, apresentando-se as diferenças que se fazem presentes entre os institutos e as implicações tributárias que elas trazem. Além disso, restou demonstrado que em alguns casos os herdeiros renegam a seus quinhões valendo-se da Renúncia Abdicativa, mas as características de tal ato remetem à Renúncia Translativa.

Com o objetivo de possibilitar uma visão multidimensional da temática, houve a necessidade de apresentar a perspectiva dos agentes públicos envolvidos nestes casos. Nesse sentido, aliada a técnica de pesquisa teórica, foi aplicada também a técnica de pesquisa empírica sob a forma de entrevista.

Para melhor esclarecer acerca do tema foi feita entrevista com o Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul atualmente em atividade na comarca de Ponta Porã – MS.

Houve menção a possibilidade de incidência do ITCD nas hipóteses de renúncia em que já foi praticado algum ato de aceitação, pois, como já abordado no presente trabalho, existem casos em que o herdeiro aceita a herança através de um ato, como por exemplo impugna as primeiras declarações, e, após, efetiva a renúncia da herança. Logo, nestes casos pode-se dizer que o ITCD deve ser cobrado, não podendo prevalecer a desnecessidade de recolhimento do tributo só por ter sido intitulada como Renúncia Abdicativa, pois houve a aceitação da herança e em sequência se operou a renúncia da herança, sendo que neste caso o autor do ato deve ser considerado herdeiro, em virtude da aceitação.

Com relação ao tema central desta pesquisa, a Renúncia Translativa travestida de Abdicativa, a resposta do interlocutor foi a seguinte:

“Esta é uma situação que se enquadra em uma zona cinzenta. Alguns vão dizer que se trata de planejamento tributário (elisão). Outra corrente dogmática entende que em situações deste jaez haverá, sim, a incidência tributária. A segunda corrente argumenta que o artigo 111 do Código Tributário Nacional estabelece que em situações como a descrita a interpretação deve ser literal. De igual modo, o art. 109 do CTN também positiva que os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários. Assim, ainda que a renúncia seja um conceito tratado pelo direito privado, os efeitos tributários da mesma são definidos pela ciência do Direito Tributário. Pois bem, o art. 116 do CNT preceitua que considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos, tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios. Então, quais seriam as circunstâncias materiais necessárias para a produção de efeitos na renúncia translativa? A aceitação e alienação “simultânea” ao favorecido. A aceitação não precisa ser expressa, bastando que reste configurada empiricamente. Assim, se todos os herdeiros “renunciam” em favor do monte, de forma simultânea, ainda que não indiquem o favorecido, mas, se, em virtude da renúncia, restar um único favorecido (circunstâncias materiais), então, estamos diante de típica renúncia translativa.”

Deve se destacar que a fala do Procurador do Estado corrobora a hipótese trabalhada no presente trabalho, sendo que além do conhecimento teórico trazido através dos dispositivos legais por ele mencionado, é possível notar que há forte influência das experiências por ele vivenciadas.

Com relação aos impactos decorrentes da manobra quanto a não incidência do ITCMD, o interlocutor apresentou a seguinte resposta:

A ausência de regulamentação específica acarreta, processualmente, impactos na celeridade processual. Diante de uma situação como a descrita anteriormente, caso o juízo entenda que não há se falar em incidência tributária, o Estado impugna referida decisão, interpondo recurso de agravo de instrumento, caso em que o processo acaba se prolongando por um tempo maior que o previsto, gerando, ainda, efeitos de ordem financeira, já que o próprio pagamento do tributo (espécie imposto) acaba sendo postergado, afetando, também (efeito econômico) a liquidez do próprio ente tributante, isto porque, durante a tramitação do inventário, o Estado fica sem a disponibilidade dos recursos que o fato gerador específico origina.

É sabido que não existe um entendimento jurisprudencial definido acerca do assunto debatido, mas mesmo assim é necessário trazer alguns julgados para demonstrar a atual situação do tema nas cortes superiores, existindo posicionamento nos dois sentidos.

De início, cita-se um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual restou detectada a existência de renúncia translativa travestida de renúncia abdicativa:

IMPOSTO DE TRANSMISSÃO. CAUSA MORTIS E DOAÇÃO (ITCMD) DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS. JUÍZO A QUO QUE DETERMINOU O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO POR CONTA DA RENÚNCIA DOS HERDEIROS AOS SEUS QUINHÕES EM FAVOR DA VIÚVA-MEEIRA. Decisório que merece subsistir. Hipótese em que ficou delineada renúncia translativa, e não simplesmente abdicativa, incidindo efetivamente o tributo em causa. Viúva-meeira que irá receber in casu a totalidade dos bens em virtude da renúncia in favorem, produzindo tal manifestação de vontade dos her-

deiros efeito transmissivo de autêntica doação, que representa fato gerador do itcmd. Agravo não provido. "A renúncia pode ser translativa ou abdicativa; diz-se translativa quando o herdeiro pratica o ato do recebimento, mas transfere seu direito, constituindo verdadeira doação, tal é o caso de renúncia em benefício de determinada pessoa. Essa modalidade gera tributos; a abdicativa é, simplesmente, a renúncia do direito." (Bol. JUBI 99/04) (TJSP; AI 322.407-4/0; Décima Câmara de Direito Privado; Amparo; Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti; Julg. 02/03/2004)

No julgado acima os magistrados conseguiram identificar a tentativa de simulação, pois restou reconhecido pelo Tribunal que não se tratava de renúncia abdicativa, pois a meeira é quem ficaria com o total dos bens renunciados pelos seus filhos, não se configurando a renúncia abdicativa, sendo que fora determinado o recolhimento do ITCD.

Vale ressaltar, que o julgado citado é análogo ao ocorrido no processo n. 0803448-22.2016.8.12.0019, já mencionado no decorrer do presente trabalho, pois as herdeiras filhas renunciaram em favor do monte, mas a totalidade dos bens ficou para a meeira, sendo que infelizmente não foi determinado o recolhimento do ITCD por ausência de previsão legal, mesmo as circunstâncias fáticas atraindo a necessidade de recolhimento.

Ademais, no Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça se deparou com um caso em que o herdeiro, após realizar atos de aceitação da herança manifestou o desejo de renunciá-la em favor de monte:

AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACEITAÇÃO TÁCITA DA HERANÇA E POSTERIOR RENÚNCIA EM FAVOR DO MONTE. NATUREZA DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO RESPECTIVO.

Tratam os autos de Agravo Inominado interposto contra a decisão monocrática desta Des. Relatora que, com base no art. 557, *caput*, do CPC, negou seguimento ao recurso de agravo de instrumento interposto

pela ora Agravante, que se insurgia contra decisão que reconheceu que a renúncia ao monte partível manifestada nos autos não é abdicativa, mas sim translativa, pelo que deverá incidir o imposto devido (ITD).

A decisão recorrida foi proferida com justo e perfeito amparo no art.557 do CPC, restando claro que logrou apontar com ampla suficiência todos os fundamentos que levaram à negativa de seguimento do recurso interposto pela ora recorrente.

Considerando a irrevogabilidade do ato de aceitação da herança (art.1.812 do Código Civil), se o herdeiro que inicialmente a aceitou (ainda que tacitamente) se desfaz, quatros anos após, do seu quinhão em favor do monte, beneficia os co-herdeiros, o que configura cessão de direito hereditários, fato gerador do tributo respectivo. Decisão que se mantém. RECURSO DESPROVIDO

Assim como foi tratado nas seções anteriores, muitos herdeiros aceitam tacitamente a herança e posteriormente tentam renunciar a herança abdicativamente só para não recolher o ITCMD, porém, trata-se de renúncia translativa, em virtude da irrenunciabilidade da aceitação da herança.

Os julgados estão de acordo com a hipótese de pesquisa definida no início do trabalho, sendo que é sabido que a maioria da jurisprudência não segue os mesmos ditames utilizados nos julgamentos mencionados, porém é necessário demonstrar que, mesmo de maneira acanhada, o assunto vem sendo tratado nos tribunais, sendo o início de um debate que pode significar um reelaboração do entendimento jurisprudencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da presente pesquisa possibilitou compreender a relevância do assunto, pelo fato de que na grande maioria dos processos judiciais ou extrajudiciais que versam sobre inventário, a renúncia, seja ela abdicativa ou translativa, se operacionaliza de maneira cotidiana.

Deste modo este estudo possibilitou uma análise na legislação e constatou a existência de algumas lacunas que, aliadas a determinadas circunstâncias fáticas, acarretam prejuízos ao erário estadual. Outrossim, objetivando melhor elucidar as circunstâncias que envolvem a “falsa” ideia de Renúncia Abdicativa, se implementou uma pesquisa empírica para obter dados mais consistentes sobre a forma que tais prejuízos se manifestam e como reconhecer a existência da Renúncia Translativa travestida de Renúncia Abdicativa.

Ao longo do estudo coube ainda demonstrar o prejuízo causado ao fisco estadual já que deixa de arrecadar em virtude da manobra tributaria, para ao final buscar uma forma de minimizar tal lesão ao erário.

A hipótese definida no início do presente trabalho, de que a partir da problemática eleita resulta prejuízo ao fisco, restou concretizada na medida em que, analisando alguns processos judiciais, os herdeiros se utilizaram da renúncia abdicativa para efetivar verdadeiras doações, pois é possível determinar o beneficiado, porém, sem o recolhimento do ITCD, restando mais do que claro a verdadeira intenção dos renunciantes.

Portanto, chega-se à conclusão de que o prejuízo ao erário se faz presente através da evasão no recolhimento do ITCD, pois os fatos mostram uma circunstância que atrai a incidência do imposto, porém, em virtude de não existir uma previsão legal acerca da necessidade de recolhimento em tais ocasiões, acaba o estado sendo lesado em sua esfera econômica.

Ademais, os processos judiciais citados no decorrer do trabalho, bem como a entrevista realizada com o Procurador do Estado, apresentam uma visão para além da teoria acerca do tema, expondo um posicionamento de quem vivencia os casos debatidos demonstrando que não se trata de mera ficção.

Uma possível solução jurídica para este debate seria a pacificação da jurisprudência com o enfrentamento da matéria pelo STJ ou STF, mas ainda assim restariam dificuldades, devido ao fato de que o ITCD é de competência estadual criando-se assim mais uma discussão neste sentido.

Após todo o exposto, a conclusão é a de que a Renúncia Translativa travestida de Renúncia Abdicativa acarreta prejuízos ao estado, merecendo uma atenção dos operadores do direito para que

possa, a partir do debate jurídico, chamar a atenção dos agentes competentes a fim de criar dispositivos que possam auxiliar o fisco e seus agentes a identificar este tipo de conduta como tributável impedindo a evasão fiscal.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. **Inventários e Partilhas, Direito das Sucessões - Teoria e Prática**, LEUD 20ª ed. - 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Institui o Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em 08.out. 2018.

BRASIL. [Código Civil]. **Código Civil e legislação civil em vigor** / Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca. – 36. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CASTRO, Eduardo M. L. Rodrigues. **Impostos Estaduais para Concurso** / Eduardo M. L. Rodrigues de Castro. 2. ed. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 6: direito das sucessões / Maria Helena Diniz. – 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Gil, Antônio Carlos, 1946-**Como elaborar projetos de pesquisa**/Antônio Carlos Gil. - 4. ed. - São Paulo :Atlas, 2002.

GOMES, Orlando. **Sucessões** / Orlando Gomes. – 15. ed. rev. e atual. / por Mario Roberto Carvalho de Faria – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica 1** Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos. - 5. ed. - São Paulo: Atlas 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, volume 7: direito das sucessões / Carlos Roberto Gonçalves. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões** / Paulo Lôbo. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. 1. Direito civil - Brasil 2. Direito das sucessões 3. Direito das sucessões - Brasil I. Título. 13-01701 CDU-347.65(81) MARTINS, Sergio Pinto. **Manual de direito tributário** / Sergio Pinto Martins. – 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

MATO GROSSO DO SUL. Lei nº 1.810, de 22 de dezembro de 1997. Dispõe sobre os tributos de competência do Estado e dá outras providências. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/se-coge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/037448c46af3acaf04256d410048094b?OpenDocument>. Acesso em 08 out. 2018.

MELO, José Eduardo Soares. **Curso de direito tributário** / José Eduardo Soares de Melo. – 9. ed. – São Paulo: Dialética, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. VI - Direito das Sucessões - 21ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das sucessões**, volume 7 / Silvio Rodrigues. – 26. ed. rev. e atual. Por Zeno Veloso; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2003.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário** / Eduardo Sabbag – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

SEVERINO, Antônio Joaquim, 1941 – **Metodologia do trabalho científico** / Antônio Joaquim Severino. – 23. ed. rev. e atualizada – São Paulo: Cortez, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 6: direito das sucessões** / Flávio Tartuce – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TJRJ. Agravo Inominado no Agravo de Instrumento n. 2008.002.25510; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Elisabete Filizola; DJ: 05/11/2008. 2008. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/33746581/AGRAVOINOMINADO-AGRAVODEINSTRUMENTO>. Acesso em 28 jan. 2019.

TJSP; Agravo de Instrumento n. 322.407-4/0; Décima Câmara de Direito Privado; Amparo; Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti; DJ: 02/03/2004. 2004. Disponível em: <http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-69-AUTOR-Deraldo-Dias-de-Moraes-Neto.pdf>. Acesso em 28 jan. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões** / Sílvio de Salvo Venosa. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

DO TRATAMENTO ATRIBUÍDO AOS ANIMAIS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A FIGURA DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Samira Paola Butarelli⁵

Filipe Alexandre Bloch⁶

RESUMO: Os animais passaram por um longo processo de domesticação implementado pelo ser humano, especialmente os cães e gatos, espécies de animais que comumente compõem a formação atual da entidade familiar de grande parte dos brasileiros. No campo biológico, o pensamento científico acerca dos animais evoluiu bastante nos últimos tempos, sendo esses, atualmente, tidos como seres dotados de senciência, ou seja, da aptidão de experimentar sensações e sentimentos. O mesmo, contudo, não pode ser dito com tanta veemência sobre o tratamento que lhes é atribuído pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque o sistema pátrio ainda trata os animais, inclusive os domésticos, como coisas, da categoria de bens móveis semoventes. Tal denominação, entretanto, soa inapropriada para grande parte das famílias, que já os têm como seus verdadeiros membros integrantes. Assim, pelo fato de a Constituição Federal de 1988 ter trazido o valor afeto como elemento constitutivo da entidade familiar, tem-se que o afeto existente nas relações estabelecidas entre

⁵ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNI-GRAN. E-mail: samira_butarelli@hotmail.com

⁶ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito e Relações Internacionais (FADIR) da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Pós-Graduando (Lato Sensu) em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. E-mail: filipeabloch@gmail.com.

alguns humanos e seus animais domésticos há de ser tido como fator determinante para a atribuição, a esses últimos, de um tratamento jurídico diferenciado quando da dissolução da sociedade conjugal com a qual esses integram entidade familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Animais domésticos; Entidade familiar; Dissolução, Tratamento jurídico.

INTRODUÇÃO

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, tudo aquilo que não é pessoa humana se constitui como sendo coisa. Segundo essa noção, coisa consiste em um valor jurídico existente para a satisfação das necessidades humanas. Em virtude disso, tratam-se as coisas de objetos de direitos, e não sujeitos titulares deles.

Vale mencionar que é pela existência dessa concepção que uma das mais importantes tradicionais dicotomias existentes no Direito é aquela que o divide em Direito Pessoal e Direito Real, esse também denominado Direito das Coisas.

Analisando a relação existente entre o ser humano e os animais, pode-se notar grande evolução no trato e na consideração atribuída a esses com o passar do tempo.

Nos primórdios, os animais ocupavam espaço apenas para servir ao ser humano, seja como alimento, instrumento de trabalho, ou fonte de matéria prima (como é o caso da lã das ovelhas, por exemplo).

Com o transcorrer dos séculos, entretanto, e considerada a sistemática domesticação de algumas espécies implementada pelo ser humano, especialmente as dos cães e gatos, é possível se verificar que o homem, de modo geral, foi se afeiçoando a tais seres, abrindo-lhes cada vez mais espaço em seu convívio diário.

Atualmente, pode-se afirmar que, para muitas famílias, os animais domésticos são seus verdadeiros integrantes. Algumas pessoas chegam até mesmo ao ponto de dizer que, não pretendendo ter filhos, pelos mais variados motivos, encontraram nesses seres uma espécie de substituição para o exercício da parentalidade.

Pode-se afirmar, assim, que diferentemente dos tempos primórdios, os animais passaram a efetivamente compor os lares de

grande parte dos seres humanos, que constituíram com eles relações de afeto, amor e cuidado, transcendendo-se, portanto, os interesses iniciais que fizeram o ser humano se aproximar dos animais.

Consideradas essas relações estabelecidas entre o homem e os animais domésticos, cada vez mais complexas e significativas, o presente trabalho propõe-se a discorrer acerca do tratamento jurídico atribuído a esses últimos pelo ordenamento brasileiro, especialmente quando da dissolução da entidade familiar, tendo como ponto de partida os desdobramentos do fator afeto surgido e ultimamente intensificado nessas relações.

Isso porque com o desenvolvimento das sociedades, tem-se tornado cada vez mais corriqueiro que, por fazerem parte da vida familiar dos seres humanos, quando ocorrida a dissolução da sociedade conjugal, os animais de estimação são diretamente envolvidos em disputas judiciais.

Assim, tendo em vista a extensão e relevância das relações existentes entre algumas pessoas e seus animais de estimação na sociedade moderna, o presente estudo buscará, com a análise dos conflitos envolvendo esses, surgidos com a dissolução da sociedade conjugal com a qual esses integram entidade familiar, e explicar e discorrer acerca do atual posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema.

Vale mencionar que, para se alcançar tais objetivos, a presente pesquisa foi desenvolvida a partir do estudo, análise e reflexão das matérias jurídicas, científicas, doutrinárias, legais e jurisprudenciais pertinentes à temática, mediante a utilização do método dialético de pesquisa e construção do conhecimento científico.

Importa destacar, ainda, desde o início, que dada a dimensão do tema objeto deste estudo, característico em sua complexidade, não há a pretensão, com o desenvolvimento deste trabalho, em esgotá-lo ou mesmo apresentar um ponto de vista definitivo para a questão que se propõe a analisar.

A presente abordagem, ao revés, se reconhece limitada em razão dos recortes temporais e temáticos, e objetiva tão apenas contribuir para a reflexão e conhecimento acerca do assunto proposto.

1 DA RELAÇÃO DO SER HUMANO COM OS ANIMAIS

A relação do homem com o animal iniciou-se há milhares de anos. Nos tempos primórdios, contudo, a aproximação do homem aos animais, em grande parte, possuiu propósitos subsistenciais. Nesse sentido, vale mencionar que, segundo Vergara (2003), o homem se utiliza de carne animal como alimento há pelo menos 2,5 milhões de anos, e os cria com o propósito de digeri-los ou vesti-los há 6 mil anos.

Curiosamente, para muitos grupos humanos primitivos, os animais também chegaram a ser considerados deuses. Essa concepção sagrada atribuída aos animais, entretanto, conforme menciona Vergara (2003), segundo Antonio Fernandes Nascimento Júnior, pode ser tida "como um pedido de desculpas, uma solicitação de autorização ou uma compensação, uma homenagem pela sua morte", haja vista que "tratá-los sem o devido respeito poderia causar vinganças dos deuses".

Segundo Santana (2002, p. 409-410), entretanto, as crenças religiosas envolvendo os animais foram se dissipando com o tempo, dando-se lugar às religiões monoteístas, como o judaísmo e o cristianismo, por exemplo. Para referido autor, entretanto, essa última, ainda concedeu uma visão negativista sobre os animais⁷, o que pode ser observado pelo que prescreve seu livro sagrado, a Bíblia, que tem o ser humano como a criação máxima de Deus, e menciona que os animais devem ser dominados. Influenciado, assim, até mesmo pela religião, o pensamento de superioridade humana sobre os demais seres vivos ganhou força, visto prevalecer a ideia de que se o homem era o único criado a imagem e semelhança de Deus, as demais criaturas tinham a finalidade exclusiva de servi-los.

⁷ Essa visão negativista sobre os animais do cristianismo pode ser verificada, por exemplo, nas seguintes passagens: "Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança." (BÍBLIA, Gênesis 1:26); "E Deus os abençoou, e Deus lhes disse: Frutificai e multiplicai-vos, e enchei a terra, e sujeitai-a; e dominai sobre os peixes do mar e sobre as aves dos céus, e sobre todo o animal que se move sobre a terra." (BÍBLIA, Gênesis 1.28).

Pode-se dizer, a partir disso, que desde os primórdios o ser humano adotou uma visão antropocêntrica⁸ perante a natureza e os demais seres vivos, visão essa que até a atualidade influencia o tratamento e a importância dada aos animais.

Segundo Santana (2002, p. 409-410), no racionalismo filosófico também existiram legitimadores da visão negativista atribuída aos animais não humanos, como é o caso do filósofo pré-socrático Protágoras (480-411 a.C.) que, enaltecendo o antropocentrismo, formulou o princípio do *homo mensura*, segundo o qual "O homem é a medida de todas as coisas".

Outro exemplo da subjugação filosófica dos animais, segundo Vergara (2003, p. 54), pode ser observado ainda no século XVI com os pensamentos de René Descartes, que sustentando a teoria mecanicista, afirmava que os animais seriam simples máquinas, ou seja, meros objetos mecânicos desprovidos de alma, e portanto, inaptos de sentir a dor ou sofrimento que lhes fossem impostos, pois tais sensações apenas residiriam na alma, monopólio do ser humano.

Noutro vértice, contudo, conforme os ensinamentos de Levai (2004, p. 21-22), também existiram vários pensadores que defendiam o respeito e a proteção aos animais não humanos, podendo-se citar, dentre eles, Buda (500 a. C.), que era contrário a qualquer ato de crueldade, seja contra humanos ou não humanos, e também o líder pacifista Mahatma Gandhi, que clamava por piedade aos animais.

Adentrando-se à modernidade, um dos grandes nomes da causa de proteção e respeito aos animais foi Jeremy Bentham (1748-1832), que abordou o tema com bastante veemência, e por isso, para muitos, é considerado o pai do movimento moderno de libertação dos animais. Bentham acabou por influenciar diretamente diversos outros filósofos da modernidade, como Peter Singer, que critica o tratamento dado aos animais não humanos pelos homens, afirmando terem sido eles sempre tratados de maneira inferior, como se fossem objetos a serem usados para tornar a vida do ser humano mais fácil (2010, p. 21).

⁸ Convém mencionar que, de modo geral, denomina-se antropocentrismo o sistema filosófico segundo o qual o homem é tido como o centro do universo, concepção essa que conferiu ao ser humano a idéia de possuir o poder de dominar a natureza e os animais.

De fato, a visão do homem sobre o animal demorou a se modificar para considerar esse como outro ser também provido de sensibilidade.

1.1 DA DOMESTICAÇÃO DOS ANIMAIS

O processo de domesticação dos animais não se deu através de um fenômeno simbiótico, tal como ocorre normalmente quando constituídas relações entre os demais seres vivos, mas sim por um processo histórico traumático, no qual os animais, inicialmente, eram tratados como meros objetos descartáveis, imbuídos de valor econômico, tendo esses chegados a serem comumente utilizados como moeda de troca em quase todas as sociedades antigas (SANTANA, 2004, p. 04).

Com o tempo, entretanto, a partir do processo de domesticação, algumas espécies de animais deixaram de ser abatidos para a alimentação e passaram a conviver com os humanos.

Esse processo deu-se de forma complexa e sua origem varia de acordo com a espécie de animal domesticado que se considera. Nesse sentido, é a lição de Lopes (2016, p. 10), para quem "os animais domésticos passaram por longo e complexo processo de domesticação, o que implicou em reflexos tanto na dinâmica das relações humanas e na realidade biossocial do animal".

Existe grande divergência quanto ao momento inicial da domesticação dos animais, sendo pertinentes os ensinamentos de Pereira, segundo quem

Este processo ocorreu há cerca de 9 mil anos a.C. (Neolítico), no Próximo Oriente, quando as bases econômicas se transformaram gradualmente, passando a existir agricultura e pastorícia e conseqüentemente uma sedentarização do Homem, até aqui nômade. Segundo vestígios arqueológicos, o primeiro animal a ter sido domesticado foi a ovelha, ideal pela quantidade de recursos que disponibilizava – carne, lã, couro e leite. (2014, p. 29).

Analisando-se a história da civilização humana, segundo Carvalho (2011, p. 06), é possível se verificar que o ser humano domesticou diversas espécies animais, como por exemplo, ovelhas, cães, cavalos, entre outros.

A justificativa inicial do processo de domesticação dos animais foi a de se possibilitar a retirada, desses seres, de benefícios essenciais à sobrevivência humana, razão pela qual os animais foram inicialmente domesticados para que pudessem ser utilizados como instrumento de trabalho ou meio de transporte, além de para se viabilizar a extração de alimentos (tais como carne, leite e ovos), e outras matérias primas.

Com relação à domesticação dos cães, segundo Aprobato Filho (2010), estudos apontam que matilhas de lobos sempre ameaçavam os grupos humanos. Diante disso, sempre que conseguiam, os homens abatiam os lobos como forma de defesa. Como consequência, os inúmeros filhotes dos lobos abatidos tornavam-se órfãos, com chances mínimas de sobrevivência. Atraídos pelas atividades humanas e pelos odores que essas expeliam, os filhotes se aproximavam das populações humanas.

De outro modo, contudo, ocorreu a domesticação dos gatos, espécie que, juntamente com os cães, são os animais domésticos mais comuns na atualidade.

Ao contrário do ocorrido com os cães, a aproximação do ser humano aos felinos deu-se pela própria vontade dos animais, de modo que, para alguns estudiosos, dentre eles Carlos Driscoll (2009), pode-se denominar o processo de domesticação felina como "auto domesticação".

As principais teorias sobre como se deu a aproximação do homem e dos felinos afirmam que, tendo em vista a intensificação da produção agrícola, pequenos invasores surgiram em busca de comida abundante, invadindo as plantações dos homens. Diante dessa situação, os felinos, atraídos por esses invasores, tais como camundongos, e outras pequenas espécies, passaram a rondar as plantações (DRISCOLL, 2009).

Os grupos humanos, assim, ao perceberem a capacidade de eliminação das pragas por parte dos felinos, passaram a permitir sua presença em suas moradas, dando preferência aos gatos que se mostravam mais sociáveis ao convívio humano. Com isso, ocorreu um

fenômeno de seleção que deu origem a criações de gatos cada vez mais amigáveis (GANDRA, 2015).

1.2 DA EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES DO HOMEM COM OS ANIMAIS DOMÉSTICOS

Ao se analisar a relação atual dos animais com o ser humano, percebe-se que aqueles, mesmo que ainda juridicamente considerados em alguns países, inclusive no Brasil, como meras coisas, já não são mais tidos como seres desprovidos de sensibilidade.

Atualmente, é expressivo o número de pessoas que criaram ligações emocionais muito fortes com seus animais de estimação.

Muitas vezes, conforme menciona Bartlett (2007, p. 28), alguns podem até mesmo sofrer mais com a perda do animal de estimação do que com uma perda de humanos conhecidos, tendo em vista que, para algumas pessoas, o animal é considerado como parte integrante da família.

Nesse mesmo sentido são os ensinamentos de Kelch (1998, p. 549):

Muitas Pessoas que admiram e tem seus cães como verdadeiros membros da família, assim o fazem em razão do comportamento desses animais. Eles representam algumas de nossas melhores qualidades, incluindo a lealdade, confiança, coragem, alegria e amor (...). Ao mesmo tempo, deixam de possuir os nossos piores traços, como a avareza, apatia, desconfiança e ódio.

É manifestamente notória a importância que os animais, especialmente os de estimação, que convivem diariamente com os seres humanos, adquiriram para a sociedade moderna, deixando-se para trás, de forma geral, o pensamento de que seriam os animais seres desprovidos de sensibilidade.

O que se tem atualmente é que os animais são considerados como sendo seres sencientes, termo esse que se refere àquele que possui a capacidade de sentir, seja dor, sofrimento, prazer, emoções,

etc, sensações essas que, atualmente, estão reconhecidamente presentes tanto em animais humanos como nos não humanos.

Conforme Felipe (2007), assim, a partir de tal noção, atualmente, os animais não humanos são igualmente considerados aos humanos, no que concerne à capacidade de sentir.

Essa evolução para o acatamento da senciência dos animais não humanos iniciou-se através de pesquisas científicas desenvolvidas, segundo Stancioli (2015, p. 09), por um grupo internacional que se reuniu na Universidade de Cambridge, para, através de suas pesquisas "reavaliar os substratos neurobiológicos da consciência da experiência e de comportamentos presentes em animais humanos e não humanos.". A partir do estudo, segundo o autor, depois de avaliadas as pesquisas e os resultados obtidos através delas, concluiu-se que os animais não humanos possuem consciência, não sendo essa uma virtude apenas dos seres humanos.

Diante deste fato, consumou-se um importante marco para a relação do homem com o animal não humano:

A Declaração de Cambridge sobre consciência foi proclamada publicamente em 7 de julho de 2012, no Francis Crick Conferência Memorial sobre a Consciência em animais humanos e não-humanos, no Churchill College, Universidade de Cambridge, Reino Unido, se tornando um marco para o direito dos animais não humanos. (STANCIOLI, 2015, p. 09).

Isso posto, pode-se afirmar que os tratamentos da posição dos animais não humanos, tanto no campo da ciência biológica, quanto nas relações pessoais entre humanos e animais, tiveram um grande salto evolucionário.

Agora, os animais, outrora considerados como máquinas que serviam apenas para satisfazer as pretensões humanas, possuem cientificamente comprovada sua senciência, ou seja, sua capacidade de sentir e sua consciência da própria existência e da existência do mundo ao redor.

Mas não apenas isso. As relações afetivas entre os animais e os humanos também progrediram. De modo geral, os animais domésticos deixaram de serem vistos apenas como coisas que deveriam

servir o homem, sendo considerados por muitos como parte da família, construindo uma relação de afeto e companheirismo com o ser humano, compondo o seio de muitas famílias, até mesmo porque, muitos casais não planejam mais ter filhos, mas adotam animais e os tratam como se fossem um ente familiar.

Por outro lado, esse mesmo progresso não é visto no trato jurídico atribuído aos animais não humanos, que ainda possuem o mesmo tratamento que lhes era dispensado no início do contato do homem com o animal, conforme leciona Steven Wise:

Há quatro mil anos, uma espessa e impenetrável parede legal tem separado todos os humanos de todos os animais não-humanos. Por um lado, até mesmo os interesses mais triviais de uma única espécie – a nossa – são cuidadosamente guardados. Temos atribuído a nós mesmos, dentre as milhões de espécies de animais, o estatuto de "sujeitos de direitos". Do outro lado dessa parede encontra-se a negação legal de um reino inteiro, não apenas chimpanzés e bonobos, mas também gorilas, orangotangos, macacos, cães, elefantes e golfinhos. Eles são "objetos de direito". Os seus mais básicos e fundamentais interesses – seus sofrimentos, suas vidas, suas liberdades – são intencionalmente ignorados, muitas vezes maliciosamente pisoteados, e rotineiramente abusados. (2000, p. 04). (Tradução livre).

Dito isto, pode-se perceber que ainda há um grande passo que precisa ser dado para que o status jurídico dos animais evolua, assim como as relações afetivas e a maneira com a qual os animais são considerados pela comunidade científica evoluíram grandiosamente no decorrer dos últimos tempos.

2 DO TRATAMENTO JURÍDICO ATRIBUÍDO AOS ANIMAIS DOMÉSTICOS

O progresso das relações afetivas, e também do trato científico-biológico atribuído aos animais, restou evidentemente demonstrado a partir do já apresentado.

A despeito de tudo isso, o ordenamento jurídico brasileiro ainda considera os animais como coisas, bens móveis semoventes. Nesse sentido, inclusive, é a lição do jurista Pablo Stolze (2014, p. 312): "os semoventes são bens que se movem de um lugar para outro, por movimento próprio, como é o caso dos animais".

Tal definição jurídica, contudo, mostra-se ultrapassada, e remonta a um passado no qual os animais ainda eram tidos como apenas instrumentos para a satisfação das necessidades humanas.

Adentrando-se à análise do âmbito legal brasileiro, vale mencionar que foi no governo Vargas que surgiu o primeiro decreto que visava a proteção dos animais não humanos, qual seja, o Decreto Federal de n. 24.645/34, o qual ainda é tido como um instrumento normativo extremamente importante para a introdução do direito animal na esfera jurídica brasileira, sendo bastante apreciado pelos defensores dos direitos dos animais, posto que já considerava o animal como um destinatário de tutela jurídica (LEVAI, 2004, p.31)

Segundo Alkimin (2016, p. 29), a dificuldade de se modificar o status jurídico dos animais parte da existência do pensamento ainda enraizado por muitos de que esses são seres inferiores, e que, portanto, devem apenas servir aos homens, pensamento esse que se coaduna com a noção de que os animais seriam meras coisas.

Alguns juristas e pensadores, por outro lado, vêm a resistência à modificação do tratamento jurídico atribuído aos animais como resultante de uma confusão existente sobre qual deveria ser o real status dos animais. Nesse sentido é a lição de Gary L. Francione:

Há uma grande confusão no discurso público sobre o status moral dos animais. Essa confusão provém de duas fontes. Primeiro, algumas pessoas pensam que a posição dos direitos animais defende que se atribuam a eles os mesmo direitos desfrutados pelos seres humanos. Essa é uma forma errada de entender a posição dos direitos animais. Não estou argumentando que nosso reconhecimento do status moral dos animais signifique que tenhamos o compromisso de tratar os animais e os humanos igualmente para todos os propósitos [...]. Somos obrigados a estender aos animais apenas um direito – o direito de não serem tratados como propriedade do homem. (2013, p. 117).

Conforme explica Francione, a despeito da confusão que se gera, com a utilização, por analogia, o princípio da isonomia material adotado pelo direito brasileiro, no que concerne aos direitos dos animais, não se busca assemelhar humanos e animais não humanos, mas tão somente garantir os direitos desses últimos.

Nesse sentido também leciona Peter Singer:

A extensão do princípio básico da igualdade de um grupo para outro não implica que devemos tratá-los da mesma maneira, ou que devemos conceder-lhes os mesmos direitos. O que devemos ou não fazer depende da natureza dos membros desses grupos. O princípio básico da igualdade não requer tratamento igual ou idêntico, mas sim igual consideração. Igual consideração por seres diferentes pode levar a tratamentos e direitos distintos. (2010, p. 16).

Desta forma, apesar de a questão do direito animal estar longe do ideal, percebe-se essa está caminhando, mesmo que em passos lentos, pois a luta pelo direito dos animais enfrenta obstáculos muito fortes, tendo em vista que atinge um dos mais importantes institutos do sistema jurídico: o direito de propriedade, por muitos considerado um direito natural absoluto (SANTANA, 2006, p. 106).

2.1 DA FIGURA DOS ANIMAIS DO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Apenas em 05 de outubro de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a proteção jurídica dos animais não humanos passou a ter previsão constitucional no âmbito jurídico brasileiro, conforme o disposto no inciso VII, do parágrafo 1º, do artigo 255, que assim prevê:

Art. 225. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...)VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Diante dessa previsão constitucional, portanto, no âmbito jurídico brasileiro, apesar de os animais continuarem com seu status de coisa, passaram a serem vedadas práticas cruéis contra esses. Passou-se, assim, a reconhecer, que tais seres vulneráveis são titulares do direito fundamental à vida, à integridade física e à liberdade, ecoando novas diretrizes às leis infraconstitucionais e à sociedade como um todo (SILVA, 2015, p. 104).

Posteriormente, em 1998, foi também sancionada a Lei dos Crimes Ambientais (Lei de n. 9.605/98), que reordenou a legislação ambiental brasileira no que se refere às infrações e punições. Convém mencionar que referido instrumento normativo diversos dispositivos que tratam especificamente sobre crimes contra a fauna, dentre os quais vale destacar o previsto no artigo 32, que assim aduz: "Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa".

Esse dispositivo legal foi considerado uma grande inovação normativa, vez que, ao incluir os animais domésticos e domesticados em seu rol protetivo, os atos praticados contra tais grupos de animais deixaram de ser considerados contravenções, para se tornarem crimes (ALVES, 2015, p. 48).

Entretanto, apesar de os animais não humanos estarem no âmbito da proteção de referida lei, isso não possui a aptidão jurídica de se reconhecer esses como sendo sujeitos de direito. Os animais não humanos, portanto, continuam sendo considerados coisas, embora agora, pelo menos, protegidos.

A questão é que o tratamento jurídico dado não é condizente com a condição natural do animal, nem com o nível de conhecimento alcançado pela ciência sobre os animais, fazendo o Direito atrasado em relação às demais ciências, tendo em vista considerar os animais não humanos como objetos, concepção essa comprovadamente superada nos campos da ciência e da psicologia (CARDOSO, 2007, p. 128).

2.2 DA FIGURA DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS NO PANORAMA JURÍDICO BRASILEIRO MODERNO

O Direito brasileiro, como já afirmado, classifica os animais como coisas, sendo tais seres, assim, passíveis de serem meros bens de propriedades dos seres humanos. Nesse sentido, inclusive, é a previsão do artigo 82 do Código Civil: "são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social".

Tal conceito, porém, mostra-se obsoleto, visto que vai de encontro com o atestado pelo mundo científico e biológico, que já constataram o fato de os animais não são meros objetos, como aponta a letra fria da lei.

Isso porque a concepção que atualmente se apresenta como mais adequada, conforme o já mencionado, é de que os animais não humanos são seres sencientes, e portanto, são dotados de consciência, sentem dor, frio, prazer, medo, demonstram sentimentos, etc., tudo isso, logicamente, de acordo com suas limitações e possibilidades, não podendo esses serem mais tidos, contudo, sob qualquer aspecto, como criaturas inanimadas.

No Direito brasileiro, todavia, o que se tem é que os seres pertencentes à espécie *homo sapiens* encaixam-se como pessoas naturais, sujeitos de direito capazes de contrair obrigações e gozar de direitos na ordem civil, enquanto que os animais, por outro lado, figuram na categoria de bens, sujeitando-se apenas à posse e propriedade das pessoas naturais.

Tratando do assunto, Edna Cardozo Dias esclarece que:

Atualmente, o Código Civil brasileiro prevê dois regimes para regulamentar as relações jurídicas, o de pessoas e o de bens. Não prevê uma categoria de direitos atinentes à tutela do animal como ser vivo e essencial à sua dignidade, como já ocorre na legislação europeia. Não sendo reconhecidos como pessoas, os animais estão regidos pelo regime jurídico de bens, sejam silvestres, exóticos ou domésticos. Enquanto os animais silvestres são considerados bens de uso comum do povo e bens públicos pela Constituição da República, os domésticos, de acordo com o Código

Civil, são considerados bens móveis/coisas. (2015).

A lógica do tratamento jurídico atribuído aos animais e humanos no Direito brasileiro, portanto, gera incongruências e, muitas vezes, ineficiência na aplicação das leis nos casos concretos. Isso porque ao mesmo tempo em que animais são tratados como propriedade, sujeitos a compra, venda e penhor, por exemplo, eles já são socialmente vistos como elementos integrantes por algumas famílias.

Posto isso, vale mencionar que as relações entre os animais humanos e os animais não humanos são tratadas e disciplinadas por vários ramos do direito privado e do direito público, como o direito civil, penal, ambiental, administrativo, constitucional, tributário, entre outros, sendo o chamado direito animal, nesse panorama, conceituado por Edna Cardozo Dias (2005, p. 33-35) como sendo "o conjunto de regras, leis e princípios que regulam a proteção do animal a fim de garantir a sua integridade física e moral, bem como a sua dignidade como animal não humano".

Assim, mesmo com o fato de a Constituição Federal de 1988 ter trazido para o centro dos debates o alcance das normas de proteção aos animais, prevendo a vedação de tratamento cruel aos animais, e apesar dos esforços de parte da doutrina, o que se pode dizer é que não há, ainda, no direito brasileiro, um ramo jurídico autônomo para tratar das relações jurídicas envolvendo os animais.

Diante disso, pode-se afirmar que existe uma lacuna na legislação brasileira, tendo em vista a distância do tratamento jurídico atribuído aos animais, e a realidade de fato em que eles se encontram no campo científico e social, como afirma Cardozo:

A questão é que o tratamento dado não é condizente com a condição natural do animal e com o nível de conhecimento alcançado pela ciência em geral, fazendo o direito atrasado em relação às demais ciências.

O que aqui nos interessa é refutar o tratamento dado pelo direito aos animais, onde ainda são considerados como objetos, concepção essa que esta comprovadamente superada nas ciências naturais e na psicologia (...). (2007. p. 127).

Cumprе consignar que, ante a ausência de norma condizente com a atual situação dos animais, o Senador do estado de Minas Gerais Antônio Anastasia apresentou um projeto de lei (PLS 315/2015) que altera o Código Civil, acrescentando um parágrafo único ao seu artigo 82, e alterando o inciso IV, do artigo 83, com o objetivo de alterar o sistema jurídico brasileiro para não mais considerar os animais como coisa.

Edna Cardozo Dias, comentando referido projeto de lei, defende a necessidade da mudança de categoria no status jurídico dos animais no Código Civil como sendo medida urgente e necessária, por merecerem tais seres uma proteção especial em virtude de sua condição de seres sencientes:

Por razões de coerência e em respeito ao princípio da proporcionalidade e mantendo-se a devida distância dos seres humanos na hierarquia de valores, uma mudança da categoria no status jurídico dos animais no Código Civil é necessária e urgente. Não podemos deixar o Brasil fora dessa grande revolução teórica que já chegou aos países adiantados em relação ao status jurídico do animal. Os animais, ainda que continuem a ser classificados como bens, merecem uma proteção especial em relação às outras espécies de bens, uma vez que a ciência os reconhece como seres vivos sensíveis. (2015).

Caso aprovado o PLS 315/2015, poder-se-á dizer que o ordenamento jurídico brasileiro romperá com a secular tradição civilista segundo a qual os animais seriam meras coisas, representando tal medida um grande e necessário avanço no reconhecimento dos direitos dos animais.

3 DA ENTIDADE FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988, e seus princípios informativos do Direito das Famílias, trouxeram um novo paradigma que vem sendo objeto de atenção no âmbito jurídico para a formação do conceito de família, qual seja, o afeto, valor esse que tem sido tido

como o fundamental para o reconhecimento de novas entidades familiares.

Segundo Poli, (2015, p. 10) o afeto diz respeito ao estado psicológico que contribui para que o ser humano possa demonstrar e expressar as emoções e os sentimentos que tem em relação aos demais indivíduos.

Em virtude da valorização do afeto nas relações humanas, o que se tem, atualmente, é uma tendência jurídica na busca da tutela das relações familiares, a partir do reconhecimento dos novos modelos familiares existentes, não podendo as normas de direito de família se mostrarem inflexíveis diante desse novo fenômeno, visto que elas devem se adaptar de acordo com as transformações que acontecem na sociedade, devendo o valor afeto prevalecer sobre das normas jurídicas que se apresentarem desconsoantes com a sociedade moderna.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 21) ensina que:

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia.

Posto isso, cumpre ressaltar que não existe uma estrutura ou conceito definido para o instituto família, sendo que, modernamente, se entende que essa se constitui a partir do afeto entre seus membros. É o que ensina Helder Martinez Dal Col (2002, p. 39) segundo quem:

A base afetiva da família, constituída sob os seguros laços da simpatia recíproca, tem merecido dos autores modernos ricas páginas que encerram pérolas jurídico-filosóficas, demonstrando uma nova concepção

de família, baseada nos laços afetivos, na compreensão, no amor, afetando profundamente os pilares mestres do Direito, que tende a modificar-se para dar lugar a um novo estado de comportamento e um novo tratamento à família.

3.1 DO CONCEITO MODERNO DE FAMÍLIA SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A família pode ser tida como uma das mais importantes instituições que sustenta a base da sociedade. Esse reconhecimento vem disposto na Constituição Federal de 1988, que além de ser o mais importante documento do Estado, serve de parâmetro para as demais normas.

Segundo a redação do artigo 226, da Constituição Federal, a afetividade é o principal elemento para a constituição da família, noção com a qual buscou o constituinte garantir a efetividade, no âmbito das relações familiares, do princípio da dignidade da pessoa humana.

No §4º de referido dispositivo constitucional, há uma denominação de que família é a entidade familiar, a comunidade, formada por qualquer dos pais e seus descendentes, sendo pacífico, assim, o entendimento de que as normas de direito de família devem privilegiar o valor afeto. Nesse sentido, também é a lição de Luciana Costa Poli, ao afirmar que o "afeto deve prevalecer em face das normas jurídicas, que não devem ser engessadas" (2015, p. 11).

Nem sempre, porém, os laços afetivos foram o fator principal para constituição de uma família.

Antes da Constituição Federal de 1988, segundo previsão constante no Código Civil de 1916, apenas era considerada família legítima a que se constituía mediante o matrimônio, sequer sendo possível o reconhecimento de filhos concebidos fora desse. Os que mantinham uma comunhão de vida sem o matrimônio também não possuíam reconhecimento algum na esfera jurídica, conforme pontua Gonçalves:

O Código Civil de 1916 proclamava, no art. 229, que o primeiro e principal efeito do casamento é a criação

da família legítima. A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima e só mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência, então chamado de concubinato, proibindo-se, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.

Os filhos que não procediam de justas núpcias, mas de relações extramatrimoniais, eram classificados como ilegítimos e não tinham sua filiação assegurada pela lei. (2012, p. 30).

O novo texto constitucional, assim, no tocante ao conceito de família, passou a priorizar os direitos fundamentais individuais e coletivos, adotando uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no direito brasileiro, que passou a se coadunar com as noções já expressas em declarações internacionais de direitos (POLI, 2015, p. 11).

3.2 OS ANIMAIS DOMÉSTICOS COMO MEMBROS DA FAMÍLIA MODERNA

A partir do mencionado acima, pode-se afirmar que o modelo de família da atualidade já não é mais aquela regida pelo autoritarismo e patriarcado, ou mesmo a que se constitui apenas e unicamente pelo casamento. Família, modernamente, é aquela que se configura a partir da verificação da existência de laços afetivos entre seus membros.

A partir disso, o conceito de família vem sofrendo alterações para abrigar novos arranjos familiares que não cabiam nos modelos tradicionais.

É o que leciona o filósofo e jurista Sébastien Kiwonghi Bizawu:

Os novos valores que inspiram a sociedade atual questionam o antigo modelo tradicional de família. A sociedade passa a conceber um modelo familiar descentralizado e igualitário, onde o núcleo propulsor é o

afeto. A necessidade de se gerar uma criança como essencial para felicidade do casal deixa de ser uma realidade, e muitos casais optam por não ter filhos. Comum na atualidade a opção por se ter um animal ao invés de uma criança, ou dois filhos. (2017, p. 18).

O fenômeno da existência de animais de estimação integrando o seio familiar tem feito gerar um novo modelo familiar, o qual tem sido denominado como família multiespécie (ou ainda, pluriespécie), assim consideradas como aquelas nas quais se incluem, além dos seres humanos, os animais de estimação (OLIVEIRA, 2016, p. 91).

De acordo com Bizawu (2017, p. 18), a afetividade entre animais humanos e não humanos no âmbito familiar tornou-se uma constante, na qual tratar o animal como um verdadeiro membro da família deixa de ser uma exceção. Segundo o autor, "o tratamento remete a natureza jurídica que se pretende defender no Direito dos Animais, ou seja, respeito e amor, recepcionando a posição jurídica de sujeitos de direito" de tais seres.

Segundo Poli (2015, p. 12), o sentimento de afeto para com os animais, em especial aos de estimação, tanto no que se refere aos sentimentos dos animais em sentir afeto, quanto aos sentimentos por parte dos humanos, fazem gerar uma relação afetiva que, em muitos casos, equipara-se às relações de filiação.

Segundo Alkimin (2016, p. 17), a pluralidade das famílias é notória no panorama da sociedade atual, e os animais domésticos passaram a ocupar um relevante espaço nessas, de modo que deve o direito adaptar-se para proporcionar resguardo à vida e bem estar destes animais.

O fenômeno de os animais domésticos começarem a integrar grande parte das famílias brasileiras, participando do convívio das pessoas como se fossem seus filhos, assim, faz surgir novos desafios ao direito.

4 DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Para Maria Berenice Dias, os institutos da família e do casamento apresentam-se como sendo de difícil conceituação, tendo em vista que o legislador não lhes trouxe nenhuma definição legal,

limitando-se a estabelecer os requisitos mínimos para a sua celebração, elencar os direitos e deveres dos cônjuges, e regulamentar os regimes de bens, e as questões que decorrem da dissolução do vínculo conjugal (2016, p. 231).

Apesar de não definir o conceito de casamento, todavia, a lei declina sua finalidade, sendo que o Código Civil, em seu artigo 1511, dispõe que "o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges."

Ao romper-se, assim, o afeto, e já não mais existindo interesse na continuidade do matrimônio, a lei brasileira possibilita desfazer-se essa união por meio do divórcio, ou da dissolução da união estável.

Vale mencionar que o divórcio direto, sem a exigência do requisito temporal e da prévia separação, foi integrado ao ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 66, de 14 de julho de 2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal (GONÇALVES, 2012, p. 201-202).

4.1 DA FIGURA DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS NOS CASOS DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Rompida a sociedade conjugal, abrem-se discussões acerca da partilha dos bens e, se for o caso, do futuro dos filhos que ainda não atingiram a maioridade.

É neste panorama que muitos casos de discussões envolvendo os animais de estimação da família têm surgido. Entretanto, devido a classificação dos animais domésticos como sendo bens móveis, esses ficam suscetíveis a partilha de bens nas hipóteses de dissoluções conjugais, visto que, como explanado anteriormente, a legislação os classificam exatamente desta forma, como se fossem objetos a serem partilhados entre as partes (ALKIMIN, 2016, p. 31). Nesse sentido, também são os ensinamentos de Luciana Costa Poli

:

Ocorre que, se tratando de um animal doméstico, inexistente previsão legal para dispor acerca da titularidade e guarda em caso de separação do casal até então proprietário. Por outro lado, imperioso ressaltar que, antes de tratar da hipótese de guarda compartilhada do

animal de estimação, primeiramente deve haver interesse de ambos os proprietários em ter a titularidade deste animal, considerando-o como membro da entidade familiar e não apenas um objeto. (2015, p. 14).

Dito isto, evidente a dificuldade enfrentada pelos tribunais em encontrar uma resolução satisfatória para esses conflitos, que se tornam cada vez mais frequentes, tendo os julgadores de se valerem da analogia para oferecer tutela jurisdicional adequada aos casos concretos (POLI, 2014, p. 14).

Aqui vale mencionar a lição de Alkimin (2016, p. 30), que ao analisar o princípio da dignidade humana, afirma que:

É preciso um tratamento igualitário a todas as entidades familiares, já que todas elas buscam afeto, solidariedade, união, respeito, amor e o mais importante, um projeto de vida comum entre os membros que dela fazem parte. Ao se referir a guarda no âmbito civil, vem a definição de proteção e vigilância àquele que ficará sob os cuidados de determinada pessoa.

Em relação à quem ficará com o animal, o aspecto de mais importância a ser considerado é o afeto, vez que ele deriva da convivência dos membros da entidade familiar, e não apenas de laços consanguíneos.

Bem da verdade, os animais domésticos também devem ser considerados como as partes vulneráveis nesses litígios, e nas situações onde não há acordo entre as partes, cabe ao magistrado analisar o caso com ponderação, e aplicar por analogia as disposições do Código Civil que regulamentam a guarda, visto que, mesmo as partes não chegando a um consenso, o animal não pode ficar abandonado e desprotegido, nem pela lei, tampouco por seus guardiões (ALKIMIN, 2016, p. 18).

Da mesma forma, o magistrado poderá utilizar por analogia a lei civil em relação ao direito de visitação e alimentos se, após a definição de quem ficará com o animal, os tutores não concordarem sobre o direito de visita (que também há de ser aplicado de forma analógica), devendo o magistrado decidir levando em consideração o melhor para o animal.

Também em relação ao direito de alimentos, é inegável a responsabilidade de um tutor para com seus animais de estimação, podendo assim, ser cobrada, analogicamente, pensão alimentícia do tutor que não detém a guarda do animal (SILVA, 2015, p. 111).

Assim, assevera Maria Aparecida Alkimin:

Em fase de rompimentos conjugais, não há um órgão competente para solucionar os litígios, e muito menos uma norma específica a ser aplicada para proteger o *pet* e garantir seus direitos, não existe legislação para os casos, os magistrados vão julgando e decidindo frente às situações encontradas, que estão a cada dia se tornando mais comuns no judiciário. (2016, p. 18).

Diante da falta de legislação para a solução destes conflitos, o deputado federal Márcio França (PSB-SP) apresentou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei de n. 7.196/10, com o intuito de regulamentar a guarda de animais de estimação em caso de divórcio sem acordo entre as partes.

Segundo referido projeto de lei, caso não haja acordo entre as partes sobre a guarda do animal, caberá ao juiz determinar com quem ele ficará, devendo-se levar em consideração o verdadeiro proprietário ou quem demonstrar capacidade de exercer a posse responsável.

Cumprir destacar que o projeto prevê a possibilidade de o animal ficar com quem demonstrar ser o melhor guardião, rompendo com a tradição de tratar o animal apenas como propriedade.

O Projeto de Lei de n. 7.196/10 prevê ainda a possibilidade da guarda unilateral ou compartilhada, sendo quena hipótese de guarda unilateral, é previsto o direito de visita da parte não guardiã (SILVA, 2015, p. 106).

O projeto, entretanto, encontra-se arquivado desde 2012, e tendo em vista a falta de legislação acerca desses conflitos, pode-se afirmar que os magistrados devem decidi-los de acordo com os princípios gerais de direito, mediante o uso da analogia, a partir dos argumentos apresentados pelas partes litigantes, e dos fundamentos legais e filosóficos pertinentes.

Inegavelmente, contudo, a falta de regulamentação legal da matéria abre margem para a existência de muitos casos em que as decisões não levam em conta o interesse do animal, mas apenas e tão somente o título de propriedade, aplicando-se a já ultrapassada noção tradicional de que os animais são meras coisas.

Apesar disso, pode-se perceber que o Direito de Família, aos poucos, tem voltando seu olhar para essas novas famílias, e vem buscando resolver os conflitos existentes da melhor forma para o animal de estimação, a partir da compreensão de que a relação entre o animal e seu guardião não é meramente de propriedade, mas sim uma relação de carinho e afeto (ALKIMIN, 2016, p. 19).

4.2 DO ATUAL PANORAMA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO

Tendo em vista a posição em que os animais de estimação estão ocupando nos lares da atualidade, os litígios envolvendo o tratamento jurídico atribuído aos animais domésticos nos casos de dissolução da sociedade conjugal com a qual esses integram entidade familiar, têm se mostrado cada vez mais presentes nos tribunais brasileiros, valendo aqui mencionar alguns casos já decididos.

Primeiramente, mencionam-se dois casos julgados da 8ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nos quais se entendeu impossível a aplicação do instituto da guarda aos animais domésticos, sob o argumento de que esse seria pertinente ao direito de família, não cabendo aplicação para aos animais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA-COMPARTILHADA. INSTITUTO DO DIREITO DE FAMÍLIA. APLICAÇÃO AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. DISCÓRDIA ACERCA DA POSSE DOS BICHOS. AUSENCIA DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A tutela de urgência está disciplinada nos artigos 300 e seguintes do Código de Processo Civil, cujos pilares são a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resul-

tado útil do processo. 2. Inexiste plausibilidade jurídica no pedido de aplicação do instituto de família, mais especificamente a guarda compartilhada, aos animais de estimação, quando os consortes não têm consenso a quem caberá a posse dos bichos. Tratando-se de semoventes, são tratados como coisas pelo Código Civil e como tal devem ser compartilhados, caso reste configurado que foram adquiridos com esforço comum e no curso do casamento ou da entidade familiar (artigo 1.725, CC). 3. In casu, ausente o prévio reconhecimento da união estável, deve-se aguardar a devida instrução e formação do conjunto probatório, para se decidir sobre os bens a partilhar. Ademais, é vedado ao magistrado proferir decisão de natureza diversa da pedida, em observância ao princípio da adstrição ou congruência, nos termos do artigo 492 do Código de Processo Civil. 4. AGRAVO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal. Processo de n. 0050135-88.2016.8.07.0000. 8ª Turma Cível. Relator: Luís Gustavo B. De Oliveira. Distrito Federal, 04 de maio de 2017).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. GUARDA. ANIMAIS DOMÉSTICOS. IMPOSSIBILIDADE. BENS SEMOVENTES. PARTILHA. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. O instituto da Guarda, previsto nos artigos 1.583 e seguintes do Código Civil, tem como função a regulação do exercício do poder familiar após o término de relacionamentos dos quais sobrevieram filhos. 2. Nos termos previstos pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, os animais, ainda que integrem relações de afeto, não são equiparáveis a filhos, pois pertencem, conforme o artigo 82, do mesmo Código Civil, à classificação de bens semoventes. 3. Ausente pedido de reconhecimento de união estável e partilha dos bens, incabível a análise do pleito em face ao Princípio da Congruência, previsto no artigo 492 do Código de Processo Civil. 4. Recurso conhecido e desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal. Processo de n.

0004957-74.2016.8.07.0014. 8ª Turma Cível. Relator: Eustáquio de Castro. Distrito Federal, 09 de novembro de 2017).

Infelizmente, decisões como essas ainda são recorrentes, diante da falta de normas que regulamentem tais casos de forma contemporânea, conforme o já mencionado.

Por outro lado, alguns tribunais já vêm mudando tal entendimento, como exemplifica a decisão da 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro abaixo mencionada, na qual foi decidido pelo deferimento da posse conjunta do animal de estimação do ex-casal (analogicamente ao instituto da guarda compartilhada), que ao ter o vínculo conjugal dissolvido, recorreram ao judiciário para definir com quem ficaria o animal:

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 SOPESANDO 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 - NEGASE PROVIMENTO AO RECURSO. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208. 22ª Câmara Cível. Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem. Rio de Janeiro, 05 fev. 2015).

No mesmo sentido da decisão supra, também já decidiu a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, ao analisar uma situação de dissolução da sociedade conjugal na qual se discutia a guarda do animal de estimação do ex-casal, não foi considerado apenas quem constava como proprietário nos documentos do animal, mas também quem despedia melhor condição de dar afeto e cuidados ao animal, levando em seu bem estar:

Para a manutenção do bem estar do animal, necessário que agravante e agravado mantenham uma convivên-

cia harmoniosa, considerando, principalmente, a existência de fortes vínculos afetivos pelo cachorro por ambas as partes e que não necessariamente deverão ser rompidos de forma drástica, podendo, se assim desejarem, ser mantido o contato da agravada com o cachorro Darwin. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento de n. 70067537589. 7ª Câmara Cível. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Rio Grande do Sul, 18 de maio de 2016).

A partir das decisões acima, verifica-se que, a despeito da falta de legislação específica para o caso, alguns tribunais já vêm tentando se adequar à nova realidade das relações humano-animal, que pede decisões que vão além da aplicação da letra fria da lei.

Outros casos que também merecem menção, mas que ainda são menos discutido nos tribunais, são aqueles nos quais se pede o pagamento de pensão alimentícia para o animal de estimação depois de rompida a sociedade conjugal. No tocante a esses, vale consignar que o entendimento majoritário é de que não se deve pensão alimentícia para animais. Entretanto, um caso interessante foi decidido pela 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual se determinou que fosse pago o valor de R\$ 250,00 mensais, para cada cão do ex-casal, para ajudar o guardião que ficou com sua guarda nas despesas com os animais (BARBOSA, 2013).

Desta forma, resta clara a existência de uma nova visão dentro dos tribunais, que levam em consideração o que a Constituição priorizou, determinando que a afetividade é o principal elemento para a constituição de uma família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista todo o apresentado no presente estudo, algumas noções podem ser destacadas, valendo aqui consignar, primeiramente, que como mencionado, os animais fazem parte do convívio humano desde os primórdios da história, sendo que, inicialmente, o objetivo principal para o estabelecimento de relações entre humanos e animais foi o de utilizar-se desses seres para a satisfação das necessidades dos homens.

Em virtude desse panorama, por muito tempo, os animais foram considerados seres inanimados e desprovidos de sentimentos, sem consciência do mundo ao seu redor, ou da sua própria existência

Todavia, essa concepção foi sendo paulatinamente alterada com a domesticação dos animais, processo a partir do qual as relações entre humanos e animais passaram a se tornar cada vez mais íntimas.

Posteriormente, a partir de estudos, a concepção biológica e científica acerca dos animais evoluiu, até se chegar à noção de que esses são, em realidade, seres dotados de senciência, sendo, assim, igualmente considerados aos humanos no que concerne à capacidade de sentir.

As relações afetivas entre animais e humanos também tiveram grande evolução, sendo que, atualmente, para muitos, os animais são considerados como membros integrantes da entidade familiar. Isso porque grande parte dos humanos construíram verdadeiras relações de afeto, cuidado, e amor com os animais, que passaram a compor muitas famílias.

Nesse contexto, há de ser considerado que, contemporaneamente, como mencionado, a afetividade é o valor configurador da entidade familiar, instituto protegido constitucionalmente no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, tido como base da sociedade.

Contudo, tal evolução não foi acompanhada pelo direito brasileiro, que ainda atualmente considera os animais como meras coisas, bens móveis da categoria dos semoventes, embora agora eles sejam pelo menos protegidos contra práticas cruéis.

Tido isso, certo é que o afeto existente nas relações estabelecidas entre alguns humanos e seus animais domésticos há de ser tido como fator determinante para a atribuição, a esses últimos, de um tratamento jurídico diferenciado quando da dissolução da sociedade conjugal com a qual esses integram entidade familiar.

Isso porque o tratamento atribuído aos animais pelo ordenamento jurídico brasileiro mostra-se ultrapassado, e já não mais se coaduna com a realidade da sociedade, não possuindo cabimento, certamente, atribuir aos animais domésticos o mesmo tratamento dispensado aos filhos, mas também mostrando-se totalmente descabido tratar os animais domésticos como qualquer outro bem que integra o patrimônio da sociedade conjugal que se dissolve.

Contudo, não havendo institutos no direito brasileiro que regulamentem tais casos, cada vez mais frequentes, as decisões dos tribunais se dividem.

De um lado, magistrados mais conservadores decidem levando em conta apenas o título de propriedade dos animais, ainda os tratando como simples coisas. Enquanto isso, embora ainda raras, já podem ser encontradas, no âmbito jurisprudencial pátrio, decisões nas quais magistrados consideraram também, no momento de decidir tais conflitos, o bem-estar e o interesse dos animais.

Finalmente, vale mencionar que, infelizmente, o ordenamento jurídico pátrio ainda se mostra lacunoso, visto que não possui uma norma jurídica capaz de regular tais situações de modo satisfatório, ante a ausência de positivação quanto à temática, o que contribui para a existência de uma justiça contraditória, mostrando-se o mais adequado, nesses casos, o uso da analogia para se atingir a justa pacificação social por meio da atividade jurisdicional, considerados também, os interesses dos animais.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Do bem estar dos animais domésticos: Reconhecimento da família pluriespécie e a guarda**. 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z1gb219p/z7hxt2X9JxTojzcl.pdf>>. Acesso em: 05/02/2019.

APROBATO FILHO, Nelson. **Fidelidade e traição entre cães e seres humanos**. 2010. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/fidelidade_e_traiacao_entre_caes_e_seres_humanos.html>. Acesso em: 07/03/2019

BARBOSA, Rogério. **Separação faz casais irem à Justiça por guarda e pensão de animais de estimação**. 2013. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimasnoticias/2013/07/05/separacao-faz-casais-irem-a-justica-por-guarda-e-pensao-de-animais-de-estimacao.htm>>. Acesso em: 09/03/2019

BARTLETT, Steven J. **Raízes da resistência humana aos direitos dos animais: Bloqueios psicológicos e conceituais.** Revista Brasileira de Direito Animal. - Vol. 2, n.2 (jul/dez. 2007). - Salvador. BA: Evolução, 2007.

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação.** Tradução: Luiz João Baraúna. 3. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. 321 p.

BIZAWU. Sébastien Kiwonghi. **Animais não humanos e o instituto da guarda no âmbito do direito de família.** Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/kh115op5/Nchi7ILL579jcQT7.pdf>>. Acesso em: 15/02/2019.

BRASIL. **Código Civil brasileiro.** Brasília, Distrito Federal: Senado Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12/04/2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, Distrito Federal: Senado Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12/04/2019

_____. SENADO FEDERAL. **Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 351, de 2015.** Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3530589&disposition=inline>> Acesso em: 22/02/2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal. **Processo de n. 0050135-88.2016.8.07.0000.** 8ª Turma Cível. Relator: Luís Gustavo B. De Oliveira. Distrito Federal, 04 de maio de 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal. **Processo de n. 0004957-74.2016.8.07.0014.** 8ª Turma Cível. Relator: Eustáquio de Castro. Distrito Federal, 09 de novembro de 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208**. 22ª Câmara Cível. Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem. Rio de Janeiro, 05 fev. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento de n. 70067537589**. 7ª Câmara Cível. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Rio Grande do Sul, 18 de maio de 2016. CARDOSO, Haydée Fernanda. **Os animais e o direito - Novos paradigmas**. Revista Brasileira de Direito Animal. - Vol. 2, n.2 (jan/jun. 2007).

CARVALHO, Carolina. **Fundamentos da Zootecnia: Domesticação**. Trabalho de conclusão de curso para a Universidade Estadual do Maranhão. 2011. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAetSUAL/domesticacao-animal>>. Acesso em: 10/04/2019.

DIAS, Edna Cardozo. **Os animais e seus direitos**. 2015. Disponível em: <<http://antonioaugustooanastasia.com.br/os-animais-e-seus-direitos-artigo-de-edna-cardozo-dias/>> Acesso em: 18/02/2019.

DIAS, Edna Cardozo. **Teoria dos Direitos dos Animais**. In: BIZAWU, Sébastien Kiwongui. **Direito dos Animais: desafios e perspectivas da proteção internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2005, p. 32-33.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 11ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2016. 1250 p.

DRISCOLL, Carlos A. **A longa e (incompleta) domesticação do gato**. 2009. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/a_longa_e_incompleta_domesticacao_do_gato.html>. Acesso em: 20/02/2019.

FELIPE, Sonia T. **Ética e Experimentação Animal: Fundamentos abolicionistas**. Editora UFSC, 2007.

FRANCIONE, Gary L. Tradução: Regina Rheda. **Introdução aos direitos animais: seu filho ou o cachorro?** Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

GANDRA, Carlos. **A História do Gato Doméstico**. 2015. Disponível em: <<http://www.mundodosanimais.pt/gatos/historia-domestica-ca-do-gato/>>. Acesso em 07/03/2019.

KELCH, Thomas G.. *Toward a Non-Property Status of Animals*. In: *New York University. Environmental Law Journal*, N° 6. New York, 1998, p. 549.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito dos animais**. São Paulo: Mantiqueira, 2004.

LOPES, Andressa Alves Garcia. **A (IN)VISIBILIDADE DOS (IN)DIGNOS: uma análise sobre a guarda responsável como solução para erradicar o abandono animal**. Trabalho de conclusão de curso para a Universidade Federal da Grande Dourados. 2016.

OLIVEIRA, Micheline Ramos. **Um olhar antropológico sobre o especismo e movimentos de defesa dos animais**. 2016. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/107151/olhar_antropologico_especismo_oliveira.pdf>. Acesso em: 14/04/2019.

PEREIRA, Susana. **A presença dos animais na história do homem**. In: *Revista animais*. n.12. 1.ed. 19 de janeiro 2014. Disponível em: <<http://www.mundodosanimais.pt/animais-prehistoricos/a-presenca-dos-animais-na-historia-do-homem/>>. Acesso em: 12/03/2019.

POLI, Luciana Costa. **Da possibilidade de guarda compartilhada dos animais de estimação a partir do vínculo afetivo com os seus titulares**. 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/rlmau22a/I74SafXMV5YW1y84.pdf>> Acesso em: 09/04/2019.

SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo Animal**. 2006. 288 p.

_____, Heron José de. **Os crimes contra a fauna e a filosofia jurídica ambiental**.in BENJAMIN, Antônio Herman V. (org.). Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 03 a 06 de junho de 2002: 10 anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: IMESP, 2002, p. 409-410.

SANTANA, Luciano Rocha. **Posse Responsável e Dignidade Dos Animais**. 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/pt-br/conteudo/posse-responsavel-e-dignidade-dos-animais>> Acesso em: 15/04/2019.

SILVA, Camilo Henrique. **Animais, divorcio e consequências jurídicas**. Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis, Florianópolis, v.12, n.1, Jan-Jun. 2015.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. 488 p.

STANCIOLI, Brunello de Souza. **A descoisificação dos animais no paradigma do estado socioambiental de direito: o projeto de lei do senado 351/2015**. 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/xxfq3q05/Us5vmI145ZwFD9hX.pdf>>. Acesso em: 28/03/2019.

_____. **A dignidade pautada na ciência: Uma evolução do direito**. 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/xxfq3q05/P7i8Bx6bb7Ys06zp.pdf>>. Acesso em: 25/03/2019.

VERGARA, Rodrigo. **Como tratar os animais?**. 2003. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/historia/entre-o-ceu-e-o-inferno/>> Acesso em: 23/02/2019.

_____. **Entre o Céu e o Inferno.** *in* Revista Superinteressante. Edição nº 192, Setembro, 2003. São Paulo: Abril, 2003. p. 54.

WISE, Steven. **Rattlingthe Cage.** Cambridge: Perseus Books, 2000.

ZANITELLI, Leandro Martins. **Os animais como sujeitos de direito.** 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nmt6dg26/x4DKtp2Ugq8psI06.pdf>> Acesso em: 03/04/2019.

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL COMO EXTERIORIZAÇÃO DA GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA

LA POSIBILIDAD JURÍDICA DE ALTERACIÓN DEL REGISTRO CIVIL COMO EXTERIORIZACIÓN DE LA GARANTÍA DE LA DIGNIDAD HUMANA

Sara Antônia Amarilha Saracho⁹

Vivian Lara Valdez de Lima¹⁰

Janaina Ohlweiler Milani ¹¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo identificar as possibilidades de alteração do nome instituídas pela Lei de Registros Públicos, considerando especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Diante da regra da imutabilidade do nome civil por se tratar de imperativo de ordem pública, é sabido que o nome, via de regra, não pode ser alterado. No entanto, a própria Lei de Registros Públicos estabelece as hipóteses de alteração à luz de motivo justificável. Assim, foi observada a possibilidade quanto as hipóteses

⁹ Acadêmica do curso de Direito nas Faculdades Integradas de Ponta Porã FIP/MAGSUL;

¹⁰ Acadêmica do curso de Direito nas Faculdades Integradas de Ponta Porã FIP/MAGSUL.

¹¹ Mestra em Educação e professora de Direito na instituição Faculdades Integradas de Ponta Porã - FIP; E-mail: janaohlweiler@hotmail.com

de alteração: os aspectos jurídicos estabelecidos no Código Civil de 2002 relacionados ao nome, os direitos de personalidade, o poder familiar dos pais que possuem o direito legal de instituir o nome aos filhos, a adoção, o procedimento ocorrido na ação de retificação, o serviço notarial, a responsabilidade administrativa do registrador ou notário, e ainda o registro civil das pessoas naturais, o princípio da imutabilidade do nome, e pôr fim, a exteriorização da dignidade humana por meio da alteração do nome. Desta maneira, vislumbrou-se a alteração do nome como meio de asseverar os valores constitucionais oriundos de cada indivíduo, permitindo a alteração diante das hipóteses de rol taxativo, e novas alterações diante de evolução jurisprudencial, visando beneficiar o indivíduo.

PALAVRAS-CHAVE: Procedimento, registros públicos, direito da personalidade, direito civil.

RESUMEN: El presente artículo trató a respecto de las posibilidades de alteración del nombre, llevando en consideración la dignidad de la persona humana. Delante de la regla de la inmutabilidad del nombre civil por tratarse de imperativo de orden público, se sabe que no puede el nombre, en regla, ser alterado. Entretanto, la propia Ley de Registros Públicos establece las hipótesis de alteración bajo luz de motivo justificable. Así, fue observada la posibilidad en relación a las hipótesis de alteración: los aspectos jurídicos establecidos en el Código Civil de 2002 relativos al nombre, a los derechos de personalidad, al poder familiar que los padres ejercen de atribuir nombres a los hijos, la adopción, el procedimiento ocurrido en el proceso de rectificación, el servicio notarial, y por fin, la exteriorización de la dignidad humana por medio de la alteración del nombre. De esta manera, fue posible vislumbrar a la alteración del nombre como medio de afirmar los valores constitucionales relativos a cada individuo, permitiendo la ley que se realicen tales alteraciones ante las hipótesis admitidas, considerando aún, las nuevas posibilidades afirmadas gracias a la evolución jurisprudencial, visando beneficiar al individuo.

PALABRAS CLAVE: Procedimiento, registros públicos, derechos de personalidad.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade identificar as possibilidades de alteração do nome instituídas pela Lei de Registros Públicos e a evolução jurisprudencial quanto as hipóteses, propondo um estudo investigativo dos casos em que são possíveis as alterações, bem como os atos exercidos pelo registrador ou notário e sua responsabilidade.

Como forma de melhor organizar os assuntos abordados, o artigo foi estruturado em 7 seções, além desta introdução e das considerações finais. Na primeira seção foram trabalhados os aspectos jurídicos relacionados ao Código Civil de 2002, com a abordagem dos direitos de personalidade, nome civil, poder familiar e adoção. A segunda seção trata do o procedimento para a realização da alteração do nome, que é efetuado por meio da ação de retificação, com manifestação do Ministério Público e encaminhamento ao juízo competente.

A terceira seção trata da reponsabilidade administrativa do registrador ou do notário, uma vez que por se tratar de agente público está vinculado ao que a lei impõe como obrigação, razão pela qual está norteado por princípios administrativos específicos. A quarta seção trata do registro das pessoas naturais, seu modo de realização, objetivo e diferenciação de registros para enunciações e declarações.

A quinta seção, trata do serviço notarial de competência do tabelião ou notário, desenvolvendo ainda o tema dos direitos, deveres e serviços pertinentes a estes agentes públicos. Já a sexta seção visa tratar do princípio da imutabilidade do nome, que é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que por se tratar de identificação do indivíduo na família e na sociedade poderia acarretar prejuízos, estabelece ainda as hipóteses de alteração do nome, como os casos de erros gráficos, apelidos públicos e notórios, entre outros. E ainda, as novas hipóteses de alterações advindo de entendimento dos tribunais e as possibilidades de alteração do sobrenome.

Desta maneira, fica clarividente que a alteração do nome traz benefícios ao indivíduo diante de um direito fundamental seu, e

que através da instituição de seus valores constitucionais acaba salvaguardando-o em sua integridade física, psicológica e socioambiental.

1 ASPECTOS JURÍDICOS PELO CÓDIGO CIVIL

Primeiramente, considerando que a temática aborda aspectos relativos ao nome (especificamente), apontando para um enfoque conceitual, indispensável se faz mencionar o entendimento adotado pela doutrina. Isso porque a doutrina se mostra como única fonte de auxílio para interpretação legislativa de forma extensiva. Assim, de acordo com Maria Helena Diniz, antes de mais nada, imprescindível se torna verificar qual é a acepção jurídica do termo “pessoa”.

Para a doutrina tradicional “pessoa” é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não - cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.

Por meio desse pensamento, pode-se concluir que, para efeitos, todo aquele que possa ser considerado “pessoa” dentro do Direito Civil, é, por si só, uma figura detentora de direitos e deveres. Este fato nos leva diretamente a um outro conceito que é diretamente decorrente desse, o de “personalidade”.

Maria Helena Diniz (2009) se debruça amplamente sobre o assunto e, segundo seu entendimento, a personalidade é uma ideia que se liga a ideia de pessoa. Em suas palavras, sendo a pessoa natural (ser humano) ou jurídica (agrupamentos humanos) sujeitos das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade.

Conforme decorre da legislação Civil vigente, a personalidade, segundo o art. 2º, é adquirida a partir do nascimento com vida. Estes dois requisitos (nascimento e vida) promovem à pessoa física a possibilidade de adquirir a personalidade jurídica que, então, trata-se da aptidão genérica de se tornar um sujeito de direitos e deveres na ordem civil.

Em palavras de Carlos Roberto Gonçalves, todo indivíduo tem direito à identidade pessoal, de ser reconhecido em sociedade por denominação própria. Tem ele caráter absoluto e produz efeitos erga omnes. Aqui, conforme o caso apresentado, as tratativas irão abordar a aquisição de personalidade formal das pessoas físicas.

Desta feita, diz o art. 2º do Código Civil que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Quanto a isso, Caio Mário da Silva (2010) se pronuncia dizendo que:

Não depende esta da consciência ou da vontade do indivíduo [...] é atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável.

Com isso pode-se dirigir ao pensamento de que a personalidade não se trata de uma mera faculdade permitida ao homem, mas algo que conforma parte de sua essência quando à sua existência civil no Estado.

Somente por meio dela é que será possível a aquisição de direitos fundamentais para a estruturação de seu reconhecimento e sua individualização, como por exemplo, o direito à expedição um documento imprescindível à sua identificação, a fim de satisfazer as necessidades sociais do homem.

Diniz (2009) cita Goffredo Telles Jr., no que tange à personalidade, dizendo que os direitos de personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a auto-ria, etc. Por outras palavras, os direitos de personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.

Quanto ao que diz respeito ao nome da pessoa natural, este conforma parte dos direitos adquiridos por meio da personalidade. Assim, é possível delimitar um parâmetro de individualização do ser humano, estabelecendo uma relação direta com o caractere de

sua dignidade constitucionalmente estabelecida no artigo 1º, III de nossa Carta Política.

Desta, pode-se extrair o seguinte: a identificação da pessoa se dá pelo nome, que a individualiza; pelo estado, que define sua posição na sociedade política e na família, como indivíduo; e pelo domicílio, que é o lugar de sua atividade social (DINIZ, 2009).

O nome é o aspecto mais significativo de identificação, daí o motivo pelo qual é juridicamente tutelado. Em regra, dois são os elementos constitutivos do nome: o prenome, próprio da pessoa, e o patronímico, nome de família ou sobrenome, comum a todos os que pertencem a uma certa família (CC, art. 16) e, as vezes, tem-se o agnome, sinal distintivo que se acrescenta ao nome completo (filho, júnior, neto) para diferenciar parentes que tenham o mesmo nome (DINIZ, 2009).

No que diz respeito à natureza jurídica desse direito, o entendimento trazido por Pablo Stolze (2010) é de que:

Algumas teorias tentam explicar a natureza jurídica do direito ao nome. A primeira o identifica como um direito de propriedade, cujo titular, para alguns, seria a família e, para outros, o próprio indivíduo.

Tal tese somente prospera em relação ao nome comercial, que, por possuir valor pecuniário, torna patrimonial o direito do titular.

Em relação ao nome civil, porém, é inaceitável tal afirmação, uma vez que o direito ao nome tem natureza evidentemente extrapatrimonial, haja vista que ninguém pode dispor do próprio nome, alienando-o ou abandonando-o à mercê de terceiros.

O nome é uma obrigação da qual são investidos os genitores ao assumir a responsabilidade sobre os filhos. Essa obrigação decorre de um elemento que doutrinariamente recebeu a nomenclatura de “Poder Familiar”. Com a iminência da CF em 1988, as disposições sobre os relacionamentos familiares começaram a incorporar uma visão cada vez mais voltada à afetividade entre os membros do que ao próprio vínculo sanguíneo e genealógico. Os diplomas normativos que se sucederam à Carta Magna da República buscaram, aos poucos, se amoldar aos novos conceitos, tanto por questões de

ordem hierárquica-normativa como também por questões de progresso social.

No que tange especificamente aos filhos, as disposições constitucionais determinaram que a guarda destes, compete a ambos os pais de maneira isonômica. Logo, com o advento do novo Código Civil em 2002, a proposta da CF foi mais uma vez positivada por meio do atual artigo 1630, que dispõe: “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. Essa afirmação traduz o entendimento de que cabe aos pais, equitativamente, a responsabilidade pela escolha do nome dos filhos.

Os conceitos que emanam do caractere “poder familiar” permeiam uma ideia relacionada à autoridade e o controle parental sobre a família. Esse controle possui ampla extensão sobre a responsabilidade dos pais, indo desde o modo como será a configuração específica daquele ente familiar, o planejamento e a preparação para a concepção ou recebimento de filhos até os métodos de organização diária daquela entidade (afetiva, econômica, funcional, etc.).

Por meio deste poder, do qual são investidos os pais, é que se possibilita a manutenção dos filhos em sua companhia, para que dessa forma possam eles proporcionar à prole coisas como proteção, afeto e educação, entre outras variantes decorrentes da responsabilidade incumbida aos genitores, incluindo os aspectos de identificação familiar.

Dessa forma, sustenta-se aquilo que a doutrina nomeou como “função social da família”, que basicamente seria se atentar ao fato de que a família é, e sempre será, a fonte basilar da sociedade. Por meio dessa ideia vem o peso da responsabilidade do poder familiar já que, através dele, serão repassadas aos novos cidadãos as aptidões do convívio social harmônico.

É possível, ainda, caracterizar os aspectos do nome em relação aos filhos adotados. Isso porque, como mencionado acima, hodiernamente o Código Civil se atentou as disposições da Constituição Federal, entrando em ampla consonância com o diploma e, assim, não aceitando qualquer tipo de rejeição ou diferenciação entre os filhos de determinado casal. Considerando isso, todos os filhos são equiparados a condições de igualdade de direitos e deveres dentro da configuração familiar em que se encontrem.

Por um viés conceitual, para Gonçalves (2018, p.572) a adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha. Malgrado a diversidade de conceitos do aludido instituto, todos os autores lhe reconhecem o caráter de uma *fictio iuris*. Ou seja, é de entendimento sedimentado entre os doutrinadores que a adoção cria uma relação fictícia de paternidade e filiação e, considerando os preceitos da moderna Constituição de 88, essa relação fictícia é alçada ao campo do vínculo afetivo de forma sobreposta as relações genealógicas.

Desta frente, conclui-se que a aquisição do sobrenome pode decorrer também de ato jurídico, como é o caso da adoção, mediante requerimento ao magistrado. Realmente na adoção o filho adotivo não pode conservar o sobrenome de seus pais de sangue; deverá acrescentar o do adotante (CC, art. 1626). A decisão conferirá ao menor o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação do prenome, a pedido do adotante ou do adotado (CC, art. 1627). [...] Na adoção regida pelo Código Civil, artigos. 1618 a 1629, [...] o adotado desliga-se de qualquer vínculo com os pais de sangue e parentes, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais (CC, art.1626) (DINIZ, 2009, p.213).

2 DO PROCEDIMENTO

Em que pese seja possível abordar neste tema uma diversidade de procedimentos relacionados à proteção ao nome e a personalidade, seguindo o enfoque principal, o desenvolvimento desta parcela do estudo irá se limitar ao procedimento de retificação de registro civil, realizando um parâmetro com a garantia da dignidade da pessoa humana por meio de uma análise de campos realizada através de um viés interdisciplinar.

Antes de mais nada, imprescindível se torna alentar que, como supramencionado, a garantia da dignidade humana encontra tutela constitucional por meio do art. 1º, inciso III de nossa Carta Política. Vários são os mecanismos atuais disponíveis para tutelar a garantia da dignidade humana, incluindo nesse rol, o grande número de órgãos e entidades aptas a proteger e proporcionar a existência digna do ser humano, principalmente a nível internacional.

Porém, qual a proteção dada especificamente à personalidade no âmbito do ordenamento civil, dentro das regras de um Estado Soberano e declaradamente garantista, como é o caso do Brasil? Bem, no que tange à princípios a segurança jurídica do jurisdicionado, esse meio de efetivação da proteção individual é fornecido pela legislação processual civil. Feitas essas considerações, passo ao efetivo procedimento.

Como toda série de atos vinculados que busca materializar o direito no ordenamento civil, o procedimento é realizado por meio da chamada “Ação de Retificação de Registro Civil”, que poderá ser interposta por via judicial, atendendo aos requisitos básicos do art. 319 do Código de Processo Civil ou, por via extrajudicial, a depender das peculiaridades do caso concreto.

Em que pese a regra da imutabilidade do nome civil, a legislação, como já mencionado, admite que essa alteração seja realizada em determinados casos específicos, elencados no rol do art. 52 da Lei de Registros Públicos. O ordenamento passou a admitir o procedimento administrativo em uma tentativa de diminuir o número altíssimo de demandas interpostas anualmente no Poder Judiciário.

Importante destacar que o principal fundamento dessas demandas é a busca pela correta identificação familiar, aliado a uma ampla diversidade de dispositivos, geralmente constitucionais, que irão acompanhar a narrativa dos fatos. Dessa forma, dispõe o art. 319 do Código de Processo Civil:

Art.319. A petição inicial indicará:

I - o juízo a que é dirigida;

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

[...]

Seguidamente, a petição será protocolada no órgão do Poder Judiciário da respectiva localidade, por intermédio do sistema de processamento digital e a petição será automaticamente distribuída para a vara responsável de proceder aos atos. Esse tipo de processo possui, ainda, uma característica que o destaca dentro da sistematização do procedimento comum.

Essa característica em questão é o fato de que, dentro do despacho inicial do juiz/a que recebe o processo, existe uma ordem que determina a remessa dos autos ao Ministério Público. Isso acontece porque, como bem se sabe, o Ministério Público é o ente fiscal da lei e, por isso, possui atribuições de analisar e dever de se manifestar em questões que se considerem de interesse coletivo ou envolvam normas de ordem pública.

O fato do nome não ser tão somente um direito intrínseco ao ser humano, e sim o meio de seu reconhecimento e individualização civil na coletividade, é o motivo que enseja a participação ativa do Ministério Público dentro do procedimento. Sua função será se manifestar a respeito da possibilidade de alteração e, logo, proferir um parecer sintético a respeito dela. Irá o Ministério deferir o não o pedido.

O magistrado, porém, em razão do princípio do livre convencimento motivado, não está limitado ao parecer do Ministério Público a respeito do assunto, ou seja, independentemente do deferimento ou não do pedido pelo Ministério, poderá o juiz/a reconhecer ou não o pedido, fundamentado nas disposições legais pertinentes e com base na narrativa dos fatos, desde que verifique não haver potenciais prejuízos a terceiros em razão da alteração. Deferido o pedido pelo magistrado/a, uma vez reconhecida a possibilidade da alteração, este irá determinar a expedição imediata de um ofício ao Cartório de Registro Civil da localidade para que se proceda a alteração.

Por outro lado, o procedimento por via extrajudicial não possui tamanhas formalidades, motivo pelo qual não o estudo não irá se delongar nessa modalidade.

A via extrajudicial foi a solução encontrada pelo legislador para a realização de alterações de menor relevância, de forma menos

burocrática e consideravelmente mais simples. A intenção de proporcionar essa saída alternativa, como mencionado anteriormente, foi diminuir a supersaturação do fluxo de processos do Poder Judiciário.

Assim, poderá o interessado, preferencialmente por meio de advogado, realizar pequenas alterações em seu registro civil diretamente pelo próprio Cartório de Registro, como por exemplo, erros gráficos na escrita do nome.

As ressalvas ficam a cargo de situações mais complexas que não necessitam passar pelo crivo de um magistrado, mas, em compensação, necessitam tramitar em mãos de outros serventuários, como por exemplo, uma autoridade Consular. Esse tipo de situação está a cargo de casos de retificações em nomes de estrangeiros, residentes no país por qualquer meio legalmente admissível.

3 DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

Primeiramente, antes de delimitar os limites da responsabilidade, importante se faz trazer um conceito para o direito administrativo, que é o ramo responsável pela tutela da administração pública. Em palavras de Carvalho Filho:

[...] sem abdicar dos conceitos dos estudiosos, parece-nos se possa conceituar o Direito Administrativo como sendo o conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir.

Ocorre que, toda norma regente de determinado grupo de atos possui uma estrutura fundada em princípios básicos que irão determinar a extensão de seu alcance efetivo. Dentro do direito administrativo, que cuida, a priori, da regência da administração pública, não é diferente.

Esta legislação não possui um diploma próprio, como é o caso, por exemplo, do Código Civil ou o Código Penal, mas também não se trata de alguma consolidação de leis, como a CLT. O direito administrativo se encontra em legislações esparsas que tutelam a administração pública, fundadas, é claro, na Constituição Federal.

De acordo com o art. 37 da Carta Magna, são princípios da administração pública:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

Como pode ser apreciado, cinco são os princípios que norteiam a atividade administrativa e, o motivo de elencar essa questão neste estudo, é que o Oficial de Registro Civil também é um serventuário público e está igualmente sujeito a legislação administrativa quando qualquer outro servidor. Alguns autores, ainda, reconhecem outros princípios que seriam decorrentes destes, como por exemplo, o princípio da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do poder público. Assim sendo, passa-se a observar rapidamente cada um desses princípios, individualmente.

3.1 DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Entende Marinela (2012, p. 27) que, este não se trata tão somente de um princípio regente do direito administrativo, mas sim um princípio geral do direito, intrínseco a qualquer grupo socialmente organizado, como uma própria condição de existência e pressuposto de convívio harmônico. Por essa razão esse princípio não se encontra expresso em lugar algum, pois trata-se de uma presunção lógica, motivo pelo qual inúmeras regras constitucionais fazem alusão direta a esse princípio de diversas maneiras. Assim, delibera a autora que a função deste princípio:

O princípio da supremacia determina privilégios jurídicos e um patamar de superioridade do interesse público sobre o particular. Em razão desse interesse público, administração terá posição privilegiada em face dos administrados, além de prerrogativas e obrigações que não são extensíveis aos particulares

Desta forma, podemos ver a importância dos atos administrativos em relação aos particulares. Essa mesma supremacia é a que

embala a supracitada necessidade de participação do Ministério Público dentro do procedimento de retificação.

Isso também aponta a paridade de responsabilidades inerentes aos serventuários públicos, sem maiores distinções entre suas prerrogativas básicas de atuação, determinando o interesse público sempre hierarquicamente posicionado de forma superior ao interesse particular.

3.2 DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O interesse público é um conjunto de interesses no mesmo sentido para uma porção majoritária de pessoas. Paralelamente ao princípio citado acima, encontra-se o princípio da indisponibilidade do poder conferido aos entes públicos e, logicamente, aos seus respectivos servidores. Nos apontamentos realizados por Alexandre Mazza (2016, p.126):

O supraprincípio da indisponibilidade do interesse público enuncia que os agentes públicos não são donos do interesse por eles defendido. Assim, no exercício da sua função administrativa os agentes públicos estão obrigados a atuar, não segundo sua própria vontade, mas do modo determinado pela legislação.

Este princípio, como poderá se observar logo mais adiante, está intimamente ligado ao princípio da legalidade. Ele impõe uma limitação à atuação do agente administrativo para evitar potenciais ganhos ou abusos de poder sobre os particulares, tornando-se um contrapeso ideal para o acima citado princípio da supremacia.

Por esta razão, ainda, esclarece Marinela (2018, p.28) que “os bens, os direitos e interesses públicos são confiados ao administrador para gestão, nunca para disposição”.

3.3 DA LEGALIDADE

Conforme o entendimento de Carvalho Filho (2017, p. 48), o princípio da legalidade é a diretriz básica da atividade administrativa. Por meio dele, é se que tem a segurança de que o agente público

está sempre limitado aos atos que lhe são autorizados por lei. Em palavras do mesmo:

É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude. Não custa lembrar, por último, que, na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legiferante.

Importante destacar que esse princípio também existe dentro do campo do direito privado, explanando que, dentro de uma ordem civil, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Este pensamento remete ao fato de que, via de regra, o particular é livre para atuar, salvo em casos que a lei o proíba.

Porém, aqui se trata de direito público e, por essa razão, o princípio possui efeito contrário. Nesse caso, o princípio determina que o agente, no exercício de suas funções, somente poderá atuar conforme determinado pela lei, e nunca em detrimento desta. Ou seja, os atos administrativos são limitados de pleno direito àquilo expressamente delimitado em lei.

3.4 DA IMPESSOALIDADE

Esse princípio estabelece que os atos do servidor público devem sempre estar fundados na ausência de subjetividade. Isso significa que a atuação do agente nunca poderá pender para um lado de forma parcial, seja por interesses pessoais, próprios ou de terceiros,

e sim de forma isonômica, tratando igualmente na medida jurídica a todos os administrados (MARINELA, 2012).

A autora ainda afirma que o princípio se encontra de forma expressa no Constituição Federal, como o próprio artigo 37, inciso II, que institui a exigência de concurso público para exercício de cargos ou empregos públicos.

3.5 DA MORALIDADE

Provavelmente esse é o princípio mais complexo de se deduzir, isso porque a moral é um conceito extremamente subjetivo e varia drasticamente de indivíduo para indivíduo. Poderia tentar se extrair a natureza jurídica da moralidade. Isso nos levaria diretamente para as raízes da filosofia jurídica e os preceitos a respeito de moral e justiça apresentados por Kant, por exemplo. Entretanto, esse debate resultaria em uma longa discussão que não levaria ao ponto imediatamente necessário. O principal, por enquanto, é entender que a moral, dentro do direito, é simplesmente uma expectativa de atos realizados com plena e total probidade.

Seguindo este pensamento, Carvalho Filho (2017, p.49), mais uma vez aqui citado, compreende o princípio constitucional da moralidade da seguinte maneira:

O art. 37 da Constituição Federal também a ele se referiu expressamente, e pode-se dizer, sem receio de errar, que foi bem aceito no seio da coletividade, já sufocada pela obrigação de ter assistido aos desmandos de maus administradores, frequentemente na busca de seus próprios interesses ou de interesses inconfessáveis, relegando para último plano os preceitos morais de que não deveriam afastar-se.

O que pretendeu o Constituinte foi exatamente coibir essa imoralidade no âmbito da Administração. Pensamos, todavia, que somente quando os administradores estiverem realmente imbuídos de espírito público é que o princípio será efetivamente observado. Aliás, o princípio da moralidade está indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa.

3.6 DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade é tão somente a garantia da divulgação ampla e pública de todos os atos administrativos. A finalidade, naturalmente, é o conhecimento público desses atos. Isso se deve a que, como já mencionado, o administrador exerce uma função de tutela de bens, direitos e interesses públicos, por isso a importância de que os respectivos titulares desses interesses tenham conhecimento dos atos dos serventuários (MARINELA, 2012).

A doutrina tende a relacionar esse princípio a diversos efeitos e consequências decorrentes dele, mas a publicidade dos atos nada mais é do a demonstração notória da vinculação das atividades administrativas do serviço público ao interesse da coletividade administrada por ele.

4 O REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS

O Registro da pessoa natural está ligado ao interesse da pessoa física, cabendo ao registrador civil realizar o registro e dar publicidade desde o nascimento até a morte. Possui como finalidade fixar o estado civil ou estado da família da pessoa natural, atestando o nome, filiação, idade e capacidade para os atos da vida civil, e outros atos importantes para a o reconhecimento da pessoa em sua esfera jurídica e social.

Loureiro (2017, p.138), atesta que “Em suma, o registro civil das pessoas naturais é o repositório dos atos de estado civil, o mecanismo apto para a constatação e a publicação dos fatos e atos que definem o estado de uma pessoa física”. Isto posto, diante da tutela dada a pessoa humana, por meio da qual é revestida de personalidade, também recebe proteção no tocante à igualdade substancial, que se torna possível apenas com a identificação por seu estado pessoal.

O estado da pessoa define o seu estatuto normativo particular e, por isso, é que o indivíduo é designado para fazer prova das

circunstâncias e elementos que estabelece a sua posição jurídica pois, além de estabelecer direitos e deveres, a publicidade do estado das pessoas é importante ao Estado, que deve ter acesso aos eventos que dependem de seus administrados.

Desta forma, os atos de estado civil são escritos e possuem as principais ocorrências do estado das pessoas, que são consignados em registro por um oficial, dotados de fé pública. Assim, o Registro Civil é uma maneira de dar publicidade jurídica, permitindo a qualquer indivíduo ter ciência do estado das pessoas.

Nesse sentido, Loureiro (2017, p. 95) cita Hernandez Gil:

Em sentido amplo publicidade é a atividade dirigida a difundir e fazer notório um acontecimento. Em sentido menos amplo, consiste na exteriorização ou divulgação de uma situação jurídica para produzir cognoscibilidade geral. Em sentido mais estrito e técnico por publicidade devemos entender o sistema de divulgação encaminhado a fazer cognoscível a todas as determinadas situações jurídicas para a tutela dos direitos e a segurança no tráfico.

Dessa forma, a publicidade trata de uma possibilidade de conhecer que se produz em uma declaração específica. Traz como efeito a oponibilidade erga omnes das circunstâncias escritas em livro próprio. Em relação ao Registro Civil das Pessoas Naturais, o seu efeito da publicidade é probatório, fazendo prova plena de determinados acontecimentos como o nascimento, casamento e óbito de uma pessoa, não havendo outra maneira de demonstrar estes fatos já ocorridos.

Outro efeito gerado pela publicidade jurídica é a presunção de veracidade, ou seja, presume-se como verdadeiro o que está mencionado no registro, e caso não seja verdadeiro pode o indivíduo requerer a retificação ou anulação do registro. Além da presunção de veracidade cabe ressaltar que o Registro Civil possui fé pública registral, isto é, os estados da vida civil da pessoa fazem prova plena dos eventos ocorridos na presença do oficial do cartório.

Compete ainda diferenciar o registro dos demais assentos,

como as enunciações, nas quais o oficial possui a obrigação de constatar e as declarações que são realizadas pelos interessados sem a necessidade de verificação de veracidade. Desta maneira, os estados da vida civil e as certidões remetidas pelo administrador possuem fé pública até prova em contrário.

5 SERVIÇO NOTARIAL

É atribuído ao notário ou tabelião a competência de efetivar a vontade das partes juridicamente e interceder nos casos de atos e negócios jurídicos. Assim sendo, Loureiro (2017, p.53) define o notário e o registrador como “[..] profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado a atribuição de velar pela segurança, validade, eficácia e publicidade dos atos e negócios jurídicos”.

Nesse sentido o art.3º, da Lei nº 8.935/94 prescreve que:

Art. 3º. Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro. (BRASIL, 2018)

Diante disso, o notário e o registrador, com a sua fé pública podem autenticar atos e fatos jurídicos por todas as demais pessoas. Possui como função principal cuidar da paz social e a segurança jurídica dos atos criados pelos indivíduos, sendo considerados como agentes públicos sob iniciativa privada, o que contribui com a Administração.

Denominado como “qualificação notarial”, o ofício do notário e do registrador possui como alicerce o princípio da legalidade no cumprimento das solenidades, devendo sempre expressar a vontade das partes, prevalecendo o interesse da sociedade.

Conforme estabelece a Lei nº 8.935/94, sempre devem ser cuidadas, a publicidade, a segurança dos atos e negócios jurídicos dos particulares, a autenticidade e a eficácia pelo tabelião e oficial, sempre visando a melhor promoção da segurança jurídica nos casos entre particulares.

Comumente, o notário e o registrador são profissionais que possuem o dever de defender de maneira igualitária os interesses de

ambas as partes, com o desígnio de dar proteção aos intervenientes, interessados, além de terceiros. Desta forma, há uma sede onde o notário ou o registrador exerce os atos de seu ofício e suas atribuições.

No que se refere ao serviço de registro, Loureiro (2017, p.66) chega a conceituação diante da ideia dada pela Lei n° 8.935/94 da seguinte maneira:

[...] o termo serviço (notarial ou registral) tanto pode significar: a) uma atividade, de conforme depreende do art. 4 (“os serviços notariais e de registros devem ser prestados...”); b) um local ou sede da função (local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos) e; c) um feixe de competências ou atribuições (art. 5 da LNR).

Assim, o serviço do notário e o oficial devem fixar o seu serviço em um local acessível ao público, que também deverá oferecer uma certa segurança para o arquivamento de livros e documentos.

Nesse sentido, preceitua o art. 4 da Lei n° 8.935/94:

Art. 4º Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos.

Quanto aos serviços pertinentes aos Registros Públicos são pautados no art. 1º da Lei de Registros Públicos – Lei. 6.015/73:

Art.1º Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.

§1º Esses registros são:

- I – O registro civil de pessoas naturais;
- II – O registro civil de pessoas jurídicas;
- III - O registro de títulos e documentos;
- IV – O registro de imóveis;
- V – O registro de propriedade literária, científica e artística.

O Capítulo V da Lei nº 8.935/94, versa sobre os interesses e faculdades estabelecidos aos registradores quanto aos seus atos realizados. Assim, o art. 28 garante ao registrador o direito de independência no momento de realização de seu ato com direito ao recebimento de emolumentos oriundos de seus atos, consoante a sua transcrição:

Art. 28. Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei.

Ainda, além da independência dada ao registrador, ao art. 29 da Lei nº 8.935/94, estabelece quais são os direitos pertinentes ao registrador relacionados aos seus desmembramentos ou desdobramento de sua serventia e a participação e organização de associações ou sindicato.

Art. 29. São direitos do notário e do registrador:

- I – Exercer opção, nos casos de desmembramento ou desdobramento de sua serventia;
- II – Organizar associações ou sindicatos de classe e deles participar.

Quanto aos deveres do registrador e dos notários, o seu rol também está elencado na Lei nº 8.935/94, conforme prescreve o seu art. 30:

Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro:

- I - manter em ordem os livros, papéis e documentos de sua serventia, guardando-os em locais seguros;
- II - atender as partes com eficiência, urbanidade e presteza;
- III - atender prioritariamente as requisições de papéis, documentos, informações ou providências que lhes forem solicitadas pelas autoridades judiciárias ou administrativas para a defesa das pessoas jurídicas de direito público em juízo;
- IV - manter em arquivo as leis, regulamentos, resoluções, provimentos, regimentos, ordens de serviço e quaisquer outros atos que digam respeito à sua atividade;
- V - proceder de forma a dignificar a função exercida, tanto nas atividades profissionais como na vida privada;
- VI - guardar sigilo sobre a documentação e os assuntos de natureza reservada de que tenham conhecimento em razão do exercício de sua profissão;
- VII - afixar em local visível, de fácil leitura e acesso ao público, as tabelas de emolumentos em vigor;
- VIII - observar os emolumentos fixados para a prática dos atos do seu ofício;
- IX - dar recibo dos emolumentos percebidos;
- X - observar os prazos legais fixados para a prática dos atos do seu ofício;
- XI - fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar;
- XII - facilitar, por todos os meios, o acesso à documentação existente às pessoas legalmente habilitadas;
- XIII - encaminhar ao juízo competente as dúvidas levantadas pelos interessados, obedecida a sistemática processual fixada pela legislação respectiva;
- XIV - observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente.

6 PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO NOME

Conforme explica Loureiro (2017, p.175): “o princípio da imutabilidade do nome tem como finalidade garantir a segurança jurídica e a estabilidade dos atos da vida civil”. Ou seja, o nome, incluído o prenome e o sobrenome, é um elemento que individualiza e identifica o sujeito na sociedade. Em função disso é que a Lei 6.015/73 dispõe em seu artigo 58 que o prenome é definitivo, vigorando assim o princípio da imutabilidade do nome.

Em relação a regra da imutabilidade do nome, entende-se que seja um princípio de ordem pública, é por esta razão que a alteração só é admitida em situações excepcionais e à luz de motivo justificável.

No entanto, diante da evolução da sociedade, a Lei de Registros Públicos passou a permitir a alterações do nome, levando em consideração os direitos constitucionais legalmente previstos na Carta Magna de 1988, principalmente em relação a dignidade da pessoa humana.

Desta maneira, por se tratar de uma identificação que discerne o indivíduo da família e da sociedade, ainda há uma certa resistência em admitir alterações, uma vez que a eventual mudança poderia ocasionar confusão perante o Estado e a sociedade, entretanto, já se encontram diversas exceções em lei e nos precedentes dos tribunais, sempre observando o princípio da dignidade humana. Assim, a jurisprudência admite a concessão para a alteração do nome sempre que acarretar dano a segurança jurídica e aos atos da vida civil.

Nesse seguimento, Loureiro (2017) cita a seguinte ementa:

Em matéria de prenome, predomina a regra da imutabilidade. Entretanto, não se pode perder de vista a finalidade da norma, que é a de conferir estabilidade e segurança a identificação das pessoas e, por consequência, as relações jurídicas. Caso concreto em que, tratando-se de uma criança de 5 anos, nenhum prejuízo se visualiza.

Cabe ainda ressaltar que quanto aos sobrenomes familiares, só é possibilitada a alteração mediante hipóteses excepcionais estabelecidas no art. 56 da Lei de Registros Públicos. Ocorre que, ainda

que a lei admita em hipóteses mais restritivas essa mudança, raramente são aceitas pela jurisprudência, principalmente diante das hipóteses eventualmente não previstas no artigo.

6.1 POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO NOME

Para a alteração do nome, é necessário que o pedido de alteração do nome seja feito por meio de processo judicial, com motivo justificável, diante da manifestação do Ministério Público, e ainda que o seu pedido seja julgado procedente pelo juízo, consoante o art. 57 da LRP.

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

O art. 58 da LRP, permite que o prenome seja substituído no ambiente em que o indivíduo habita por apelido público e notório, exceto se proibido por lei. Assim, a finalidade da alteração do prenome por apelido público e notório é de fato o reconhecimento do indivíduo perante a sociedade, nada o impedindo de requerer a alteração.

No entanto, Schmidt e Chemin expõem a ideia de Brandelli (2012), na qual alega que diante da mudança poderia ocorrer um acréscimo do apelido ao nome do indivíduo, uma vez que traria mudanças menos radicais do que a sua substituição.

Podem ser citados como exemplos, a apresentadora Xuxa, que diante de sua publicidade e notoriedade conseguiu instituir em seu em seu nome o apelido “Xuxa”, tornando-se assim *Maria da Graça Xuxa Meneghel*, e o ex-presidente da República Federativa do Brasil que é conhecido como “Lula”, passou a adotar seu nome como *Luiz Inácio Lula da Silva*.

É possibilitada ainda ao indivíduo a alteração do prenome quando se tratar de prenome ridículo, isto é, aquele que causar constrangimento ao indivíduo, estes prenomes ridículos não poderão ser registrados, dado que fere a dignidade da pessoa humana. Entretanto, caso os pais não se conformem com a recusa do oficial, poderá este registrar e realizar um parecer quanto ao caso, conforme estabelece o art. 55 em seu parágrafo único da Lei nº 6.015/73.

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

Nessa sequência, Schmidt e Chemin menciona Diniz¹² (2009, p.102) com os exemplos de listas de nomes que evidenciam um prenome ridículo:

[...] há extensa lista de nomes que colocam o seu portador ao ridículo, em que se destacam nomes como Céu Azul do Sol Poente, Último Vaqueiro, Sebastião Salgado Doce, Rolando Pela Escada Abaixo, Sum Tin Na, Janeiro Fevereiro de Oliveira Março, Remédio Amargo, Amável Pinto, Rego Penteado, Vitor Hugo Tocagaita, Ana Baiana Meleva Daqui Pratinhos [...]

A alteração do nome ainda é possível, diante da realização do registro do nome por quem não tinha o direito de fazê-lo e pelo uso. Assim, cabe aos pais registrar aos filhos, uma vez que estes detêm de maneira efetiva o poder familiar, como estabelece a Carta Magna de 1988 e o próprio Código Civil de 2002, podendo caso haja o registro do nome da criança escolhido por terceiro ser considerado como inválido.

¹² SCHMIDT; CHEMIN apud DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do Direito Civil. 26.ed. São Paulo, 2009. V.1.

Quanto ao uso, apesar de pouco conhecido, quando a pessoa venha a utilizar um prenome diverso de maneira frequente e que assim seja conhecido no meio social, a retificação é admitida por meio de pedido judicial.

A Lei de Registros Públicos nº 6.015/73, elenca em seu artigo 56 a possibilidade de retificação de seu nome após contrair a maioridade civil, onde poderá requerer pessoalmente ou por meio de procurador, contanto que não venha prejudicar os apelidos de família.

Para esta alteração do nome, o requerente não precisa declarar o motivo de alteração, basta de que seja realizado no primeiro ano após a maioridade.

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Cabe ainda que ressaltar que o estrangeiro que se deslocou ao país com o intuito de fazer morada e possuir nome que em língua nacional, e eventualmente seu nome seja considerado como constrangedor ou de difícil pronúncia, poderá requerer a adaptação ou tradução de seu nome à língua portuguesa, de acordo com o artigo 71, §1º da Lei nº 13.445/2017, segundo o qual “No curso do processo de naturalização, o naturalizando poderá requerer a tradução ou a adaptação de seu nome à língua portuguesa.

Em relação a necessidade de proteção de vítimas e testemunhas também é autorizado a alteração com o objetivo de proteger a identidade do indivíduo, a alteração ocorre por meio de requerimento ao juiz competente, ouvido o Ministério Público, onde após a cessação da ameaça o registro pode ser revertido.

Estabelecido pela Lei 9.807/1999, em seu art. 41, a criança ou adolescente adotado não mais mantém o sobrenome de seus pais de consanguíneos, gerando um desligamento do vínculo, sendo adotado o sobrenome da família adotiva, como também é estabelecido no artigo 47, §5º da referida Lei:

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

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.

§ 5o A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome.

No tocante ao erro gráfico, o próprio requerente pode comparecer ao local onde foi registrado e solicitar ao Oficial de Registro que corrija o erro gráfico apresentado em petição inicial assinada, é necessário que haja manifestação do Ministério Público.

Diante da evolução da sociedade e dos entendimentos jurisprudenciais, os tribunais têm aceitado os pedidos de retificação do nome relacionados a mudança de sexo, esta discussão ainda está em andamento, todavia, Loureiro (2017, p.318) sustenta que:

[...] o transexual, em respeito à sua dignidade, à sua autonomia, à sua intimidade e a à sua vida privada, deve ser assegurada a sua inserção social de acordo com a sua identidade individual, que deve incorporar o seu registro civil. Destarte, o tribunal determinou a averbação, no livro cartorário para constar que as modificações procedidas decorreram de sentença judicial em ação de retificação de Registro Civil. Tal providência [...], objetiva manter a segurança das relações jurídicas e, por fim, visa solucionar eventuais questões que sobrevierem no âmbito de direito de família (casamento) [...].

Por fim, os transexuais e travestis, segundo o Decreto 8.727/2016, podem utilizar o seu nome social, no campo da administração pública federal direta, autarquias e fundações.

Em relação ao sobrenome, também são possibilitadas em casos excepcionais, como nos casos de casamento, onde prescreve o

parágrafo 1º do art. 1565 CC, que possibilita a “qualquer um dos nubentes acrescentar o sobrenome do outro”.

No tocante a união estável, a própria Lei de Registros Públicos estabelece em seu artigo 57, §2º que será possibilitado a averbação do patronímico de seu companheiro:

§ 2º A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas.

A separação e o divórcio, estão expressamente previstos no Código Civil de 2002. Assim, o art. 1578, estabelece que se o cônjuge for declarado culpado perderá o direito de se utilizar o direito de família, neste caso, deve haver um requerimento expresso do outro cônjuge que foi considerado como inocente. No divórcio, o art. 1571, parágrafo 2º, expressa que o cônjuge pode retirar o sobrenome ou permanecer com o sobrenome de casado.

Sobre a hominímia, Schmidt e Chemin, mencionam Rios¹³ (1999), o qual alega que “há identidade de pronuncia ou de grafia”. Assim, algumas pessoas recebem o mesmo nome, nestes casos, é possível a alteração demonstrando os impasses e prejuízos acarretados.

Por fim, quanto ao reconhecimento e negatória de paternidade, o filho tem o direito de se utilizar o sobrenome do pai em seu registro civil. Havendo a hipótese de posteriormente ser descoberto que o pai que o registrou não é o genitor biológico pode requerer-se a alteração, salvo se não ficar provado a paternidade socioafetiva entre o pai que o registrou e o filho.

¹³ SCHMIDT; CHEMIN apud RIOS, Dermalval Ribeiro. Minidicionário escolar de Língua Portuguesa. São Paulo: DLC, 1999.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da flexibilização do princípio da imutabilidade do prenome, desde que não provoque dano a segurança jurídica e a estabilidade dos atos civil, levou em consideração os valores constitucionais, e principalmente a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, segundo Sarlet (2012), a dignidade da pessoa humana, estabelecido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, não se trata apenas de um conteúdo relacionado a ética e a moral, mas sim de uma norma jurídico positivista dotada de status constitucional formal e material, coberta de eficácia.

Nesse seguimento, Sarlet (2012), expressa:

[...] a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente. [...]

Ainda, Sarlet (2012) alega que:

[...] não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser opinião majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos.

Dessarte, diante do nome se tratar de um elemento de identificação do indivíduo no meio social, é nítido que diante das mudanças ocorridas na sociedade, o conceito de alteração do nome tem se tornado aceitável.

Diante, do rol taxativo estabelecido pela Lei de Registros Públicos para a alteração do nome, doutrinadores tem trabalhado em outras hipóteses de retificação, e a jurisprudência tem acordado quanto as modificações, levando em consideração os valores constitucionais estabelecidos na Constituição Federal e os direitos de personalidade inerente a cada ser humano no seu todo.

Tornou-se possível a retificação do nome, analisando cada caso concreto individualmente, onde em virtude da alteração somente trará benefícios a pessoa, não acarretando qualquer tipo prejuízo e violação de um dos maiores direitos do ser humano, a dignidade da pessoa humana. Assim, a relativização possibilita salvaguardar o indivíduo em sua integridade física, psicológica e socioambiental.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 6015/73 – Lei de Registros Públicos. Disponível em:> http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm<. Acesso em: 11 novembro 2018.

BRASIL. Lei nº 8069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:<[http://www. planalto. gov. br/ccivil_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 11 novembro 2018.

BRANCA, Cíntia de Jesus Casa; DA SILVEIRA, Arcênio Pires. AS POSSIBILIDADES DE ALTERAÇÃO DO NOME. **NOVOS DIREITOS**, v. 3, n. 2, p. 74-91, 2016. Disponível em:< <http://revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICJ/article/view/341><. Acesso em: 09 novembro 2018.

Dias, Maria Berenice. **Direito das Famílias**. ed. 2016. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. LENZA, Pedro. **Direito Civil Esquemático**. ed. 2017. São Paulo: Saraiva, 2018. vol.3

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros públicos: Teoria e prática. 98 ed. Ver. Atual e ampl. Salvador: Editora Juspodvim, 2017.

DE PAOLI SCHMIDT, Guilherme; CHEMIN, Beatris Francisca. AS POSSIBILIDADES DE ALTERAÇÃO DO NOME CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. **Revista Destaques Acadêmicos**, v. 9, n. 2, 2017. Disponível em: < <http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/1314>>. Acesso em: 11 novembro 2018.

PERES, Diogo Marconi. O cabimento do dano moral pelo erro no registro civil de nascimento pelo cartório: estudo de jurisprudência dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina, Paraná e Minas Gerais, entre os anos de 2006 a 2016. 2017.

BRASIL. Lei nº 13445/17 - Lei de Imigração. Disponível em: > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm<. Acesso em: 11 novembro 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9 ed. Ver. Atual. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

BRASIL. Lei nº 10406/02 - Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 novembro 2018.

ZAMPIER, Bruno. CARVALHO, Carla. LENZA, Pedro. **OAB Primeira Fase Esquemático**. ed. 2018. São Paulo: Saraiva, 2018. vol. único.

AS OCUPAÇÕES IRREGULARES NOS LOTES DOS ASSENTAMENTOS DE REFORMA AGRÁRIA ITAMARATI I E II: UMA ANÁLISE JURÍDICA

Cristian Marcial¹⁴
Gianete Paola Butarelli¹⁵

RESUMO: Os assentamentos Itamarati I e II, situados no Município de Ponta Porã, Mato Grosso do Sul, são considerados os maiores assentamentos rurais da América Latina. Entre os anos de 2010 e 2011 foi constatado que várias famílias destes assentamentos ocupavam lotes de terra sem a anuência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, que desde então ajuizou diversas ações com o intuito de reaver os imóveis irregularmente ocupados. O debate sobre a possibilidade ou impossibilidade de regularização de tais ocupações repercutiu na adoção de novas políticas e a elaboração de normas voltadas à solução do problema, dinâmica que demanda reflexão e análise. Considerando esse contexto, o presente artigo teve como objetivo analisar a possibilidade de regularização jurídica dos

¹⁴ Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Ponta Porã – FIP. E-mail: cristianmap@yahoo.com.br

¹⁵ Mestra em Desenvolvimento Regional e de Sistemas Produtivos, professora de Direito Civil na instituição Faculdades Integradas de Ponta Porã – FIP. E-mail: advbutarelli@gmail.com

ocupantes irregulares dos Assentamentos Itamarati I e II, frente às previsões legais vigentes quanto ao tema. A pesquisa foi realizada a partir da metodologia dedutiva, buscando partir de premissas gerais aplicáveis à hipótese concreta, no caso, as ocupações irregulares de lotes dos Assentamentos Itamarati. As conclusões apontaram para o fato de que, em muitos casos, seguir a letra fria da lei pode representar uma resposta extremada para o problema, e que cabe ao operador de direito realizar uma análise reflexiva e crítica da norma para buscar uma resposta que mais se adequa ao valor justiça.

PALAVRAS – CHAVE: Reforma Agrária, direitos fundamentais, posse, função social.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se desenvolve a partir de uma abordagem interdisciplinar, por apresentar uma questão que se inicia como fenômeno social e desdobra-se em fenômeno jurídico. O ponto de partida da análise jurídica elaborada durante o período desta pesquisa se dá pela Constituição da República Federativa do Brasil, quando estabelece em seu artigo 5º, inciso XXIII que a propriedade atenderá a sua função social, e que o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social será suscetível de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária conforme se extrai do artigo 184, caput da Carta Maior.

Para a perspectiva adotada nesta pesquisa, considera-se “reforma agrária” o conjunto de medidas que visam promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade¹⁶.

A Carta Magna esclarece que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, aos requisitos de aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; obser-

¹⁶ Tal conceituação se extrai do artigo 1º, §1º do Estatuto da Terra - Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1.964

vância das disposições que regulam as relações de trabalho; e finalmente uma exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Em consonância com a legislação vigente, quando desapropriado para fins da reforma agrária, o imóvel rural é distribuído a beneficiários do Programa Nacional de Reforma Agrária – PNRA, os quais recebem títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos, com a vedação legal de negociação do imóvel conforme a Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993.

Considerando tais disposições, o presente trabalho insere-se nos estudos sobre o resultado da afronta à supracitada vedação, mais especificamente as ocupações realizadas sem o conhecimento do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA nos lotes dos Assentamentos Itamarati, localizados no Município de Ponta Porã/MS, e o processo percorrido para proceder à regularização de tais ocupações.

A questão está ligada à uma verdadeira colisão entre direitos fundamentais de mesma envergadura: de um lado o direito à moradia, alimentação e vida digna dos ocupantes irregulares que cansados de esperar o governo efetivar a reforma agrária resolvem ocupar os lotes, e de outro lado o direito à moradia, alimentação e vida digna dos excedentes da lista do programa que esperam há muitos anos serem contemplados com um pedaço de terra.

Após a constatação das ocupações irregulares nos Assentamentos Itamarati, ainda no ano de 2012, iniciou-se um crítico quadro de instabilidade social e jurídica na região. O poder judiciário local tem sido saturado por ações possessórias ajuizadas de um lado pela autarquia federal que pretende expulsar todos os residentes irregulares que atualmente só possuem tal área para sua subsistência, e de outro lado, pelos ocupantes irregulares que visam se manter nos imóveis.

Durante a elaboração da pesquisa, esta tinha como escopo abordar os fundamentos para a possibilidade e impossibilidade de regularização jurídica dessas famílias nos imóveis, sendo que após análise dos impactos sociais e jurídicos do problema seria apresentada uma solução. Entretanto, durante o desenvolvimento do trabalho, após iniciativa dos órgãos envolvidos na questão, as previsões legais vigentes quanto ao tema foram aos poucos sendo aplicadas e

a questão da regularização encontra-se, por ora, juridicamente pacificada nesta região.

Assim, o objetivo da presente pesquisa é analisar a situação jurídica dos ocupantes irregulares dos Assentamentos Itamarati I e II, frente às previsões legais vigentes quanto ao tema.

Ao pesquisar sobre o estado da arte do objeto em estudo, percebeu-se que inexistem materiais de cunho científico que abordem o tema, exceto atos normativos emanados da Administração Pública bem como algumas decisões jurisprudenciais. Entende-se que tal situação se consolida diante do desinteresse de boa parte dos operadores do direito quanto à reforma agrária, e também ao pouco tempo entre o surgimento do problema e a solução apresentada para o caso. É precisamente por ser original e por visar não só abordar uma situação local e atual, mas contribuir para a compreensão da solução aplicada ao problema, que se justifica a relevância do aprofundamento sobre o debate e conhecimento do tema.

Para desenvolver a pesquisa e alcançar o objetivo estabelecido houve a necessidade de se definir qual abordagem metodológica seria mais adequada. Nesse sentido o presente estudo foi desenvolvido a partir de uma abordagem dedutiva, tendo como base a análise documental e pesquisa bibliográfica. A escolha dessa trajetória metodológica se deu com base em Bittar (2016), o qual leciona que o método dedutivo compreende à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis à hipótese concreta, isto é, partindo do geral para o particular.

Para traçar as linhas gerais das ações possessórias, foram analisados os seguintes documentos: autos da ação possessória número 0000825-58.2014.4.03.6005 e ação civil pública nº 0001454-66.2013.4.03.6005; Instrução Normativa n. 71/2012 do INCRA; documentos relativos à tramitação da Medida Provisória nº 759, de 2016 (emendas); e a Portaria nº 565 do INCRA, de 12 de abril de 2018. Diga-se que os documentos foram referências de análise para situar o objeto da pesquisa e também fonte de ideia, que posteriormente foi aprofundada por meio da pesquisa bibliográfica, a qual será reproduzida de forma descritiva.

Como técnica de pesquisa é produzido um levantamento dos dados recolhidos e sobre o tema, realizando-se uma investigação sobre a existência de precedentes judiciais, legislação e de doutrinas.

Para dar conta das indagações propostas, este trabalho foi estruturado em três seções, além desta introdução e das considerações finais. A pesquisa parte da contextualização da questão fundiária brasileira no primeiro capítulo, denominado “Reforma Agrária”, que tem a finalidade de apresentar o contexto histórico da questão fundiária brasileira e sul mato-grossense, bem como o envolvimento dos movimentos sociais no que se refere à luta pela efetivação do Programa Nacional de Reforma Agrária. Para a elaboração dessa etapa foi fundamental o levantamento de materiais teóricos que se encontram para além do Direito, tendo em vista que o fenômeno jurídico surge necessariamente como dimensão de um determinado contexto social. Assim, autores como Martins (2000) e Fachin (2015), que desenvolveram tema e conceitos concernentes à História e Sociologia, fundamentam a construção da referida seção e ratificam a perspectiva interdisciplinar do problema estudado.

A segunda seção, intitulada “Ocupações irregulares de lotes do Assentamento Itamarati”, tem a finalidade de expor os acontecimentos que envolvem a constatação e os reflexos das ocupações irregulares nos lotes dos assentamentos Itamarati. Outrossim, tem o objetivo de apresentar os fundamentos dos atores envolvidos nos litígios possessórios ajuizados na Subseção Judiciária local da Justiça Federal (INCRA, Ministério Público Federal – MPF e posseiros irregulares), deixando claras as controvérsias suscitadas. Para a elaboração dessa etapa procedeu-se ao levantamento e análise de documentos administrativos referentes à questão da regularização das ocupações irregulares lotes destinados à reforma agrária, e principalmente os autos de ações possessórias que tramitam na Subseção Judiciária local da Justiça Federal.

Já a terceira seção, denominada “A nova previsão legal e sua efetiva aplicação”, tem o objetivo de apresentar e analisar a regulação legislativa adotada para a resolução da questão, abordando a falta da sua efetiva aplicação. Para a elaboração dessa etapa também procedeu-se ao levantamento e análise de documentos legislativos e de ações possessórias referentes ao tema. Também foi realizado trabalho em campo que consistiu em acompanhar uma reunião realizada no Assentamento Itamarati I, e em acompanhar a audiência de instrução nos autos de uma ação possessória proposta pelo INCRA contra uma família que ocupava irregularmente um lote destinado à reforma agrária.

1 REFORMA AGRÁRIA

A reforma agrária está situada entre um dos temas mais importantes no estudo do Direito Agrário – ramo do Direito que tem como objetivo analisar as relações entre o homem e a propriedade rural –, mas a sua discussão abrange muito mais do que este ramo jurídico, uma vez que envolve, sobretudo, a necessidade de uma reflexão sociológica.

O tema da reforma agrária é discutido nos embates políticos atuais e devido à enorme carga de sub-informação à ele inerente, muitos parecem ter respostas, porém são poucos os que realmente o conhecem e podem de fato apresentar propostas para a solução dos problemas sociais decorrentes da questão histórica da distribuição fundiária brasileira. Nesse sentido, Martins (2000, p. 99):

O ponto essencial e problemático raramente considerado, mesmo por quem é sério e competente, é o de que a questão agrária tem a sua própria temporalidade, que não é o “tempo” de um governo. Ela não é uma questão monolítica e invariante: em diferentes sociedades, e na nossa também, surge em circunstâncias históricas determinadas e passa a integrar o elenco de contradições, dilemas e tensões que mediatizam a dinâmica social e, nela, a dinâmica política. É por isso mesmo alcançada continuamente pelas condições cambiantes do fazer história. O próprio ato de intervir na questão, de um modo ou de outro, numa perspectiva ideológica ou noutra, já altera a questão agrária. Não só a atenua ou a agrava, como também muda-a qualitativamente, define as possibilidades de nela se continuar intervindo, as condições em que tal intervenção pode ser feita. A questão é, portanto, essencialmente uma questão histórica.

Nesse passo, ter uma visão histórica sobre o surgimento da delicada e complexa questão fundiária brasileira e das grandes transformações sociais e políticas relativas à questão agrária é de suma importância para a compreensão do instituto da reforma agrária no país, considerar as condições e consequências estruturais, bem como os limites das ações que visam uma redistribuição de terras.

1.1 A CONJUNTURA HISTÓRICA DA REFORMA AGRÁRIA NO BRASIL

Pode-se dizer que o problema fundiário brasileiro se iniciou antes mesmo da descoberta do Brasil, precisamente, em 07 de junho de 1494, quando Portugal e Espanha assinaram o Tratado de Tordesilhas. As duas maiores potências à época acordaram que as terras encontradas à direita de uma linha imaginária traçada do Pólo Ártico ao Pólo Antártico, distante 370 léguas das Ilhas de Cabo Verde, na África, em direção ao oeste, seriam de Portugal, enquanto que as encontradas à esquerda do referido marco seriam da Espanha.

Após a “descoberta” do Brasil, por Pedro Álvares Cabral, já por volta de 1531, visando expandir o território recém descoberto e explorar as riquezas da colônia, a Coroa portuguesa instituiu o sistema de capitanias hereditárias, que consistia na concessão à pessoas da nobreza e de confiança do Rei, de grandes frações de terra do território brasileiro. Tais frações eram divididas em faixas de linhas imaginárias que partiam do litoral e se estendiam até a limitação trazida pelo Tratado de Tordesilhas.

No total foram instituídos 14 distritos, que foram partilhados em 15 lotes e repartidos entre 12 donatários, indivíduos que receberam as terras como doação do governo português. Para Marques (2009, p. 22), “essa generosa doação talvez explique, em parte, o processo latifundizante que se operou em nosso país a partir de sua colonização”.

Considerando que os donatários não podiam sozinhos explorar a imensa região que receberam com a instituição das capitanias, o Brasil teve seu território submetido a concessões com a utilização do instituto das Sesmarias. Por meio deste instituto os donatários permitiam que colonos, pessoas ligadas à nobreza portuguesa, navegadores ou militares, cultivassem pedaços de terra para que os

tornassem produtivos, e em contrapartida pagavam com uma porcentagem de sua produção. Cada colono agraciado com uma porção de terra tinha um registro feito pelas autoridades competentes, em geral a Igreja, denominado Carta de Sesmaria.

A Lei das Sesmarias já havia sido implantada em Portugal desde o ano de 1375 com o objetivo de corrigir as distorções no uso das terras portuguesas e ajudar no avanço da agricultura que se encontrava abandonada em virtude do êxodo rural, dos conflitos internos, e da peste negra. Para funcionar no Brasil ela foi adaptada, e determinava que se o proprietário não cultivasse a terra, esta retornaria à Coroa e seria repassada a outro agricultor que tivesse interesse em cultivá-la¹⁷.

Além desse requisito, os instrumentos de sesmarias traziam imposições ao beneficiário, aqui denominado sesmeiro, que consistiam em: colonizar a terra, ter nela a sua morada habitual e cultura permanente, demarcar os limites das respectivas áreas, submetendo-se a posterior confirmação e, ainda, pagar os tributos exigidos na época (MARQUES, 2009).

Nesse período a exploração das terras se dava com o uso de mão de obra escrava, inicialmente a dos próprios indígenas – os que sobreviveram ao extermínio que envolveu o processo de colonização do Brasil –, e posteriormente a dos negros trazidos do continente africano, que também passou por um processo de colonização dos portugueses.

Entretanto, a utilização da mão de obra escrava não foi capaz de cobrir a imensa extensão de terra, e a obrigatoriedade de se cultivar levou muitos sesmeiros a alugarem as terras a pequenos lavradores - também denominados posseiros. Estes, embora cultivassem as terras não tinham direitos sobre elas e, muitas vezes, chegavam a pagar para ficarem com a terra, o que era vedado no sistema das sesmarias.

Por outro lado, haviam aqueles beneficiários que não reuniam condições para explorar a extensa área que tinham em mãos e descumpriam as obrigações assumidas, limitando-se ao pagamento

¹⁷ Nota-se que já na época da colonização a permanência na posse do imóvel rural era condicionada ao cumprimento da função social da terra. A questão da função social da terra como requisito para permanência no imóvel rural será tratada na próxima seção.

de impostos - prática que segundo Marques (2009, p. 24) se analisado no contexto atual, ainda é realizada por grandes latifundiários brasileiros.

Outrossim, trabalhadores vindos de Portugal ocuparam as “sobras” de sesmarias não aproveitadas, gerando assim pequenas posses, atualmente denominados minifúndios¹⁸. Marques (2009, p. 24) aponta que essas pequenas posses foram responsáveis pelo abastecimento interno de então, e talvez ainda hoje sejam.

Em síntese, o regime sesmarial no Brasil durou quase três séculos. Devido as diversas irregularidades constatadas, as concessões de sesmarias foram extintas em 17 de julho de 1822, permanecendo apenas aquelas anteriormente reconhecidas. Tal fato beneficiou os posseiros, pois além de ascenderem socialmente, se firmaram como proprietários de terras, com escritura de propriedade registrada em cartório.

Marques (2009, p. 24) avalia que o emprego das sesmarias no Brasil foi maléfico e benéfico ao mesmo tempo:

Maléfico porque, mercê das distorções havidas, gerou vícios no sistema fundiário até os dias de hoje, que reclama reformulação consistente e séria. Benéfico porque, a despeito de os sesmeiros não cumprirem todas as obrigações assumidas, permitiu a colonização e o povoamento do interior do país, que se consolidou com dimensões continentais.

Essa estrutura inicial permaneceu praticamente intocável até a proclamação da independência do país, em 07 de setembro de 1822, sem que qualquer esboço de alteração partisse dos colonizadores (PROENÇA, 1999, p. 61).

¹⁸ O Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64) em seu art. 4º define minifúndio como o imóvel rural de área e possibilidades inferiores às da propriedade familiar, que por sua vez compreende ao imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalho com a ajuda de terceiros.

Após a proclamação da independência, sem nenhuma lei que tratasse da distribuição fundiária desde a extinção do regime sesmarial, iniciou-se uma intensa disputa por terras envolvendo antigos proprietários, grandes fazendeiros e grileiros apoiados por bandos armados, ficando o período marcado pela violência e grande número de mortes em razão da disputa de terras.

Nem a primeira Constituição brasileira, a de 1824¹⁹, tratou da questão da aquisição de terras. A única limitação pública que vigorava à época era a de que não se podia ocupar terras públicas, salvo se estas fossem compradas do Império, exceção que favorecia apenas os grandes proprietários, únicas pessoas com condições para a aquisição, que assim expandiam ainda mais suas terras.

Nesse período, considerado anárquico e denominado “extralegal” ou “das posses”, diante das ocupações desenfreadas e desordenadas, imperou o apossamento indiscriminado de áreas no país (MARQUES, 2009, p. 25).

Somente em 18 de setembro de 1850, sob o regime imperial, foi editada a Lei n. 601, que viria a ser regulamentada pelo Decreto n. 1318, de 30 de janeiro de 1854, a primeira lei sobre terras e como tal consagrada – “Lei de Terras”²⁰. Considerada um marco histórico no contexto legislativo agrário brasileiro, a referida lei definiu o instituto de “terras devolutas”²¹ e estabeleceu mecanismos para sua discriminação. Além disso, trouxe importantes delineamentos adotados

¹⁹ “Constituição Política do Imperio do Brazil”, de 25 de Março de 1824.

²⁰ “Dispõe sobre as terras devolutas no Império, e acerca das que são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais. bem como por simples título de posse mansa e pacífica; e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam elas cedidas a título oneroso, assim para empresas particulares, como para o estabelecimento de colonias de nacionais e de estrangeiros, autorizado o Governo a promover a colonização estrangeira na forma que se declara.”

²¹ Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commissio por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commissio, forem revalidadas por esta Lei.

pelas leis posteriores, como por exemplo normas relacionadas à legitimação da posse, proteção aos silvícolas, as limitações ao acesso de estrangeiros aos imóveis rurais brasileiros, a proteção as terras situadas em faixa de fronteira, entre outras.

Não obstante, a Lei de Terras não solucionou em definitivo o problema relacionado à distribuição de terras. Perdurava de um lado a concentração de grandes áreas (latifúndios²²) improdutivas em mãos de poucos, e, de outro, as pequenas frações de terra (minifúndios).

Nesse período, a terra passou a ser um importante e fundamental gerador de lucros para a economia do Estado. A expansão do capitalismo na Europa trazia uma grande evolução comercial e social, e diante disso o Brasil via a necessidade não só reorganizar essa estrutura, como também dar à terra um caráter mais comercial, do que social, o que, mais uma vez, apenas se coadunava com os anseios dos proprietários de grandes engenhos e latifúndios.

Com a lei de 1850 regulamentou-se o registro público de todas as terras e o governo passou a ter o controle total de terras devolutas. Dessa forma a expansão latifundiária foi freada, entretanto, os latifúndios passaram a ficar nas mãos do Governo e ainda de “coronéis” (ricos fazendeiros), que tinham influência política determinante para manter seus domínios territoriais no interior.

Após a abolição da escravatura o perfil da distribuição de terras pouco mudou. Somente com o advento da industrialização, ao final da década de 50, e a maior urbanização do país é que se iniciou o debate na sociedade sobre a questão da distribuição de terras no

§ 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei

²² Conforme definido pelo Estatuto da Terral, em seu artigo 4º, inciso V: imóvel rural que: a) exceda a dimensão máxima fixada na forma do artigo 46, § 1º, alínea b, desta Lei, tendo-se em vista as condições ecológicas, sistemas agrícolas regionais e o fim a que se destine; b) não excedendo o limite referido na alínea anterior, e tendo área igual ou superior à dimensão do módulo de propriedade rural, seja mantido inexplorado em relação às possibilidades físicas, econômicas e sociais do meio, com fins especulativos, ou seja deficiente ou inadequadamente explorado, de modo a vedar-lhe a inclusão no conceito de empresa rural;

Brasil, percebendo-se então que após séculos de disparidade, o reparo das injustiças sociais seria uma tarefa difícil.

Todavia, antes dessa percepção, embora a Constituição de 1934 tivesse garantido a inviolabilidade do direito à propriedade – ao ressaltar que tal direito não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, bem como previsse a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública mediante prévia e justa indenização, nos casos de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, ressaltando o direito à indenização ulterior²³ –, foi a Constituição de 1946 que ampliou o raio de abrangência de situações ligadas ao setor rural, destacando-se a instituição da desapropriação por interesses social, que mais tarde seria adotada para fins da reforma agrária.

Quando a reivindicação pelas “reformas de base” (agrária, urbana, bancária e estudantil) cresceu e passou a fazer parte das discussões populares surgiram as primeiras Ligas Camponesas, importantes representantes dos interesses dos trabalhadores rurais no país antes da Ditadura Militar, e grandes defensores da reforma agrária.

Em 11 de outubro de 1962, em resposta a criação das Ligas Camponesas no Nordeste e com o aparente objetivo de promover a reforma agrária no Brasil, por meio da Lei Delegada nº 11, foi criada a Superintendência da Política Agrária –SUPRA. No entanto, as ideias reformistas dessas Ligas – associadas ao socialismo que imperava em alguns países da época –, somadas às tensões que aumentavam no Brasil na década de 60, culminaram com o Golpe Militar em 1964.

Embora combatesse as formas de reestruturação propostas, numa espécie de “contradição positiva”, o Governo Federal militar estabeleceu novas diretrizes para a questão fundiária, elaborando o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 1964). Ademais, em 4 de novembro de 1966, o Decreto nº 59.456 instituiu o primeiro Plano Nacional de Reforma Agrária, porém, este não saiu do papel.

Nessa época também foram criados e extintos vários órgãos que seriam responsáveis por promover a política da reforma agrária. Castelo Branco, 26º Presidente (1964-1967), arquivou vários planos

²³ Item 17 do art. 113 da Constituição de 1934.

sobre a reforma agrária e criou o Grupo Executivo da Reforma Agrária – GERA, o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária – IBRA e Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário – INDA em substituição a SUPRA, e também foi o responsável pela criação do Estatuto da Terra (Lei nº 4504, de 30 de novembro de 1964), “que se constituiu na primeira proposta articulada de reforma agrária, feita pelo Governo, na história brasileira” (PROENÇA, 1999,p. 64).

O Estatuto da Terra, logo no §1º de seu artigo 1º, aponta o conceito de reforma agrária:

§ 1º Considera-se Reforma Agrária o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade.

Nota-se, portanto, que a definição de reforma agrária está ligada à ideia de “modificação da estrutura fundiária”; “à modificação no regime de posse e uso”; e ainda, à ideia de “redistribuição”, mas destaca-se aqui, sobretudo, a finalidade que o legislador quis dar ao instituto, qual seja: atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade. Há doutrinadores que defendem que a reforma agrária está interligada, também, ao cumprimento da função social do imóvel rural, antes uma ideia mas que hoje é consagrado como princípio, aliás, norteador do Direito Agrário (MARQUES, 2009, p. 33-34).

Nesse passo, o Estatuto da Terra, no §1º do seu artigo 2º, esclarece que a propriedade da terra cumpre sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.

Cumprir referir que os militares também elevaram o princípio da função social da propriedade rural ao status constitucional em 1967, ao relacioná-lo como princípio da ordem econômica e social, contudo, era evidente que na prática a intenção do Governo não era o de implantar a reforma agrária, mas somente acalmar os conflitos fundiários.

Não obstante, aponta Proença (1999) que em razão das características conservadoras do Governo militar e pela força das oligarquias rurais a consequência mais concreta do Estatuto da Terra foi a modernização, ainda que parcial, do latifúndio já existente, uma vez que quanto maior o patrimônio do ruralista, maior era o seu acesso ao crédito rural.

Nesse contexto, Médici (1969-1974) extinguiu o GERA, o IBRA, o INDA e criou, através do Decreto nº 1.110 de 9 de julho de 1970, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.

Logo em seguida foram criados diversos programas de ação regional, também chamados de projetos de colonização, como o Programa de Integração Nacional – PIN e Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e Nordeste – PRO-TERRA; Geisel (1974-1979) criou o Programa de Pólos Agropecuários e Agrominerais na Amazônia – Pólo Amazônia, Pólo Centro, Programa de Desenvolvimento de Áreas Integradas do Nordeste – Pólo Nordeste; e, na década de 80, em razão do surgimento de conflitos no norte do país em torno de terras ocupadas irregularmente, bem como dos movimentos sociais em torno da reforma agrária, Figueiredo (1979-1985) criou os Grupos Executivos de Terras do Araguaia/Tocantins – GETAT, o PNPf e o Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários – MEAF. Mas nenhum deles trouxe resultados muito significativos.

Foi nesse período que surgiu o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST, que desde então tem sido confundido com a história da Reforma Agrária. Conhecido pela tática de organizar barricadas em estradas e ocupações de propriedades como maneira de chamar a atenção do governo e mídia para sua causa, o MST tem como objetivos lutar pela terra; lutar por Reforma Agrária; lutar por uma sociedade mais justa e fraterna.

Com a redemocratização, José Sarney (1985-1990) instituiu o Plano Nacional de Reforma Agrária – PNRA²⁴, o primeiro da história brasileira, e criou mais um ministério, o Ministério Extraordinário para o Desenvolvimento e a Reforma Agrária –MIRAD, que fechou o INCRA, o IBRA e o SUPRA. A meta do governo Sarney era de assentar 1.400.000 mil famílias até 1990, mas ao encerrar o seu mandato, apenas 90.000 famílias foram assentadas (PROENÇA, 1999).

Já a Constituição Federal de 1988, ao contemplar a garantia ao direito de propriedade no inciso XXII do artigo 5º, logo no inciso seguinte tratou de condicioná-la ao cumprimento da função social, e dispôs em seu artigo 13 que “o Poder Público promoverá a gradativa extinção das formas de ocupação e de exploração da terra que contrariem sua função social.”. Ademais, no artigo 184²⁵ tratou da desapropriação do imóvel rural, por interesse social, para fins da reforma agrária. Nesse interim, o então Presidente Itamar Franco²⁶ já havia sancionado a Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.

Contudo, existia um embate político e ideológico em torno da reforma agrária no Congresso Nacional. Como fruto desse embate, criou-se o Instituto de Terras (INTER) – que extinguiu o MIRAD –, e a responsabilidade pela reforma agrária passou para o Ministério da Agricultura. Mas logo depois, ressuscitando o INCRA o Congresso extinguiu o recém criado INTER. Apesar disso, a falta de respaldo político e a falta de orçamento mantiveram a reforma agrária estagnada.

²⁴ Já previsto do Estatuto da Terra mas até então não elaborado (art. 34 e seguintes da Lei n. 4504/64).

²⁵ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

²⁶ Sucessor de Fernando Collor, após o processo de impeachment.

Anos depois a questão da reforma passou a ser vinculada diretamente à Presidência da República com a criação, em 29 de abril de 1996, do Ministério Extraordinário de Política Fundiária – MEPF, ao qual imediatamente se incorporou o INCRA. Já no ano 2000, o INCRA passou a ser vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Agrário – MDA, criado pelo Decreto nº 3.338, de 14 de janeiro daquele ano. Atualmente, no entanto, o INCRA está vinculado ao Ministério do Desenvolvimento.

Nas duas últimas décadas o INCRA tem se deparado com novos problemas relacionados a divisão agrária no Brasil, o que resulta em novas demandas de estratégias e sistemas governamentais para solucioná-los. Pode-se dizer que essa seja uma das razões para a Reforma Agrária no país se desenvolver tão lentamente. Um exemplo desses novos problemas é a ocupação irregular de lotes da reforma agrária, tema objeto do presente trabalho e que será abordado pormenorizadamente mais adiante.

1.2 REFORMA AGRÁRIA EM MATO GROSSO DO SUL

A questão agrária sul mato-grossense tem sua origem no século XIX, quando Mato Grosso do Sul ainda fazia parte de Mato Grosso. O Estado, por meio de leis e políticas criadas com objetivo de motivar a migração para a região da fronteira e assim “ocupar” esta região, permitiu a grilagem e a concentração fundiária na região, promovendo-se assim a apropriação capitalista da terra e, conseqüentemente, a formação de latifúndios (FACHIN, 2015).

Esse processo de ocupação, centrado na grande propriedade e na atividade pecuária, gerou uma classe de grandes proprietários de terra, e no final da década de 1970, durante o governo militar de Geisel, a ascensão política da elite pecuarista do sul do estado de Mato Grosso ocasionou sua divisão.

Como reflexo desse processo de ocupação do estado, trabalhadores migraram para a região a fim de obter acesso à terra, porém foram excluídos, assim como as populações indígenas da região foram expulsas e dizimadas no avanço da fronteira, sendo portanto obrigados a se conformar em servir de mão de obra para os grandes produtores.

De outro lado, lutando contra o avanço da agricultura capitalista, denominado de agronegócio ou agroindústria (com origem na

chamada “Revolução Verde”, da década de 1970), grupos compostos por camponeses, trabalhadores e povos tradicionais lutaram - e ainda lutam - pela conquista da terra e reconhecimento de seus territórios, engajados ou não em movimentos sociais. Apesar disso, os problemas sociais no campo se agravaram a intensificação desse modelo de agricultura.

A luta dos movimentos sociais²⁷ e de povos tradicionais pelo acesso à terra se materializa por meio de ações coletivas como, por exemplo, as ocupações de terra. Neste ponto, cumpre esclarecer a diferença entre ocupação e acampamento: a primeira consiste na ação do movimento com o objetivo de conquistar um território por meio de reivindicações de desapropriação, pressionando o Estado para realizar a Reforma Agrária; já o segundo é o desdobramento da ocupação.

As ocupações – assim como as manifestações, caminhadas, passeatas, etc. - são meios pelos quais os movimentos sociais colocam em pauta a luta pela terra na sociedade. Visam colocar em debate na sociedade a necessidade da Reforma Agrária, e são mecanismos utilizados pelos movimentos para questionar a legitimidade da titulação das terras e, principalmente, o cumprimento da função social da terra. Já os acampamentos, geralmente localizados nas margens de rodovias, são os locais formados após as ocupações, onde as famílias se distribuem e aguardam a efetivação da Reforma Agrária.

São eles instrumentos por meio dos quais se concretizam as lutas dos movimentos. Muitas famílias, arriscando até mesmo a vida, optam pelo enfrentamento e pelas ocupações como última alternativa para sair da pobreza e viver com dignidade (MARTINS, 2000, p. 98).

Pode-se dizer, portanto, que a ocupação faz parte do processo de implantação da reforma agrária, que a cada conquista de frações do território – criação de assentamentos- a luta se territorializa. Essa territorialização consiste na maior conquista dos movimentos sociais.

²⁷ Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST; Central Única dos trabalhadores – CUT; Federação dos Trabalhadores na Agricultura de Mato Grosso do Sul – FETAGRI/MS; entre outros.

Entretanto, há divergências na concepção desse tipo de ação. Dependendo do ponto de vista, alguns o veem como invasão e não ocupação. Essa linha interpretativa tem prejudicado seriamente a ação daqueles envolvidos no problema agrário no país. A mídia é a principal utilizadora do termo “invasão”, e ao empregá-la nos noticiários referentes à reforma agrária a um só tempo criminalizam a ação dos movimentos sociais e influenciam a opinião pública.

Nesse sentido é necessário considerar que há disputas, sobretudo políticas, sobre o tema, e uma forte tendência conservadora da manutenção e defesa da propriedade privada. No entanto, a ocupação deve ser vista como uma cobrança da aplicação da previsão do artigo 184 da Constituição Federal, e do Estatuto da Terra, no tocante à Reforma Agrária, sobretudo quanto ao cumprimento da função social da terra.

Nesse passo, como resultado de lutas anteriores, a ocupação da fazenda Santa Idalina, situada no Município de Ivinhema/MS, em abril de 1984, marcou a questão da reforma agrária no estado.

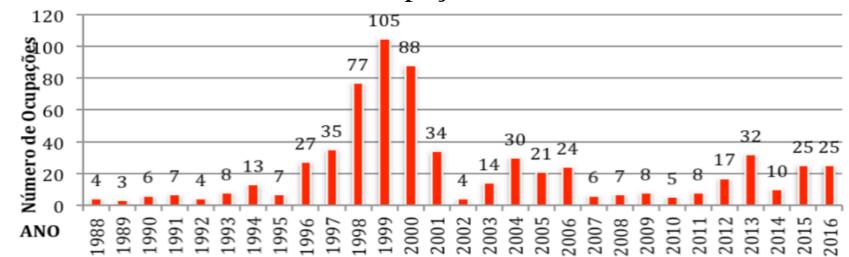
Da mesma forma, a ocupação da fazenda colaborou para a fixação de movimentos sociais referentes à luta por terras no estado, principalmente o MST, maior movimento social da área no campo brasileiro e na América Latina. É por meio das conquistas obtidas através das ocupações de terras que o MST se territorializou em Mato Grosso do Sul.

O fato de que os sem-terra tenham assumido a iniciativa das ocupações e que o governo atue como suplente para fazer a reforma, indica que a sociedade civil, através de organizações e movimentos populares, passou a ter um papel na nova estrutura do Estado brasileiro (MARTINS, 2000, p. 97).

As ocupações, apesar de consistirem no principal instrumento de luta pela Reforma Agrária, tiveram o número reduzido nos últimos anos em Mato Grosso do Sul, motivadas, principalmente, pela demora na realização da Reforma Agrária e pela “criminalização” dos movimentos e ocupações por meio das Medidas Provisórias 2.027-38/2000 e 2.109-52/2001, que alteraram a redação do artigo 2º da Lei no 8.629, de 25 de fevereiro de 1993 - regulamentação dos dispositivos constitucionais sobre a reforma agrária.

Os dados, de acordo com levantamentos realizados pelo Projeto DATALUTA/MS (Banco de Dados de Luta pela Terra em Mato Grosso do Sul), revelam que a luta pela terra no estado apresentou relativo declínio nos governos petistas (2003-2016) se comparado ao governo anterior, como observa-se no gráfico a seguir.

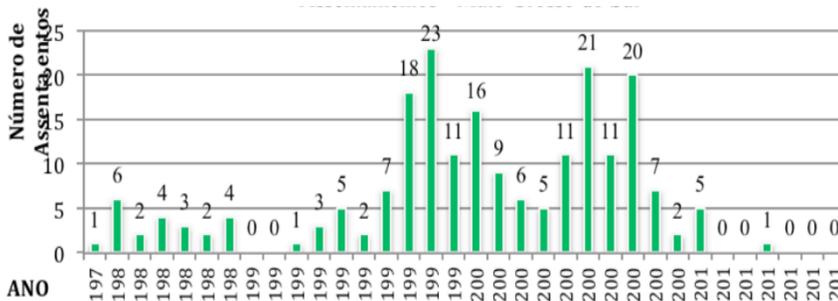
Gráfico 1 – Número de ocupações em Mato Grosso do Sul



Fonte: DATALUTA²⁸

Por conseguinte, houve uma redução no número de assentamentos rurais no Governo Dilma Rousseff, em Mato Grosso do Sul, como observa-se no gráfico a seguir.

Gráfico 2 – Número de assentamentos



Fonte: DATALUTA²⁹

²⁸Disponível em: <http://www2.fct.unesp.br/nera/boletimdataluta/boletim_data-luta_5_2018.pdf>. Acesso em: 03 de set. 2018, às 18h28min.

²⁹Disponível em: <http://www2.fct.unesp.br/nera/boletimdataluta/boletim_data-luta_5_2018.pdf>. Acesso em: 03 de set. 2018, às 18h33min.

Como se não bastasse, após o impeachment da ex-presidente Dilma Roussef ditaram-se novas orientações políticas e econômicas e foram feitos cortes de recursos no orçamento para programas sociais e para a Reforma Agrária. Para Mato Grosso do Sul, as novas prioridades representaram a paralisação total da Reforma Agrária pois em 2016 e 2017 nenhuma desapropriação voltada para a reforma agrária foi realizada. Apenas em 2018, com a retomada de ações por parte dos movimentos sociais no estado, o governo tem voltado a desenvolver planos para assentar as famílias acampadas.

Feita essa digressão do contexto histórico e apresentada a circunstância atual da reforma agrária, passa-se a abordar a questão das ocupações irregulares de lotes de terra nos assentamentos Itamarati, de Ponta Porã/MS.

2 OCUPAÇÕES IRREGULARES NOS ASSENTAMENTOS ITAMARATI

Os Assentamentos Itamarati – o I criado em 29/12/2000, e o II criado em 30/09/2004 – estão localizados no Município de Ponta Porã, Mato Grosso do Sul, às margens da rodovia MS-164, na fronteira do Brasil com o Paraguai, e abrigam aproximadamente 16 mil pessoas³⁰.

No ano de 2011, após operação que culminou na prisão de 20 suspeitos de participarem de esquema de vendas irregulares de lotes nos assentamentos da região sul de Mato Grosso do Sul³¹, uma determinação judicial fez com que o INCRA realizasse fiscalizações na região, oportunidade em que foi constatada a existência de 214 lotes irregulares no Assentamento Itamarati I, e 322 lotes irregulares no Assentamento Itamarati II.

Na ocasião, restou apurado que várias famílias beneficiárias originárias do Programa Nacional da Reforma Agrária ou não preen-

³⁰ De acordo com a Estimativa da População divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2012. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/noticias/incrams-e-prefeitura-de-ponta-pora-assinam-acordo-para-dacao-de-areas-urbanas-do-complexo>>. Acesso em: 15 de jan. de 2019.

³¹ Ação cautelar inominada nº 0001088-29.2010.403.6006.

chiam os requisitos para serem beneficiárias do programa, ou transferiram (por meio de cessão ou alienação) os lotes a terceiros, ou simplesmente abandonaram os imóveis e estes vieram a ser por outras famílias sem a anuência do INCRA.

Apurou-se que muitas das transferências sem a anuência do INCRA foram realizadas através de contrato de compra e venda, com pagamento de valores irrisórios, dentre as quais, algumas, além de contar com o aval da associação dos produtores locais, também eram do conhecimento dos servidores investigados do INCRA. Diante de tais circunstâncias as famílias contavam com certa sensação de segurança e expectativa de regularização nos imóveis.

Ocorre que, como é sabido, a alienação ou cessão de direitos sobre os lotes vai de encontro à previsão constitucional e infraconstitucional que veda a transferência desses terrenos a terceiros durante certo prazo. É o que se vê a seguir.

2.1 REFLEXOS NORMATIVOS DAS OCUPAÇÕES IRREGULARES

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 189 que:

Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

No mesmo sentido o disposto no art. 21 da Lei n.º 8.629/93:

Art. 21. Nos instrumentos que conferem o título de domínio ou concessão de uso, os beneficiários da reforma agrária assumirão, obrigatoriamente, o compromisso de cultivar o imóvel direta e pessoalmente, ou através de seu núcleo familiar, mesmo que através de cooperativas, e o de não ceder o seu uso a terceiros, a qualquer título, pelo prazo de 10 (dez) anos.

Não obstante a infringência de tais dispositivos legais, o Conselho Diretor do INCRA aprovou a Instrução Normativa n. 71, de 17 de maio de 2012, que normatiza as ações e medidas a serem adotadas pela autarquia visando sanar as irregularidades constatadas nos projetos de assentamentos, definindo ainda o procedimento para a desocupação e a regularização de algumas das áreas transferidas sem a anuência do INCRA.

Dentre os objetivos da Instrução Normativa n. 71 estava efetivar a retomada das áreas e parcelas em situação de irregularidade e promover sua adequada destinação e, ainda, estabelecer os requisitos para regularização das parcelas ocupadas sem autorização da autarquia federal.

Tinha-se que a Instrução Normativa 71 possibilitava que famílias que estejam sem anuência do Incra em assentamentos mas que possuam perfil para integrar o Programa Nacional de Reforma Agrária, tenham sua situação regularizada. Para efetivar a regularização das ocupações realizadas sem a anuência do INCRA foi imposto o cumprimento cumulativo dos seguintes requisitos:

Art. 14. A pedido do interessado, a aquisição ou ocupação de parcela sem autorização do Incra poderá ser regularizada, atendidas, cumulativamente, as seguintes condições:

I - emissão há mais de dez anos de contrato ou título originário, ou outro documento similar, contados da data em que o ocupante irregular foi notificado;

II - inexistência de candidatos excedentes no projeto de assentamento interessados na parcela;

III - observância, pelo candidato, dos requisitos de elegibilidade para ser beneficiário da reforma agrária;

IV - quitação ou assunção pelo interessado, até a data de assinatura do contrato de concessão de uso, dos débitos relativos ao Crédito de Instalação, concedidos aos beneficiários anteriores.

Ocorre que no caso dos assentamentos Itamarati, devido ao marco temporal do inciso I³², em que pese a maioria dos ocupantes irregulares cumprirem com a função social da propriedade e preencherem os requisitos para se tornarem beneficiários originários do Programa Nacional de Reforma Agrária, ainda no ano de 2012 o INCRA ajuizou diversas ações de reintegração de posse. A autarquia visava, com o argumento de que os réus não preenchiam os requisitos cumulativos da supracitada instrução normativa, a retomada dos lotes ocupados sem a sua anuência, e a posterior redistribuição aos candidatos da lista de espera do programa.

Também sustentavam a violação da previsão constitucional que, como já referido, veda a negociação dos imóveis pelo prazo de 10 anos (art. 189, Constituição Federal). Além disso argumentavam que a regularização das ocupações realizadas sem sua anuência representaria uma quebra da isonomia³³. De acordo com o INCRA os ocupantes irregulares descumprindo uma previsão constitucional ofendem o direito de seus iguais que se encontram acampados (pois não se distinguem de classe, grau ou poder econômico, ou seja, ninguém tem mais mérito que outro) e aguardam legalmente serem agraciados com uma parcela de terra nos assentamentos.

Nessa toada, também sustenta que a regularização configuraria incentivo ao esbulho possessório, uma vez que criado um precedente, muitas famílias descontentes com morosidade e ineficiência do Estado em efetivar a reforma agrária sentiriam-se livres para ocupar parcelas que consideram abandonadas na esperança de serem regularizadas. Ademais, que a regularização poderia fomentar a comercialização de lotes nos assentamentos do Brasil e representar uma premiação para aqueles que não passaram por processos seletivos.

Curioso que o mesmo argumento supracitado, ora defendido pelo INCRA, foi sustentado pelo Ministério Público de Goiás

³² A Instrução Normativa busca atender áreas com mais de 10 anos de criação a contar da data da notificação do ocupante irregular, o que não se aplica ao assentamento Itamarati II por exemplo, criado em 2004.

³³ Como é sabido, isonomia significa igualdade de todos perante a lei e está ligado ao princípio da igualdade previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, o qual dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

para paralisar a regularização de ocupações irregulares por entender que a Instrução Normativa 71/2012 abriria “brechas” para legitimar pessoas que obtiveram os lotes por meios indiretos ou fraudulentos. A liminar concedida em primeira instância teve alcance local e paralisou os processos em andamento, cancelou todas as ações realizadas sob as regras da Instrução Normativa n. 71/2012 desde sua publicação e proibiu o Incra de aplicar recursos públicos nos lotes já regularizados. A liminar no entanto foi suspensa pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região aceitou o argumento da autarquia de que os procedimentos previstos na referida Instrução Normativa não violam nenhum dispositivo legal ou constitucional. Para os procuradores federais especializados do INCRA de Goiás “a norma, além de constitucional e legal, muda o foco da questão. Ao contrário das anteriores, a IN. 71 prioriza a família e a destinação que ela dará à terra e não mais o modo como essa família ocupou a parcela.”³⁴ .

Já no que se refere aos Assentamentos Itamarati, sem que a autarquia federal tivesse providenciado uma resposta fiscalizatória e repressiva rápida, contemporânea, segura e eficaz para o problema, iniciou-se um crítico quadro de instabilidade social ante a possibilidade iminente das famílias virem a perder os lotes, e também jurídica diante do grande número de ações ajuizadas.

Diante desse contexto, em agosto de 2012 foi realizada uma reunião na sede da Justiça Federal de Ponta Porã/MS, da qual participaram os Juízes Federais desta Subseção Judiciária, o Superintendente Regional do INCRA em Mato Grosso do Sul, alguns representantes dos assentados e um Procurador da República membro do Ministério Público Federal em Ponta Porã/MS, entretanto, as tratativas restaram infrutíferas e as ações possessórias continuaram seu curso normal.

Já em agosto de 2013, a Procuradoria da República no Município de Ponta Porã ajuizou Ação Civil Pública (Processo nº 0001454-66.2013.4.03.6005) em face do INCRA visando resolver a questão. A ação civil pública permite ao Juízo uma visão abrangente do problema social e das variáveis envolvidas na implementação do

³⁴ Disponível em: <<http://www.incr.gov.br/suspensa-liminar-que-proibia-incra-regularizar-parcelas-em-assentamentos-em-goias>>. Acesso em: 01 de out. de 2018, às 15h07.

programa de reforma agrária nos Assentamentos Itamarati, permitindo um tratamento mais justo e uniforme à questão. A atuação em âmbito coletivo é meio efetivamente capaz de gerar a pacificação social no conflito existente.

Isso porque o INCRA continuava notificando moradores e ajuizando diversas ações de reintegração de posse relativas aos Assentamentos Itamarati, o que inevitavelmente fez perdurar as diferenças de tratamento em situações semelhantes.

Cabe ainda referir que o INCRA não estava assentando novos beneficiários nas parcelas reintegradas, tampouco viabilizando qualquer opção de reassentamento para as famílias que desocupem os lotes e estejam aptas a ser beneficiadas pelo programa de reforma agrária.

Nesse contexto de conflito social, e considerando especialmente a relevância dos direitos fundamentais a moradia, alimentação, trabalho, sobretudo a dignidade da pessoa humana, o órgão ministerial buscou por uma solução coletiva, em que se estabeleçam critérios objetivos e seguros para regularização de parte dos lotes, a exemplo do que vinha sendo realizado em inúmeros projetos de assentamento pelo país.

Por essa razão, requereu a suspensão das ações possessórias relativas aos lotes de reforma agrária dos Assentamentos Itamarati I e II, até o julgamento ação civil pública, uma vez que eventual sentença de mérito nos processos depende do julgamento da ação civil pública, sob pena de indesejável tratamento desigual e conflitante.

Neste ponto, cumpre referir que até a presente data o único efeito concreto que ela a referida ação civil pública trouxe foi a suspensão de algumas (não todas, pois algumas já contam com sentenças e recursos) das ações possessórias ajuizadas enquanto a o processo estiver em trâmite.

Nos autos da ação, bem como nas manifestações que tem proferido nos autos dos processos correlatos em que atua como *custus legis*, a Procuradoria da República no Município de Ponta Porã/MS defende a regularização dos ocupantes irregulares que exploram a terra e dela retiram o seu sustento, conferindo segurança jurídica à sua situação. Para tanto, assim como sustentado pelos próprios ocupantes irregulares, argumenta que os requisitos cumulativos da Instrução Normativa n. 71 de 2012 são insuficientes para resolver

o problema uma vez que não levam em consideração o fato de que os posseiros preenchem os requisitos para serem beneficiários do Programa Nacional da Reforma Agrária e que há anos, devido à falta de eficiência no trabalho da autarquia federal, vêm cumprindo a função social da terra, tornando os lotes a sua única fonte de subsistência.

Segundo o Ministério Público Federal, os posseiros ocupam áreas devidamente exploradas, que cumprem sua função ambiental e trabalhista, nas quais há ocupação pacífica merecedora de estabilização jurídica.

Considerando os fundamentos para a não regularização trazidos pelo INCRA e tendo em vista os argumentos para a regularização expostas acima questiona-se: o núcleo familiar irregular que já tem cumprido a função social do imóvel rural há alguns anos e que se enquadra no perfil da Reforma agrária deve permanecer nos assentamentos ou deve ser expulso para que os excedentes da fila de espera do programa venham a ocupar o lote? Como solucionar a celeuma? Qual a decisão correta?

Pode parecer uma situação paradoxal, mas para alguns a solução é simples. Como já vimos, para o INCRA, com o fundamento de descumprimento das regras da Reforma Agrária, deve-se expulsar as famílias irregulares e reintegrar à autarquia a posse dos lotes, de modo que ela destine os imóveis aos excedentes da fila do programa que há anos esperam ser agraciados com uma parcela de terra.

Os defensores desse posicionamento argumentam que assim, além de se dar efetividade à previsão constitucional (art. 189, Constituição Federal), não haveria quebra da isonomia com relação aos candidatos regularmente inscritos no Programa Nacional de Reforma Agrária, participantes da fila de prováveis beneficiados para aquela localidade.

Já para outros, retirar as famílias que já se encontram nos lotes e atualmente só possuem tal área para sua subsistência representaria não só mera inversão de papéis - uma vez que os ocupantes irregulares substituiriam os excedentes nos acampamentos, à espera de alguma ação do governo no sentido e efetivar a reforma agrária - como também o agravamento do caos social já instaurado na região. Os defensores dessa corrente argumentam que aplicar o art. 189 da Constituição implicaria negar o princípio fundamental da dignidade

da pessoa humana às famílias irregulares que atualmente só possuem tal área para sua subsistência.

Em verdade, verifica-se que é caso de verdadeira colisão entre direitos fundamentais de mesma envergadura: direitos à moradia, alimentação, ao trabalho e vida digna dos posseiros irregulares versus direitos à moradia, alimentação, ao trabalho e vida digna dos excedentes da lista do programa.

Em casos como esse em que as nossas leis não conferem um tipo de solução uníssono e inequívoco, ou em que a solução indicada não é capaz de atender o objetivo geral da Lei (leia-se, Lei da Reforma Agrária e Programa Nacional de Reforma Agrária), deve-se realizar a análise do caso de modo a conferir uma resposta jurisdicional mais próxima do valor justiça.

Como lecionam Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo P. Ruzyk, existem limites de factibilidade impostos pelas unidades normativas que vão além do campo jurídico e devem eles serem reconhecidos para que “não se tenha a ilusão de queo direito é capaz, por si só, de solucionar os problemas que emergem da negação concreta da dignidade da pessoa humana” (2006, p. 105).

Não obstante, em que pese tenham sido realizadas várias reuniões, tanto na sede da Superintendência Regional do Incra em Mato Grosso do Sul quanto na Procuradoria da República de Ponta Porã/MS, o problema não foi solucionado entre as partes, sendo necessária a publicação de uma Medida Provisória para o deslinde do embate de posicionamentos e o surgimento de outro problema: aplicar a nova previsão legal de forma efetiva.

3 A NOVA PREVISÃO LEGAL E SUA EFETIVA APLICAÇÃO

No dia 22 de dezembro de 2016, em razão da relevância e urgência de resolver a questão da regularização fundiária no país, o então Presidente da República Michel Temer publicou a Medida Provisória n. 759, a qual dispõe não apenas sobre a regularização fundiária rural e urbana, mas também a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, e também instituiu mecanismos para

aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, dentre outras providências³⁵.

No que se refere à regularização fundiária rural, o artigo 2º da Medida Provisória incluiu à Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, o artigo 26-B, o qual traz a seguinte previsão:

Art. 26-B. A ocupação de lote sem autorização do Incra em projetos de assentamento criados há, no mínimo, dois anos, contados a partir de 22 de dezembro de 2016, poderá ser regularizada pelo Incra, observadas as vedações constantes do art. 20.

§ 1º A regularização poderá ser processada a pedido do interessado ou mediante atuação, de ofício, do Incra, desde que atendidas, cumulativamente, as seguintes condições:

I - ocupação e exploração da parcela pelo interessado há, no mínimo, um ano, contado a partir de 22 de dezembro de 2016;

II - inexistência de candidatos excedentes interessados na parcela elencados na lista de selecionados, de que tratam os § 3º e § 4º do art. 19, para o projeto de assentamento;

III - observância, pelo interessado, dos requisitos de elegibilidade para ser beneficiário da reforma agrária; e

IV - quitação ou assunção pelo interessado, até a data de assinatura de novo contrato de concessão de uso, dos débitos relativos ao crédito de instalação reembolsável concedidos ao beneficiário original.

§ 2º Atendidos os requisitos de que trata o § 1º, o Incra celebrará contrato de concessão de uso nos termos do § 2º do art. 18.

A supracitada Medida Provisória foi convertida na Lei nº 13.465, em 11 de julho de 2017, e regulamentada pelo Decreto nº

³⁵ Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/127879>>. Acesso em 14 de jan. de 2019, às 14h01.

9.311, de 15 de março de 2018, entretanto, até o primeiro semestre de 2018 o novo marco jurídico foi ignorado pelo INCRA que insistia em retomar as terras ocupadas sem sua anuência, e também pelo poder judiciário que não o aplicava. Em verdade, nem mesmo o Ministério Público Federal abordava a novidade legislativa.

Conforme a nova previsão legal, o ocupante irregular de lote em assentamento da reforma agrária, ou seja, aquele que ocupa lote vago em assentamento da reforma agrária sem prévia anuência do INCRA, será notificado sobre a irregularidade da situação, com estipulação de prazo para a desocupação da parcela, facultando-lhe a apresentação de pedido de regularização. Os pedidos de regularização serão analisados com base no artigo 26-B da Lei n. 8.629/1993 e no artigo 21 do Decreto n. 9.311/2018, que assim dispõe:

Art. 21. A pedido do interessado ou mediante atuação de ofício, a ocupação de parcela sem autorização do Incra em projetos de assentamento criados até 22 de dezembro de 2014 poderá ser regularizada, até o limite de quatro módulos fiscais, atendidas, cumulativamente, as seguintes condições:

I - início da ocupação e da exploração da parcela pelo interessado em data anterior a 22 de dezembro de 2015;

II - inexistência de interessados na parcela constantes da lista dos candidatos excedentes para o projeto de assentamento;

III - observância, pelo interessado, dos requisitos de elegibilidade do PNRA; e

IV - quitação ou assunção pelo interessado, até a data de celebração de novo CCU, dos débitos relativos ao crédito de instalação reembolsável concedido ao beneficiário anterior.

Verifica-se que através das novas previsões legais busca-se trazer para reforma agrária trabalhadores rurais que não conseguiram se inserir no programa de forma tradicional, e desse modo continuar promovendo a desconcentração fundiária e o acesso à terra, finalidade essencial da existência do INCRA.

Inclusive, em 12 de abril de 2018 foi assinada a Portaria nº 565³⁶ do INCRA que criou o Núcleo Nacional de Supervisão e Regularização Ocupacional. O Núcleo Nacional de Supervisão e Regularização Ocupacional tem como objetivos: definir diretrizes, elaborar normativos técnicos, direcionar, apoiar, organizar, e monitorar os procedimentos para supervisão e regularização ocupacional de parcelas em assentamentos do Programa Nacional de Reforma Agrária.

Ocorre que a maioria dos principais interessados no assunto, ou seja, os assentados e os ocupantes irregulares, não possuem conhecimento da atualização legislativa e criação do supracitado Núcleo Nacional de Supervisão e Regularização. Tal situação foi possível de ser constatada em uma reunião no Assentamento Itamarati I, realizada no dia 14 de agosto de 2018, a qual será abordada a seguir.

3.1 REUNIÃO NO ASSENTAMENTO ITAMARATI I

A reunião realizada no dia 14 de agosto de 2018 no Assentamento Itamarati I contou com a participação do Procurador da República Dr. Luiz Paulo Paciornik Schulman e de servidores do Ministério Público Federal; do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária; o Procurador do Município de Ponta Porã/MS representando a Prefeitura Municipal; da Subprefeitura do Distrito Itamarati; do presidente do Conselho Municipal de Desenvolvimento Rural (CMDR) e de assentados do grupo Carula, Nova Esperança, Canaã e Renovação.

Um dos temas em pauta na referida reunião foi a questão das ocupações irregulares e a possibilidade de regularização das famílias nos lotes. A este respeito, foi esclarecido que uma lei (a já mencionada Lei nº 13.465, em 11 de julho de 2017, regulamentada pelo Decreto nº 9.311, de 15 de março de 2018) flexibilizou as ocupações irregulares de pessoas que possuem o perfil da reforma agrária e permite aos servidores do INCRA analisar se o atual ocupante se enquadra aos requisitos da lei. Cumpridos os requisitos, o ocupante fará jus à regularização no lote. No entanto ressaltou que há

³⁶ Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_27643537_PORTARIA_N_565_DE_12_DE_ABRIL_DE_2018.aspx>. Acesso em 28 de jan. de 2019, às 13h09min.

um marco temporal para apreciação administrativa da ocupação da parcela: 21 de dezembro de 2015. O representante da Superintendência do INCRA informou que a ideia é deixar um servidor do INCRA nos Assentamentos Itamarati para atender as demandas de regularização e, caso a medida não seja a mais acertada, deverá ser feito este trâmite na unidade de Dourados/MS.

Na mesma oportunidade, o presidente do Conselho Municipal de Desenvolvimento Rural – CMDR se prontificou a reservar uma sala na subprefeitura para auxiliar no encaminhamento dos processos de regularização das ocupações irregulares.

Aproveitando o ensejo, o Procurador da República no Município de Ponta Porã requisitou que a Superintendência do INCRA solicitasse à Procuradoria Especializada do INCRA uma análise das situações de ocupações irregulares que são objeto de pedidos de reintegração de posse ajuizadas pela autarquia federal mas que poderão ser administrativamente regularizadas.

No que se refere a documentação que o ocupante irregular com perfil para o programa de reforma agrária precisa para a sua regularização, o Procurador da República sugeriu o envio, por parte do ocupante, de uma carta para o INCRA informando que a data da ocupação, se anterior a 21 de dezembro de 2015. Ficou acertado no fim da reunião que no dia seguinte, ou seja, no dia 15 de agosto de 2018, haveria uma reunião que a ser realizada pelo CMDR com os assentados para apresentar a relação de documentos necessários para dar entrada no procedimento de regularização a ser analisado pelo INCRA (conta de luz, matrícula do filho, consulta em posto de saúde, nota fiscal emitida no seu nome e do lote em que está, visitada Agência Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural – AGRAER ou do INCRA, consulta do registro de empresas em seu nome, dentre outros).

3.2 AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO RELATIVA À AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE Nº 0000825-58.2014.4.03.6005

Na tarde de 05 de setembro de 2018, na sala de audiências da 1ª Vara Federal de Ponta Porã/MS, sob a presidência do Excelen-

tíssimo Juiz Federal Substituto Dr. Sócrates Leão Vieira, foi realizada a audiência de Instrução relativa à ação de reintegração de posse proposta pelo INCRA contra J. O. D. e M. J. D. Estiveram presentes no ato o Procurador da República, os réus acompanhados por advogado, e as testemunhas arroladas.

Realizadas as oitivas, verificou-se que réus cumprem a função social da terra, utilizando o lote ocupado como única residência, criando uma pequena quantidade de vacas com a finalidade de obter leite, bem como cultivando a terra a fim de obter alimento e comercializar o excedente.

Logo em seguida, o Procurador da República destacou a usual ausência e inércia da parte autora em casos semelhantes, pois que intimada para responder se os réus das ações possessórias se encontram nas hipóteses de regularização simplesmente não oferece manifestação. O caso poderia ser solucionado ainda na audiência, mas devido a conduta corriqueira dos representantes da autarquia o deslinde do feito foi prorrogado.

Ao final do ato, o Juiz determinou a intimação do INCRA para que responda aos quesitos formulados pelo MPF e na mesma ocasião apresentar suas alegações finais. A autarquia federal, por sua vez, manifestou-se informando que houve homologação do lote objeto da demanda em favor do réus, e solicitou que os mesmos se dirijam à unidade do INCRA em Dourados/MS para a assinatura dos documentos.

Considerando que tal contexto tem se repetido em casos semelhantes, os Procuradores da República lotados no Município de Ponta Porã/MS têm intensificado seus trabalhos manifestando-se pela suspensão dos processos que tramitam na Subseção Judiciária local, solicitando ao Juízo que seja realizada diligência de Constatação nos imóveis das ações possessórias, tanto as ajuizadas pelo INCRA quanto as ajuizadas pelos ocupantes, a fim de verificar qual família se encontra ocupando os lotes, e pugnando pela posterior abertura de vista dos autos aos representantes do INCRA para que se manifestem sobre o enquadramento ou não de tais famílias no perfil de beneficiários do Programa Nacional da Reforma Agrária e quais os fundamentos para a não aplicação da nova previsão legal.

Até o presente momento, algumas das ações ajuizadas na subseção local foram finalizadas com decisão favorável à regularização das ocupações irregulares, basicamente homologando as decisões administrativas que regularizam as famílias nos lotes, como é o caso dos autos da Ação de Reintegração de Posse nº 0000825-58.2014.4.03.6005.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do proposto preambularmente, este estudo percorreu a senda indicada na esperança de contribuir para o conhecimento e para com o debate sobre a regularização das ocupações irregulares de lotes destinados à reforma agrária. O desenvolvimento deste trabalho permitiu atingir o objetivo estabelecido como norteador da pesquisa que foi analisar a possibilidade de regularização jurídica dos ocupantes irregulares dos Assentamentos Itamarati I e II, frente às previsões legais vigentes quanto ao tema.

Verificou-se que a conjuntura da reforma agrária é complexa e está estagnada no que diz respeito às políticas voltadas para a sua efetivação. Também, que as ocupações realizadas sem a anuência do INCRA se deram por causa da deficiência da autarquia federal em oferecer condições mínimas para a real implementação do Programa Nacional de Reforma Agrária, bem como em oferecer assistência às famílias assentadas e em realizar uma fiscalização eficiente nos lotes.

Apurou-se que a questão das ocupações irregulares teve efeitos não só no plano sociológico, como também no jurídico e no legislativo. Assim, esforços foram encetados com o objetivo de resolver a questão, culminando em inovações legislativas que, embora estejam se adequando ao desenvolvimento social local e buscando garantir o bem estar social, ainda necessitam de efetiva aplicação.

Conforme a mais recente previsão legal, a ocupação de lote sem autorização do INCRA em área objeto de projeto de assentamento criado há, no mínimo, dois anos, contados a partir de 22 de dezembro de 2016, poderá ser regularizada. A regularização poderá ser processada a pedido do interessado ou mediante atuação de ofício da autarquia federal, desde que atendidas, cumulativamente, as condições previstas no art. 26-B, parágrafo 1º Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993.

Nesse passo, conclui-se ser indiscutível a capacidade das novas previsões legais, além de evitarem injustiça e caos social, tornarem mais célere o processo de retomada e/ou regularização dos lotes destinados à reforma agrária, promovendo dessa forma pacificação do problema enfrentado por várias famílias.

Durante o decorrer do Curso, a prática de estágios nos órgãos do Ministério Público Estadual e Federal, sobretudo durante as pesquisas para o desenvolvimento do presente trabalho, demonstrouse que o conteúdo da ação dos operadores jurídicos deve estar voltado a atender efetivamente às necessidades que emanam da dignidade da pessoa humana.

Existem casos em que seguir a letra fria da lei pode representar uma resposta extremada para um problema, e cabe ao intérprete da norma a realização de uma análise reflexiva e crítica do seu texto com o objetivo de obter fundamentos para resolver a celeuma da forma que mais se adequa à justiça.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

FACHIN, Viviane Scalon. **Os processos de ordenamento de terras no extremo sul de Mato Grosso e de reordenamento de Mato Grosso do Sul**. / Viviane Scalon Fachin. – Dourados, MS: UFGD, 2015. 230f.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

História da Reforma Agrária <<http://reforma-agraria-no-brasil.info/historia-da-reforma-agraria.html>>. Acesso em: 28 de ago. 2018, às 19h26min.

INCRA. História da reforma agrária. Disponível em: <<http://www.incra.gov.br/reformaagrariahistoria>>. Acesso em: 02 de set. 2018, às 09h12min.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDEIROS, Leonilde Servolo de. **Reforma Agrária no Brasil: História e atualidade da luta pela terra**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

MARTINS, José de Souza. **Reforma agrária – o impossível diálogo sobre a História possível**. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 11(2): 97-128, out. 1999 (editado em fev. 2000).

NA LUTA PELA REFORMA AGRÁRIA - INCRA 45 ANOS. Disponível em: <http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/publicacoes/incra_45_anos_leve.pdf>. Acesso em: 29 de ago. 2018, às 10h40min.

NERA – Núcleo de Estudos, Pesquisas e Projetos de Reforma Agrária – Artigo DATALUTA: maio de 2018. Disponível em: <<http://www2.fct.unesp.br/nera/boletim.php>>. Acesso em 02 de set. 2018, às 21h06.

ADOÇÃO TARDIA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Alexiani Kristy Winter Zeviani³⁷

Gianete Paola Butarelli³⁸

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a análise dos fatores negativos que incidem sobre o direito à convivência familiar na adoção tardia. Muito embora não haja limitação de idade para que uma pessoa seja adotada, é sabido que a maior parte dos adotantes impõe como condição a adoção de crianças em tenra idade. Em contrapartida a adoção de crianças mais velhas e adolescentes é envolta de enorme preconceito, atingindo diretamente o direito constitucional à convivência familiar e comunitária. Para a consecução do objetivo de pesquisa foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, com uma revisão de literatura sobre o tema e com a análise de dados públicos sobre a adoção no Brasil. As conclusões apontam para o fato de que se estabeleceu cultural e socialmente a premissa de que a melhor forma de adoção é aquela que tem como adotandos crianças em tenra idade, prática que deriva de uma mentalidade social descomprometida com o direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das famílias, adoção tardia, convivência familiar, direitos humanos.

³⁷ Acadêmica de Direito nas Faculdades Integradas de Ponta Porã - FIP; E-mail: xiani_winter@hotmail.com.

³⁸ Mestra em Desenvolvimento Regional e de Sistemas Produtivos, professora de Direito Civil na instituição Faculdades Integradas de Ponta Porã – FIP. E-mail: advbutarelli@gmail.com

INTRODUÇÃO

Quando analisada a etimologia da palavra “adoção”, do latim, *adoptio* significa: escolher, adotar. Já o verbo adotar (também do latim, *adoptare*) é conceituado pelos dicionários, o ato de aceitar, acolher, tomar por filho, perfilhar, legitimar.

A adoção possui raízes antigas. Não se sabe ao certo onde e nem quando práticas relacionadas à adoção surgiram, entretanto, notam-se, ao decorrer da história, inúmeras situações plausíveis de comparação. Como exemplo, é possível considerar que, dentre uma das mais antigas e conhecidas histórias, temos a filiação adotiva de Moisés do Egito que foi adotado pela filha do Faraó.

Disposto pela primeira vez em 1916 no Código Civil brasileiro, a história da adoção no Brasil nos alude ao início do século 20. Depois desta iniciativa, derivaram-se ainda outras três leis (3.133/1957, 4.655/1965 e 6.697/1979), bem como alterações de suma importância para o instituto com a promulgação da nossa Constituição Federal de 1988.

A chegada do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069) em 1990 foi um grande marco para a criação e a manutenção dos direitos básicos das crianças e adolescentes, incluindo o direito à convivência familiar. Entretanto, ainda se via necessária a criação de uma legislação que abordasse apenas o regime da adoção. Desta forma, surge a denominada “Lei da Adoção” (12.010/2009), com fins de inovar as exigências para os adotantes e implantar, no cadastro nacional, crianças passíveis de adoção.

Visando a celeridade e transparência aos processos de adoção, em 29 de abril de 2008, antes mesmo da citada Lei da Adoção entrar em vigor, integrado e coordenado pela Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), houve a implantação do Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Essa ferramenta digital trouxe aos juízes das Varas da Infância e da Juventude de todo Brasil um auxílio na condução dos procedimentos dos processos de adoção. Ademais, a plataforma digital buscou facilitar o acesso dos pretendentes (adotantes) entre às crianças disponíveis em todo o país. A ferramenta possibilitou acesso aos dados referentes às quantidades de crianças em cada estado, bem como faixa etária, situação cadastral, etnia e outros aspectos.

Observa-se que, mesmo com uma lei específica para o instituto da adoção e, aparentemente, com todos os meios e caminhos possíveis para que haja fluidez e rapidez nos processos de adoção, a quantidade ainda é grande: são 47.541³⁹ crianças e adolescentes em instituições de acolhimento ou estabelecimentos sustentados por organizações não governamentais (ONGs), comunidades e instituições religiosas em todo o território nacional, conforme dados relativos ao dia 31 de julho de 2019 do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas.

Vale ressaltar que, parte dessas crianças e adolescentes compõe as 9.634⁴⁰ registradas no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), sendo estas o enfoque desta pesquisa.

Neste mesmo seguimento, leva-se em conta ainda o fato de que, mesmo cadastradas no CNA, não são todas que se encontram aptas para a adoção. É necessário que diversos especialistas (sendo eles: juízes, promotores, assistentes sociais, psicólogos) nomeiem quem está apto, através de exames minuciosos sobre diversos fatores que envolvem a criança ou o adolescente e o, até então, “antigo núcleo familiar”. Dessa forma, o parâmetro se reduz quase que pela metade: são 4.956⁴¹ crianças e adolescentes incluídas no CNA que estão aptas a serem adotadas.

Em contrapartida, quando esses números são comparados ao total dos que pretendem adotar, chega-se um número de 46.160⁴²

³⁹ CNCA - Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas – Conselho Nacional de Justiça – Relatório estatístico de quantidade de guias de acolhimento por Estado. Coleta de dados realizada no dia 31 de julho de 2019. Disponível em: <<https://wwwh.cnj.jus.br/cnca/publico/>>

⁴⁰ CNA - Cadastro Nacional de Adoção – Conselho Nacional de Justiça – Relatório estatístico de crianças cadastradas. Coleta de dados realizada no dia 31 de julho de 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>

⁴¹ CNA - Cadastro Nacional de Adoção – Conselho Nacional de Justiça – Relatório estatístico de crianças aptas cadastradas. Coleta de dados realizada no dia 31 de julho de 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>

⁴² CNA - Cadastro Nacional de Adoção – Conselho Nacional de Justiça – Relatório estatístico de pretendentes cadastrados. Coleta de dados realizada no dia 31 de julho de 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>

pessoas devidamente cadastradas no CNA, sendo que 42.523⁴³ estão aptos para adotar. Verifica-se a existência de uma proporção aproximada (pra menos) de nove pretendentes para cada criança apta cadastrada no CNA. Ou seja, existe um contingente expressivamente maior de pessoas aptas interessadas em adotar em relação a crianças e adolescentes aptos à adoção.

A maior causa de institucionalização de crianças maiores é proveniente de pais que perdem o poder familiar de seus filhos quando esses se encontram em situação de vulnerabilidade, como por exemplo, ausência dos pais, maus tratos ou por negligência sobre seus direitos fundamentais.

O presente artigo demonstra ao longo de seu desenvolvimento que a maioria dos institucionalizados são crianças maiores e adolescentes. Isso provem do fato de que, a perda do poder familiar, na maioria dos casos, ocorre após a criança já possuir certa idade, normalmente quando iniciada a fase escolar, onde a mesma passa a se comunicar com pessoas fora do núcleo familiar, e só assim é observada e questionada a vulnerabilidade do menor.

O preconceito que permeia a adoção de crianças maiores e adolescentes atinge diretamente o direito constitucional à convivência familiar e comunitária. Entretanto, como o instituto da adoção apresenta distintas modalidades, é necessária, para fins de pesquisa, a delimitação de uma área. Eis que surge a adoção tardia, sendo ela uma das múltiplas faces que englobam a adoção e o âmbito das consideradas “adoções necessárias”⁴⁴.

Os parâmetros deste instituto abrangem crianças e adolescentes consideradas mais velhas, ou seja, aquelas com idade superior a cinco anos. Diante do fato de fugirem de perfis mais buscados pelos

⁴³ CNA - Cadastro Nacional de Adoção – Conselho Nacional de Justiça – Relatório estatístico de pretendentes cadastrados disponíveis. Coleta de dados realizada no dia 31 de julho de 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/paes/publico/index.jsf>>

⁴⁴ Adoções necessárias tratam-se de uma terminologia utilizada para se descrever as adoções em que se espera uma maior atenção por parte do Poder Judiciário.

pretendentes, esse tipo de adoção se evidencia na definição de adoções necessárias, uma vez que, padrões pré-estabelecidos impossibilitam a efetividade do direito à convivência familiar dessas crianças e adolescentes.

Um das grandes dificuldades enfrentadas, infelizmente, ainda provem de preconceitos e mitos fixados pela própria sociedade, transformando o sistema de adoção em uma competição onde grande parte delas não possui chance de vencer. Sendo assim, justifica-se o presente estudo levando em conta as poucas pesquisas e constantes alterações nessa área.

Deste modo, busca-se responder a seguinte problemática: Como os preconceitos da adoção tardia afetam o direito a convivência familiar? Para tanto, tendo como objetivo geral de pesquisa analisar os fatores negativos que incidem sobre o direito à convivência familiar na adoção tardia. Nestes termos, o objeto do presente estudo trará dados que elucidarão a realidade da adoção tardia e como tal experiência afeta diretamente o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes do Brasil.

Para isso, na primeira seção serão discutidos os conceitos históricos e legais da adoção, trazendo alguns fatores e transformações considerados importantes para torná-la como é hoje. Vê-se tal necessidade de entender todos os conceitos estabelecidos desde sua origem para que se compreendam os inúmeros pré-conceitos e mitos que abrangem o tema na atualidade.

Na segunda seção, será abordado o instituto da adoção tardia, contrastando as dificuldades na articulação entre a realidade do perfil das crianças disponíveis à adoção e o perfil almejado pelos pretendentes. Neste ensejo, serão abordadas as possíveis causas para a realidade deste quadro frente aos preconceitos enfrentados por essas crianças maiores e adolescentes. Também serão analisados as causas da institucionalização, bem como o que impede o direito à convivência familiar de crianças maiores e adolescentes.

Por fim, e de suma importância, nas considerações finais será disposto os dados obtidos através desta pesquisa, cabendo ressaltar que a mesma não busca resolver ou solucionar um problema, mas sim, contribuir na expansão de conhecimento sobre os que englobam a adoção tardia e sobre seus direitos à convivência familiar.

1 ADOÇÃO

Inicialmente, considerando a adoção tardia como sendo uma das várias faces da adoção, faz-se necessário explicar este instituto antes de adentrar no tema principal desta pesquisa.

Conceitua-se como adoção o ato jurídico solene pelo qual se estabelece um vínculo de filiação e paternidade até então inexistente, o qual se quer havia, laço natural ou biológico. Venosa (2019, p. 310) considera a adoção como

[...] uma modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, no atual sistema.

[...]

A adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva, de nítido amparo social.

Regulada por lei específica (Lei nº 12.010/2009), pelo Código Civil e com previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção é um ato irrevogável, mesmo que os adotantes venham a ter filhos naturais; bem como diante da morte dos adotantes, de forma que não se restabelece mediante nenhuma situação o pátrio poder dos pais biológicos.

Isto posto, pode-se dizer que a adoção é o ato em que o adotante acolhe em sua família o adotado, na condição de filho, proporcionando-lhe os meios materiais e os valores morais necessários, sem qualquer distinção, independente de vínculo biológico. Para a doutrinadora Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (2019, p. 406),

Pelo fato de o adotado passar a integrar família substituta, seu relacionamento jurídico não se dará apenas com o adotante, mas com toda a família deste.

A Carta Magna de 1988 previu o estabelecimento de relações de parentesco entre o adotado e a família do

adotante, decorrendo de tal norma constitucional regra de igual conteúdo constante do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, todos os membros da família do adotante passam a ser parentes do adotado.

Esse efeito se sustenta no princípio constitucional da igualdade e da dignidade humana, visto que, atribuído a condição de filho ao adotado, é cabível que este goze dos mesmos direitos e deveres, inclusive, direito sucessório.

Ademais, alguns critérios precisam ser observados neste instituto. É necessário que haja uma decisão prolatada em juízo para que a adoção produza efeitos, sendo eles divididos em efeitos pessoais, “com reflexos nas relações de parentesco constituídas entre o adotado e o adotante” (MADALENO, 2019, p.708) e efeitos patrimoniais, que “dizem respeito ao direito a alimentos e à sucessão” (MACIEL, 2019, p. 409). Rolf Madaleno (2019, p. 710) ainda incrementa que,

Os efeitos de ordem patrimonial da adoção dizem respeito ao direito aos alimentos, que é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros (CC, art. 1.696) e ao direito sucessório (CC, art. 1.829, inc. I).

É visível e firmado nos efeitos a responsabilidade mútua, uma vez que, assim como há direito, há deveres, já que a prestação de alimentos também é devida na filiação adotiva, sendo recíproco o direito alimentar entre pais e filhos.

Importante elencar como um critério também, o consentimento dos pais biológicos, tendo em vista que serão rompidos definitivamente todo e qualquer vínculo genético. Para tal feito, “é necessário que este seja ratificado perante o juiz e o Ministério Público”, salvo quando os mesmos são desconhecidos⁴⁵ ou lhes foram destituídos do poder familiar (MACIEL, 2019).

⁴⁵ “Com relação aos pais biológicos desconhecidos, claro está que o consentimento não poderá ser obtido. Esta hipótese se dará quando a criança/adolescente tiver

Ademais, para o adolescente, ou seja, aquele maior de 12 anos de idade⁴⁶, também será exigido seu próprio consentimento, com foco no princípio do melhor (maior) interesse da criança e do adolescente⁴⁷, de forma que seja analisado se há mútuo interesse entre o adotando e o adotante.

Para crianças que se enquadre na faixa etária dos 12 anos incompletos ou menos, ressalta-se que esta será acompanhada e ouvida, sempre que possível, por uma equipe interdisciplinar, tornando a adoção um ato menos traumático, também com foco no princípio do melhor (maior) interesse da criança e do adolescente (VENOSA, 2019).

No que tange o adotante, ainda considerando os principais critérios da adoção, a idade de 18 anos é requisito objetivo.

O art. 42, caput, e seu § 2º, do ECA, traz como exigência que o requerente tenha uma idade mínima para que possa adotar e, caso seja casado ou viva em união estável, que sua família seja estável. A regra coloca como idade mínima para adoção a maioridade civil, tendo sido alterada pela Lei n. 12.010/2009, para adequar a idade mínima ali constante para a de 18 anos (MACIEL, 2019, p. 389).

A lei ainda estabelece que a diferença de idade entre o adotante e o adotado seja de, no mínimo, 16 anos, sendo este um critério

sido abandonada em tenra idade ou não se tenha conseguido obter nenhuma informação para incluir em seu registro de nascimento.” (MACIEL, 2019, p. 394)

⁴⁶ Conforme dispõe o artigo 2º do ECA, “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” (BRASIL, 1990)

⁴⁷ “Sobre o princípio do melhor interesse, o art. 3º, item 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 menciona que em todas as medidas concernentes às crianças terão consideração primordial os interesses superiores da criança.” (ISHIDA, 2014, p. 3)

passível de indeferimento no pedido de adoção caso não seja cumprido. Isso se aplica para que a família substituta se assemelhe o mais próximo possível à família biológica.

Tal regra, constante do art. 42, § 3o, do ECA, impõe diferença de idade que tem o escopo de conferir cunho biológico à família civil que está sendo constituída, já que a substituta há que ser semelhante e mesmo idêntica à família biológica. Destaque-se o caráter pre-emptório da norma, cuja inobservância implicará o indeferimento do pedido de adoção. (MACIEL, 2019, p. 392)

Além disso, ascendentes e irmãos do adotando não podem ser adotantes – uma vez que já existem laços parentescos entre ambos – como forma de evitar toda e qualquer confusão nas relações de parentesco.

Caso fosse permitida a adoção por estes parentes, haveria um verdadeiro tumulto nas relações familiares, em decorrência da alteração dos graus de parentesco. Em sendo a adoção realizada pelos avós, a criança passaria a ser filho destes, irmão de um de seus pais e de seus tios e tio de seus irmãos e primos. Sendo a adoção realizada por um irmão, passaria a ser filho deste, neto de seus pais, bisneto de seus avós, sobrinho de outros irmãos, irmão de seus sobrinhos. Como se vê, haveria a alteração de todos os graus de parentesco, o que tumultuaria demasiadamente as relações familiares. Foi, certamente, pensando neste tumulto, entre outras coisas, que o legislador criou o impedimento. (MACIEL, 2019, p. 363)

Neste diapasão, Valter Kenji Ishida (2014) justifica que a vedação para este impedimento de adoção existe pelo fato da adoção buscar o rompimento dos laços naturais tanto de filiação, como de parentesco, de forma que a finalidade do instituto seja alcançado.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Explanado os conceitos jurídicos, requisitos, efeitos e característica que englobam a adoção, adentraremos nos aspectos históricos. O instituto da adoção esteve presente na sociedade antes de mesmo do termo “adoção” existir, como forma de dar filhos àqueles que não podiam tê-los. Conforme doutrina Chaves (1995), “*o pater familias* não podia morrer sem o seu sucessor, a quem ficaria o encargo de perpetuar-lhe o nome”, como forma de evitar a extinção da família.

Relatos de filiação adotiva que ocorreram antes de Cristo são exemplos trazidos na Bíblia; como Ester, adotada por Mardoquel, ou ainda, como relata Paiva (2004, p.35) *apud* Taborda (2014, p.7), uma das histórias mais conhecidas, a de Moisés do Egito que foi adotado pela filha do Faraó:

Aproximadamente no ano de 1250 a.C., o faraó determinou que todos os meninos israelitas que nascessem deveriam ser afogados. A mãe de um pequeno hebreu decidiu colocá-lo dentro de um cesto de vime e deixá-lo à beira do rio Nilo, esperando que se salvasse. Têrmulus, filha do faraó que ordenara matança, achou o cesto quando se banhava nas águas do rio, recolheu-o e decidiu criar o bebê como seu próprio filho. Amamentado por sua mãe biológica, serva da filha do faraó, Moisés viveu anos como egípcio, transformando-se mais tarde em herói do povo hebreu.

Podemos ainda considerar o Código de Hamurabi⁴⁸, onde a adoção era um ato aceito e considerado irrevogável. É provável que este seja o conjunto de leis mais antigo, e, mesmo assim, há registros de como a sociedade mesopotâmica agia em situações que envolvessem crianças abandonadas (BEZERRA, 2019). O Código de Hamurabi tratava a normatização da adoção de forma rígida, considerando até o desrespeito que esse instituto pudesse vir a sofrer. Um exemplo

⁴⁸ Conjunto de 282 leis que foram criadas por volta de 1780 a.C. na Mesopotâmia (BEZERRA, 2019).

de tal severidade é trazido por Chaves (1995, p. 47- 48), que dispõe, a título de curiosidade, dispositivos como:

192º - Se o filho (adotado) de um camareiro ou de uma sacerdotisa-meretriz disser a seu pai adotivo ou a sua mãe adotiva: "tu não és meu pai ou minha mãe", dever-se-á cortar-lhe a língua.

193º - Se o filho (adotivo) de um camareiro ou de uma sacerdotisa-meretriz aspira voltar à sua casa paterna, se afasta do pai adotivo e da mãe adotiva e volta à sua casa paterna, se lhe deverão arrancar os olhos. [...]

A situação onde o adotado dissesse ao pai adotivo que este não era seu pai, ou até mesmo se cogitasse voltar ao antigo lar, acarretaria ao adotado penalidades ao praticante da ação.

Observa-se então que a o âmbito da adoção já era instituído na antiguidade, entretanto, não na forma legal, mas de forma que, com o passar dos anos, sua essência progredisse.

Entre os romanos a adoção tinha fins políticos, por esse motivo era permitida apenas às famílias nobres, podendo apenas adotar adultos, cuja idade possibilitaria o seguimento da carreira pública, preservação do patrimônio e perpetuação do nome da família. Também era proposta para fins fiscais ou reconhecimento acobertado de filhos ilegítimos⁴⁹ (CARVALHO, 1977).

Dessa forma, é nítido que o instituto da adoção naquela época não condiz com a realidade de hoje, de modo que, no caminhar da história, os preconceitos em torno da adoção perduraram.

Na Idade Média, a adoção caiu em desuso, Jorge (1975) acredita que este instituto não era admitido pelo fato dos aristocratas não aceitarem que suas heranças se desviassem da linha parental, além de que a igreja condenava tal prática, considerando a adoção como forma de encobrir filhos gerados fora do casamento. Essa

⁴⁹ [...] os filhos se classificavam em legítimos, ilegítimos e legitimados. Os ilegítimos, por sua vez, eram divididos em naturais ou espúrios. [...] Essa classificação tinha como único critério a circunstância de um filho ter sido gerado dentro ou fora do casamento, isto é, se os genitores eram ou não casados entre si (DIAS, 2016, p. 383).

mesma linha de pensamento é observada por Madaleno (2018, p. 42), justificando que,

Um dos motivos apontados para a queda dos vínculos de adoção decorreu da própria substituição da base religiosa do Direito Romano pelo surgimento da família cristã. Também refletiu a influência contrária da Igreja à adoção, porque a constituição de um herdeiro adotivo prejudicava as doações pós-óbito, deixadas pelos ricos senhores feudais que morriam sem deixar descendentes.

A cultura medieval frente a adoção refletia o sistema econômico, político e social que vigorava, o feudalismo, de forma que as posses eram transmitidas pelo direito de sangue, permanecendo na linhagem nobre, onde “[...] o adotado não herdava o título nobiliárquico como em Roma, uma vez que os títulos se transmitiam *jure sanguinis*⁵⁰ e em virtude de concessão real” (CHAVES, 1995, p.51).

Neste vislumbro, pode-se considerar que o ato de adotar levava em consideração todas as crenças da sociedade na época. E, com o transcorrer dos anos, os conceitos foram remodelados e redefinidos pelas várias culturas existentes.

Santos (2015) e Silva (2012) consideram um importante marco histórico para a adoção: o período da Revolução Francesa (1789-1799). Por interesse político e decisivo, Napoleão Bonaparte, que não possuía filhos biológicos, se viu na necessidade de instituir no Código Civil Francês um espaço para a adoção, uma vez que precisava de um herdeiro para seu trono político. Mediante tal feito e sob a grande influência que o Código Civil Francês possuía sobre as demais legislações do ocidente, a adoção voltou a ser inserida em todos os diplomas legais dos demais países (MACIEL, 2019).

Ao longo da história, o ato de adotar destinava-se ao interesse dos adotantes de garantir sua linhagem descendente, algumas vezes, vislumbrando fins políticos ou até religiosos; a criança/ado-

⁵⁰ Do latim “direito de sangue”.

lescente era tratada como um objeto, e, em algumas situações, vendida ou trocada pelos próprios pais ou responsáveis, sendo que em pouco importava sua situação de orfandade ou abandono.

Com o passar dos anos, essa característica potestativa caiu em desuso, de forma que a adoção tornou-se, como já mencionado, um meio de dar filhos àqueles que não podiam tê-los. Entretanto, ainda se via a necessidade de amparar a continuação da família, e não a de atender o interesse do menor.

1.2 A ADOÇÃO NO BRASIL: HISTÓRIA E LEGISLAÇÃO

Iniciado e reconhecido o ato de adotar pelo mundo, várias foram as mudanças neste instituto; a legislação passou por reformulações e revistas conforme a evolução da sociedade, seja em questões relacionadas às crenças, bem como relacionadas aos pré-conceitos (TABORDA, 2014). No Brasil, esta realidade não foi diferente. Remetendo ao segundo e terceiro séculos, época de colonização, as crianças que eram concebidas fora do casamento ou as filhas de moças brancas e solteiras provenientes de famílias da classe média alta, eram abandonadas em florestas, calçadas, terrenos baldios, esse abandono era classificado como abandono selvagem, considerado comum na época (BRASIL, 2013). Nesta época, para Silva (2012), é evidente que as causas do que hoje classificamos como institucionalização, era proveniente de preceitos ligados a sanções, tanto religiosas quanto sociais, frente a procriação fora do casamento.

Desta época até o Império, o regimento da adoção foi instituído por meio do Direito português, surgindo assim as instituições asilares, espécies de “orfanatos” ou “Casa da criança”, com o intuito de diminuir os números de abandono, maus tratos e infanticídios. Podemos considerar essas práticas como a primeira política de acolhimento criada pelo governo.

Se na época colonial o principal motivo de crianças abandonadas era por serem geradas fora dos preceitos morais e religiosos, hoje, somam-se novos motivos: a falta de instrução e disponibilização de métodos anticonceptivos, a falta de programas sociais que orientem sobre planejamento familiar, e também, a inexistência de auxílios morais, afetivos ou econômicos às famílias.

A sistematização da adoção no Brasil ganha as primeiras regras formais com o advento do Código Civil de 1916. Entretanto,

como nos dizeres de Rizzardo (2018) “houve épocas em que a dificuldade na concessão a tornava quase impraticável”, isso por conta das exigências destinadas ao adotante, como por exemplo, alguns dos artigos do antigo Código Civil:

Art. 368 - Só os maiores de 50 anos sem prole legítima ou legitimada podem adotar.

Art. 369 - O adotante há de ser, pelo menos 18 (dezoito) anos mais velho que o adotado.

Art. 370 - Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher.

Cabe ressaltar que, por ser comparado a um negócio jurídico, era passivo de dissolução do vínculo, contanto que as partes fossem maiores de idade e mediante acordo de vontades. Aqueles que almejavam adotar deveriam estar em matrimônio, e com a adoção ocorria a transferência do pátrio poder⁵¹ ao adotante. Ainda observa-se a adoção como forma de continuidade à família, sendo permitida apenas aos casais com idade superior a 50 anos e que não possuíssem nenhum filho, visto que nessa idade era considerada uma incapacidade a concepção de forma natural, visando a continuação da prole e legado.

Outrossim, a adoção era considerada como um negócio jurídico bilateral e solene, sem interferência do Estado para sua outorga, já que se dava por meio de escritura pública e mediante consentimento de ambas as partes (BRASIL, 2013).

Observa-se que, como já mencionado, a adoção era possível para aqueles sem prole legítima ou legitimada. Ou seja, essa exigência quanto a prole só comprova que a maior finalidade era em prol àqueles indivíduos inférteis, ignorando todo e qualquer direito possível da criança/adolescente ser criada em uma família.

⁵¹ Termo que remonta ao direito romano: *pater potestas* – direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos. Corresponde ao atual termo “poder familiar” adotado pelo Código Civil de 2002. (DIAS, 2016)

Desde a implantação do Código Civil de 1916, foram várias as alterações consideradas importantes para o instituto da adoção, sendo elas, a Lei 3.133/57, Lei 4.655/65, Lei 6.697/79, Constituição Federal de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil de 2002, e por último, e mais importante para essa pesquisa, a Lei 12.010 de agosto de 2009, conhecida como Lei da Adoção.

Para Venosa (2019, p. 319), “a Lei 3.133/57 representa um divisor de águas na legislação e na filosofia da adoção no Direito pátrio”, de forma que sua atualização trouxesse maior aplicabilidade, abolindo requisitos como a inexistência de prole, bem como a redução da idade mínima do adotante.

Sancionada pelo presidente Juscelino Kubitschek, iniciou com mudanças significativas no âmbito da adoção, de forma que prevalecesse à ideia de proteção à criança. Entretanto, tais mudanças não eram bem aceitas na época.

Às inovações não foram poupadas observações, algumas mesmo impiedosas, acusando o Congresso Nacional de não ter demonstrado a necessária compreensão, nem contado no caso com ajuda de assessores esclarecidos.

O “infeliz projeto, convertido em lei, a pretexto de atualizar o instituto, nada mais teria feito senão conturbar o ambiente em que vive a família brasileira”. (CHAVES, 1995, p. 58)

Trouxe em seus dispositivos alterações nos artigos 368, 369, 372, 374 e 377. Quanto aos requisitos dos adotantes, houve mudanças na idade mínima para adotar, reduzindo de 50 anos para 30 anos. Também foi excluído o requisito de não ter prole legítima ou legitimada, possibilitando a adoção por todos os casais, desde que respeitado o tempo mínimo de cinco anos de casados. Além disso, reduziu a diferença mínima de idade entre o adotando e o adotado de dezoito para dezesseis anos.

Com a Lei 4.655 de 02 de junho de 1965, foi dado outro importante passo para o instituto da adoção quanto a legitimação adotiva. Dessa forma, tornou o filho adotivo praticamente igual ao filho sanguíneo frente aos direitos e garantias (RIZZARDO, 2014). Nos dizeres de Carvalho (1977, p. 175) “em nosso país a adoção foi

acolhida com restrições no Código Civil que diminuiu o direito sucessório do filho adotivo que concorresse à sucessão com filho legítimo” referindo-se ao artigo 1.605 do Código Civil de 1916.

Os menores de cinco anos em situação “irregular” – conhecida hoje como “situação de risco” – poderiam ser adotados e adquirir os mesmos direitos que os filhos naturais, a chamada “legitimação adotiva”⁵².

A mesma lei também inovou ao mandar cancelar o registro original de nascimento do adotando, eliminando do “histórico de vida” quaisquer informações relativas aos pais biológicos. Além do caráter assistencialista emprestado à adoção, fruto da origem histórica, a legislação mostrava maior preocupação com os interesses dos adotantes do que com os dos menores. (BRASIL, 2013)

Neste momento, a adoção passou a ser irrevogável, considerando que havia o cancelamento do registro de nascimento do menor e a expedição uma nova – como se este se trata-se de um registro tardio – e equiparando filhos adotados àqueles naturais que o casal pudesse vir a conceber, exceto ao que tange a direitos sucessórios (MACIEL, 2019).

Em 10 de outubro de 1979, surge o Código Brasileiro de Menores, a Lei nº 6.697/79. A partir deste momento, a maior preocupação do legislador passou a ser o adotando, de forma que a necessidade do adotante que não podia ter filhos já não seria a prioridade. Dessa forma, foram estabelecidas no sistema legal a adoção simples e a adoção plena.

A adoção simples, no entendimento de Souza (2013), apesar de realizada por meio de escritura pública, ou seja, mediante autorização judicial, utilizava-se dos dispositivos do Código Civil no

⁵² “As regras da legitimação adotiva só eram aplicadas para crianças de até 7 anos de idade, salvo se já vivessem na companhia dos adotantes, pois se baseava na ideia de que não houvesse nenhum resquício de lembrança da família biológica, pois desejava uma inclusão mais efetiva da criança na família adotiva.”(MACIEL, 2019, p. 352)

que fossem pertinentes. Esta era aplicada aos menores de 18 anos que se enquadravam em situação irregular.

O artigo 27 da mencionada lei traz em seus dizeres que “A adoção simples de menor em situação irregular rege-se pela lei civil, observado o disposto neste Código”. É importante mencionar o campo de incidência, uma vez que a lei se autolimitou, não atingindo com totalidade todos os menores, e sim, apenas àqueles em estado de abandono e menores exposto. Para Chaves (1995),

Revelou assim, o legislador falta de coragem para aproveitar a oportunidade de uma consolidação e incorporação de todos os dispositivos do CC e das leis complementares, reformulando o edifício inteiro desde as suas bases. (p. 59)

Além disso, substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena, modalidade esta que se estendia aos menores de até sete anos. O vínculo de parentesco passou a ser estendido à família dos adotantes, de forma que, independente de consentimento dos ascendentes, o nome dos avós passasse a constar no registro de nascimento do adotado (DIAS, 2016).

Antes mesmo ao advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a inserção dos direitos da criança e do adolescente no texto constitucional e a intenção de reforma a legislação menorista já era debatida (ISHIDA, 2014). Porém, somente em 1988, com a Constituição Federal, a hierarquia sanguínea findou e os filhos, adotivos ou não, tornaram-se iguais, trazendo uma nova realidade para o direito de família. Assim, deixa de existir a adoção simples, sendo conceituada apenas a adoção plena 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. (BRASIL, 1988)

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) aprovado em 1990, por meio da lei n. 8.069, passou a regular a adoção dos

menores de 18 anos, sendo também um marco para a criação e a manutenção dos direitos básicos das crianças e adolescentes, tendo como prioridade o interesse do adotando e incluindo o direito a convivência familiar e comunitária. Ainda ressalva a afirmação constitucional quanto a igualdade entre os filhos:

“Art. 20. 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, 1990)

Após a implantação do ECA, a adoção tem como objeto assegurar a criança uma integração em um lar e oportunizar o restabelecimento de laços afetivos, de forma que é explícito os direitos que tanto o Estado quanto a família devem garantir à população mais nova.

Aboliu o termo “menor” quando este se referia e retratava crianças pobres e/ou em situação irregular. Dessa forma, passou a classificá-las como “crianças”, quando retratada aquelas de zero a 12 anos incompletos, e como “adolescentes” aqueles com doze à dezoito anos incompletos (SOUZA, 2013). Não obstante, contrariando o então revogado Código de Menores, passou a considerá-las como sujeitos de direito, não mais como objeto da relação jurídica, assegurando os direitos subjetivos.

Sem muitas alterações, em 2002, surge o “novo” Código Civil, estabelecendo o regime jurídico judicial para a adoção. Neste ponto, o ordenamento jurídico não fugia dos termos dispostos pelo ECA, inclusive, repetia alguns dos dispositivos estatutários. Mesmo o Código Civil trazendo um capítulo específico sobre a adoção, não era possível que não se aplicassem as duas legislações quando tratado este assunto, entretanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente ainda sim acabava sendo mais minucioso quando comparado ao Código Civil (MACIEL, 2019).

Em 03 de agosto de 2009, o ECA sofreu consideráveis alterações quando o Projeto de Lei n. 314, aprovado e sancionado, culminou na Lei 12.010/2009, intitulada “Lei Nacional da Adoção”. Não só o ECA, como também o CC/2002, que teve todo capítulo

voltado para a adoção revogado, restando-lhe apenas dois artigos, 1.618 e 1.619.

Madaleno (2018, p. 653) aponta as novas exigências para os adotantes e a implantação do cadastro nacional de crianças passíveis de adoção.

O propósito da nova Lei da Adoção foi o de priorizar o acolhimento e a manutenção da criança e do adolescente em seu convívio familiar, com sua família biológica, desde que reflita o melhor interesse do infante, e só deferir a adoção, ou sua colocação em família substituta como solução excepcional. Esse é inclusive o espírito do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente ao prescrever que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta”.

Para Maria Berenice Dias (2016, p. 499) “muitas das mudanças são mera troca de palavras”. Como a autora relata, o termo abrigo agora leva o nome de acolhimento institucional, já o termo “família de origem” passou a ser “família natural”. Entretanto, os pontos importantes dessa legislação serão abordados no próximo capítulo; elucidando o instituto da adoção quando a lei decide que este deve ser o último meio de inserção da criança/adolescente no núcleo familiar, bem como tal sistemática afeta diretamente o direito de convivência familiar.

Considerando todas as leis e meios dispostos regendo o instituto da adoção, os processos na busca de uma família deveriam ser mais céleres, entretanto, as exigências judiciais e a análise pessoal adiam por anos o direito de crianças e adolescentes que vivem em abrigos de terem um novo lar e convivência familiar.

Por fim, outro fator importante para o âmbito da adoção foi a implantação do Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Este sistema nacional buscou auxiliar os juízes das Varas da Infância e da Juventude na condução e celeridade nos procedimentos processuais relacionados à adoção.

O CNA é coordenado pela Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com o intuito de facilitar o acesso dos pretendentes (adotantes) entre às crianças disponíveis em todo o país, a plataforma digital possibilita o mapeamento de informações entre adotandos e adotantes, estipulando a quantidade de crianças em cada estado, bem como faixa etária, situação cadastral, etnia e outros fatores. (SANTOS, 2011).

2 ADOÇÃO TARDIA E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

2.1 ADOÇÃO TARDIA

Como já explanado, adoção é considerada um ato voluntário, irrevogável, vinda do Direito Civil e do Direito Constitucional, devendo ser processada dentro da lei, para garantir segurança jurídica para ambas às partes – adotante e adotado.

Dentre as diferentes modalidades de adoção, a tardia é a que recebe de modo direto o impacto da atual cultura. Esta se refere à adoção de crianças maiores ou de adolescentes. O termo tem uma desigualdade de interpretações sobre idades, uma vez que, há doutrinadores que falem em 2 anos como idade limite, e há os que consideram a partir de 5 ou 6 anos (SILVA, 2012).

Considerando entrevistas e pesquisas desenvolvidas ao longo desta pesquisa, utilizar-se-á como parâmetro de adoção tardia a idade de 5 (cinco) anos. Também é válido ressaltar que a utilização da expressão “adoção tardia” não visa enaltecer a ideia de que existe idade certa para a adoção acontecer. A adoção ocorre a qualquer época, sempre em busca e respeito ao direito da criança e do adolescente.

Neste diapasão, conforme dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA)⁵³, grande parte das crianças que se encontram institucionalizadas e/ou está disponível para adoção, possui idade superior a cinco anos, por outro lado o número de pretendentes é quase

⁵³ Estatística coletada no dia 11 de junho de 2019 pelo site oficial do CNJ.

que o quántuplo de crianças cadastradas. Atualmente, raça não é o principal obstáculo para a adoção, e sim a idade.

Veamos os dados: São 46.091 pretendentes cadastrados. Desses, no que tange como critério para adoção a “faixa etária”, apenas 15,17% aceitam crianças com até 5 anos de idade. Os números ainda pioram para crianças até 10 anos, a porcentagem para essa idade decai para 1,75% dos pretendentes. Em contrapartida, quando consideramos os dados de crianças disponíveis para adoção, observamos que de um total de 9.537 crianças/adolescentes cadastradas, apenas 23,64% possuem idade inferior a 5 anos. Tem-se, portanto, uma estimativa de que 76,36% podem ser inseridas na categoria de adoção tardia, pois passaram do “tempo ideal” almejado pelos pretendentes. Como resultado, maior número de crianças e adolescentes institucionalizados, e menores a possibilidades de adoção.

Neste contexto, observa-se a realidade que abrange o instituto da adoção tardia: de um lado, o real perfil das crianças e adolescentes disponíveis para adoção, e do outro, o perfil almejado pelos pretendentes.

À medida que o tempo passa, as crianças tornam-se “inadotáveis”, palavra feia, quase um palavrão, que significa crianças que ninguém quer, seja porque já não são bebês, seja porque não são brancas, ou não são perfeitas, eis portadoras de necessidades especiais. Pelo jeito ninguém lembra o porquê de as crianças estarem lá: ou foram abandonadas, ou os pais destituídos do poder familiar por maus tratos ou por abuso sexual. Nessa hipótese, aliás, é bem mais difícil que sejam adotadas. (DIAS, 2009)

Com essa análise, é de se questionar a adoção ser considerada um privilégio de recém-nascidos e bebês e de que as crianças maiores seriam adotadas fora de um tempo ideal.

Não se pode ignorar que, durante esse processo de escolha, haverá elementos que limitarão a materialização da Lei da Adoção. Menegati e Sommer (2017) acreditam que um dos motivos em haver tanta disparidade entre o número de crianças disponíveis e a quantidade de pretendentes está ligado à inflexibilidade na escolha do perfil que os adotantes querem.

Não obstante, o processo de adoção brasileiro é marcado pela seletividade, na maioria das vezes naturalizada pela sociedade. A escolha dos casais na fila da adoção que buscam um recém-nascido ou uma criança de até cinco anos também tem a sua explicação. Não se pode ignorar o fato de que a família pretendente tem a liberdade de criar expectativas quanto ao filho a ser adotado. O conceito de que a família é composta por: mãe, pai e bebê, é idealizada pelo anseio de compor laços familiares e registrá-los, desde os primeiros dias de vida do filho, por meio de fotografias que comporão o álbum de família.

Para as doutrinadoras Joppert e Fontoura (2010), além do aspecto “idade”, em geral, as características que englobam na adoção tardia, o período de convivência da criança/adolescente com a familiar biológica, normalmente, abrange um tempo maior. Não somente tempo de convívio, mas também uma relação onde a mesma sofreu agressões, abandono, negligências, rompimento de vínculos que culminaram na destituição do poder familiar.

“A criança deve estar há algum tempo abrigada, pode já ter estado em diferentes abrigos ou com diferentes pais sociais e/ou, ainda, ter passado por diversos lares, antes de ser levada a um abrigo... Portanto, não é difícil imaginar que, na adoção tardia, a história de vida dessa criança ou adolescente já lhe trouxe muitos momentos emocionalmente dolorosos, ou, na melhor das hipóteses, um momento muito doloroso, que foi a quebra de vínculo com os pais biológicos no caso de suas mortes, por exemplo.” (JOPPERT, FONTOURA, 2010, p.93)

Para Rosa (2013), o preconceito que ronda a adoção tardia é o medo e insegurança instaurado pela própria sociedade, onde os pretendentes a adotar acreditam que a criança ou adolescente não conseguirão se adaptar a uma nova família devido às supostas experiências de abandono e de desestrutura familiar.

A possibilidade de uma adaptação tranquila da criança em relação aos pais e dos pais em relação à cri-

ança e, conseqüentemente, uma saudável relação entre os pais e filho adotivo, imitando assim a "possível" ou "almejada" relação destes numa situação onde se faz presente o vínculo biológico-sangüíneo; a oportunidade de construção de um vínculo afetivo mais profundo entre mãe-pai-filho, a tal ponto de apagar as marcas da rejeição e abandono promovidos pela mãe e pai biológicos; (CAMARGO, 2005)

A crença é de que a mesma já terá formado caráter, sua personalidade, incorporados a "dificuldade de convivência", "má educação", "vícios" e "falta de limites" oriundas, do próprio tratamento que o menor recebeu anteriormente. É possível então identificar alguns valores presentes na nossa sociedade que indicam elementos culturais, éticos e políticos impeditivos.

A construção de uma nova cultura da adoção é considerada um desafio, mas também um dos caminhos possíveis para dissipar a quantidade de crianças e adolescentes institucionalizadas no Brasil. Este é um direito inalienável da criança e do adolescente e um dever ético do Estado e de todos.

2.2 DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A família é o primeiro vínculo adquirido. Até pouco tempo atrás, o padrão de família englobava pai, mãe e filhos, modelo este considerado ideal para a sociedade. Por este fato todas as outras organizações familiares eram vistos como desestruturados e desorganizados, sendo considerados como "inadequados" ou "ilegítimos".

A convivência familiar é um direito fundamental de toda criança e adolescente, sendo citada por diversas vezes tanto na Constituição Federal, como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. (BRASIL, 1990)

O art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece que:

É dever da família, do Estado, da Comunidade em geral e do Poder Público Assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990).

De fato, o art. 1º, §1º, da Nova Lei da Adoção, reconhece que a intervenção estatal visa à “orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer”. Nesse mesmo parágrafo, a adoção é considerada uma última medida a se tomar, na “absoluta impossibilidade” de ficar com a família.

Por esses motivos, antes da intervenção do Estado no núcleo familiar, devem-se compreender as particularidades de cada família, entretanto, sempre visando à preservação dos direitos da criança e do adolescente. “Somente em último caso é que os infantes e o jovens serão levados à acolhimento institucional, podendo ter seu vínculo com sua família original excluídos definitivamente.” (CASTRO, 2016)

A convivência familiar não precisa ser, necessariamente, com os pais biológicos. Mas a lei enfatiza a preferência aos genitores ou aos que o ECA chama de família extensa ou ampliada: “tios, primos, avós ou qualquer parente com o qual a criança ou o adolescente conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade”. (BRASIL, Senado Federal, 2013)

É de extrema importância frisar que, a lei reafirma por 11 vezes a adoção com a última opção no mecanismo de garantia de direito a convivência familiar, de forma que as possibilidades de permanência em sua família de origem já se tenham findado.

O ECA ampara o maior e melhor interesse da criança, sendo certo que a busca é de pais para as crianças e adolescentes disponíveis e não ao contrário, sendo respeitados seus desejos e o seu processo de adaptação.

Entretanto, no que tange a adoção tardia, essa busca incansável reflete os dados do CNJ apresentados anteriormente. Oras, a criança maior ou o adolescente não será inserida em uma família que anseia por adotar apenas criança bebê. Sem generalidade, pode ser que os pais não se adequem a ideia de que não têm um bebê, e, futuramente, preferam entregar a criança maior à instituição de acolhimento. A frustração será para ambas as partes, entretanto, maior para o institucionalizado, que passará pelo sentimento de abandono novamente.

Devido à adoção ser uma opção excepcional que só deve ocorrer quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, Dias (2016) acredita que a Lei de Adoção não conseguiu alcançar os propósitos almejados, uma vez que em vez de agilizar o processo, acabou por “impor mais entraves para sua concessão”.

Essas tentativas podem perdurar pelo longo período de dois anos (ECA, art. 19, §2º). No entanto, em face da absoluta falta de estrutura da Justiça, este prazo se perpetua enquanto se insiste para que os pais aceitem os filhos de volta e, mais ainda, quando é buscado algum parente que os deseje (DIAS, 2017).

Tendo em vista as exigências a serem cumpridas, o tempo de espera nas filas pela adoção de crianças, tende a ser longo e o processo burocrático se apresenta como obstáculo dos mais difíceis de serem superados.

A burocracia envolvendo o processo de adoção, visa garantir o melhor interesse da criança. Assegurar que esta criança encontre o lar “ideal”, com segurança e afeto, e para que não haja uma “devolução” por falta de adaptação, além de buscar a reinserção no lar biológico. Entretanto, esse excesso de zelo, acaba por interferir na agilidade, pois as tentativas de reintegração a família biológica demandam tempo e muitas vezes restam infrutíferas, fazendo com que as crianças fiquem cada vez mais velhas e passem mais tempo em abrigos (MENEGATI e SOMMER, 2017).

A convivência familiar é, além de um direito, uma necessidade. Institucionalizar crianças e adolescentes com a finalidade de reverter a situação de abandono torna a situação de crianças maiores e adolescentes uma realidade inatingível. Dessa forma, como o direito dessas crianças que é tão soberana na legislação está sendo respeitada?

Neste diapasão, o direito ao convívio familiar deve romper laços consanguíneos quando o menor não encontra nestes a essência de uma instituição familiar.

2.3 MODALIDADES DE FAMÍLIA SUBSTITUTA E ADOÇÃO COMO MELHOR OPÇÃO

Atualmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, tutela sobre três modalidades de família, sendo elas: a família natural, a família extensa e a família substituta. No que tange a família natural, esta abrange a comunidade que engloba os pais ou qualquer um deles e seus descendentes. Já a família extensa, também conhecida como ampliada, é aquela formada por parentes próximos, se estendendo além da unidade pai-filho, com os quais a criança ou o adolescente tenha convivência e vínculo de afinidade e afetividade. Por fim, temos a família substituta, sendo esta dependente de decisão judicial, e subdividida em outras três formas: guarda, tutela e adoção.

É importante a elucidação sobre as três modalidades de colocação em família substituta para que se entenda mais a frente desta pesquisa a importância da adoção objetivando o direito à convivência familiar.

2.3.1 Guarda

Como primeira modalidade de colocação em família, prevista no ECA no artigo 33, a guarda ocorrerá para regular uma situação de fato, sendo deferida para solucionar situações peculiares ou, até mesmo, preencher a falta dos pais, momentaneamente, ou não. Trará ao detentor o dever de assistência moral, material e educacional à criança e adolescente (ROSSATO, 2014). Como características, a concessão deste instituto não impede, via de regra, que os pais

visitem o menor, além de não afastar a responsabilidade de prestação de alimentos; também é caracterizada pela precariedade, podendo ser revogada a qualquer tempo mediante decisão fundamentada do juízo da Vara da Infância e Juventude, tendo sido ouvido o Ministério Público. Para Ishida (2014, p. 97), trata-se de coisa julgada formal, no qual,

a precariedade do termo guarda, embora constitua instrumento de representação do menor, podendo inclusive levar à oposição aos pais, não permite que se equipare referido instituto à tutela e à adoção. É ínsita no instituto a revisibilidade,. [...] A guarda por si só não possui o condão de elidir o poder familiar dos genitores biológicos. Existe ínsita na guarda, o caráter de transitoriedade.

Acontece que, são inúmeros os casos nas Varas Menoristas que envolvem o retorno do menor ao seio familiar biológico. Por muitas vezes, os guardiões estão há anos com menor, e, de forma repentina e justamente pela natureza precária, a criança ou adolescente volta à guarda dos genitores biológicos por vontade desses, contrariando a vontade daqueles, seja por decisão devido a alteração da guarda ou o seu cancelamento. Ou seja, é de extrema importância que a medida judicial seja levada com extrema cautela, baseando-se no melhor (maior) interesse da criança e do adolescente, o que muitas das vezes não ocorre, pois a lei insiste que retornar o menor para o seio familiar biológico é sempre a melhor opção.

Ainda é importante ressaltar que, o ECA dispõe em seu artigo 34 que “O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.” (BRASIL, 1990). Este dispositivo tange sobre a excepcionalidade que envolve a violação do direito do infante e adolescente, como por exemplo, a negligência, abandono, abusos físicos, sexuais ou psicológicos, etc., para que assim, possibilite o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar. Desta forma, como retrata Maciel (2019, p.309),

O acolhimento institucional apresenta-se, assim, como medida que pode ser utilizada em situação emergencial, sempre respeitando os princípios da excepcionalidade e da provisoriedade.

Neste caso, o dirigente da entidade que desenvolva o programa de acolhimento institucional será o responsável legal do abrigado enquanto permanecer acolhido até o seu desligamento, equiparando-se ao papel de guardião, garantindo por meio da assistência material e moral o pleno desenvolvimento do infante.

Nesses termos, o acolhimento institucional não enquadra a uma espécie de guarda, mas sim, equipara à guardião o dirigente da instituição, por este ser responsável pelos cuidados do acolhido, de forma ampla, uma vez que estará em constante observação e fiscalização por parte do Poder Judiciário, do Ministério Público e do conselho tutelar.

O dirigente do acolhimento ainda deverá, nas hipóteses de acolhimento institucional, observar os princípios estatuídos, conforme o artigo 92 do ECA, que abrange: a) preservar os vínculos familiares e a promoção da reintegração familiar, bem como; b) inserir em família substituta se esgotados os recursos de manutenção em família natural ou extensa. O ponto crítico desta modalidade está exatamente na própria redação da lei. O menor se vê em situação de abandono, negligência, abusos, dentro do próprio núcleo familiar, e, por determinação legal, é retirado desse meio. A mesma lei que o protege, pretende reinseri-lo na família biológica ao invés de integrar a criança ou adolescente em um novo lar.

Ressalta-se ainda que, quando a criança ou o adolescente ingressa na instituição de acolhimento, o artigo 101, §3º do ECA preceitua quanto o dever do dirigente guardião:

Art. 101 § 3º Crianças e adolescentes somente poderão ser encaminhados às instituições que executam programas de acolhimento institucional, governamentais ou não, por meio de uma Guia de Acolhimento, expedida pela autoridade judiciária, na qual obrigatoriamente constará, dentre outros: I – sua identificação e a qualificação completa de seus pais ou de

seu responsável, se conhecidos; II – o endereço de residência dos pais ou do responsável, com pontos de referência; III – os nomes de parentes ou de terceiros interessados em tê-los sob sua guarda; IV – os motivos da retirada ou da não reintegração ao convívio familiar (BRASIL, 1990).

Todas as informações prestadas são necessárias e objetivam a reintegração familiar do menor inserido no acolhimento. Porém, observa-se que, atualmente, existem 40.867⁵⁴ menores institucionalizados. Ademais, considera-se ainda que, 6.245⁵⁵ maiores (entre 18 e 26 anos) encontram-se institucionalizados, ou seja, passaram sua infância e/ou adolescência esperando pela reintegração, seja com a família natural ou com a extensa, e não obtiveram êxito, sendo necessário que deixassem a casa de acolhimento e buscassem por abrigos, atualmente conhecidas por repúblicas. Entre esses dados, ainda existem 320⁵⁶ indivíduos que se quer possuem data de nascimento cadastrada, caracterizando a total desfeita da família com o institucionalizado e todo e qualquer direito a convivência familiar que este possa vir a ter em uma família substituta.

Desta forma, é possível observar a ineficiência do sistema quando busca reinserir a criança/adolescente em sua família natural. Ora, se fosse esta a solução em busca do melhor interesse da criança, os números deveriam beirar o mínimo; não obstante, temos ainda um percentual de jovens maiores que, durante sua infância/adolescência

⁵⁴ CNCA - Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas – Conselho Nacional de Justiça – Relatório estatístico de quantidade de acolhidos por idade. Coleta de dados realizada no dia 07 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://wwwh.cnj.jus.br/cnca/publico/>>

⁵⁵ CNCA - Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas – Conselho Nacional de Justiça – Relatório estatístico de quantidade de acolhidos por idade. Coleta de dados realizada no dia 07 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://wwwh.cnj.jus.br/cnca/publico/>>

⁵⁶ CNCA - Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas – Conselho Nacional de Justiça – Relatório estatístico de quantidade de acolhidos por idade. Coleta de dados realizada no dia 07 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://wwwh.cnj.jus.br/cnca/publico/>>

esperaram a reinserção em sua família natural ou extensa, não obtendo êxito, sendo estes deixados, muitas vezes, pela própria sorte.

2.3.2 Tutela

Oriunda do latim, *tuere*, tutela significa “proteção”, “proteger”. Assim como a origem da palavra, a tutela nada mais é do que um instituto jurídico que visa proteger a criança e o adolescente quando observada a ausência de seus pais, por meio da nomeação, pelo juiz, ou, pelos próprios genitores, de um responsável (nomeado como tutor) que passará a assistir e representar o menor de idade em todas as situações necessárias. Mais diretamente, afirma Maria Helena Diniz (2019, p.301): “A tutela é um instituto de caráter assistencial, que tem por escopo substituir o pátrio poder”.

Com respaldo jurídico nos artigos 36 à 38 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a tutela é conceituada como uma forma de colocação em família substituta. Objetiva regularizar a posse de fato da criança ou do adolescente, bem como confere ao tutor o direito de representação. Desta forma, o instituto interfere na destituição ou suspensão do poder familiar, fato que não ocorre quando comparado à guarda (ROSSATO, 2014). O art. 1734 do CC ainda prevê que:

Art. 1.734. As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2002).

Dessa forma, para a criança/adolescente que não se encontra sob a autoridade de seus pais, o Estado habilita a assistência e proteção por meio de uma pessoa maior e capaz, o qual será investida de poderes que possibilitem a proteção do pupilo.

Dentre as espécies que englobam a tutela, temos quatro modalidades: a) Documental, instituída quando os pais indicam uma

pessoa para exercer a tutela do filho durante a ausência, via documento público ou particular, b) Testamentária, instituída pelos pais, em testamento próprio, quem deverá ser o tutor. c) Legítima, que leva em conta o artigo 1731 do CC, atribuindo o encargo por força da lei. E, por último, e de suma importância para o decorrer da pesquisa; d) Dativa: decorrente da falta de indicação dos pais e/ou falta de um tutor legítimo, o juízo deverá nomear um tutor.

Anteposto o conceito genérico de tutela, é válido apontar que é aplicada apenas à crianças e adolescentes, ou seja, até dezoito anos incompletos, conforme dispõe a nova redação do ECA, em seu art. 36, tendo sido alterado pela Lei da Adoção (ISHIDA, 2014).

Não obstante, é presumida a perda ou suspensão do pátrio poder, além de implicar os deveres de guarda. Ou seja, a tutela será um meio utilizado quando o menor não possuir pais conhecidos, ou estes forem falecidos, ou destituídos do poder familiar (MACIEL, 2019). Dessa forma, institui o Código Civil: “Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar.”

Nesta senda, a tutela objetiva suprir toda e qualquer incapacidade de fato e de direito da criança e/ou do adolescente que necessita de proteção e de alguém que atue por elas na vida civil. Venosa (2019, p. 512) considera que: “A tutela possui, então, três finalidades curiais: os cuidados com a pessoa do menor; a administração de seus bens; e sua representação para os atos e negócios da vida civil.” Assim sendo, a tutela cabe não só ao que tange o zelo pelo menor, mas também um encargo imposto pelo Estado, com fins de interesse público.

Na ausência de quem, por direito natural, exerce o poder familiar, o Estado transfere o encargo a terceira pessoa, em geral ligada por laços de parentesco ao menor, e que revele condições de probidade e mesmo afetividade, a qual deverá zelar pela criação, educação e interesses patrimoniais. Trata-se, pois, a tutela de um *munus* imposto pelo Estado, de substituição das atribuições inerentes ao poder familiar, com a mesma relevância que era exercido pelos pais, devendo a pessoa revestida da função ter o menor praticamente

como filho, dedicando-lhe atenção, carinho, conforto, interesse educacional e profissional, encaminhando-o para a vida, além da preservação do patrimônio e da representação na vida civil (RIZZARDO, 2018).

Maciel (2019) ainda ressaltar a situação onde o menor se encontra nesta circunstância devido ao fato de os pais terem sido destituídos do poder familiar, o qual o tutelado, atingindo a maioridade civil ou emancipando-se, estará condicionado aos vínculos de parentescos com os pais destituídos, constando apenas a averbação da perda do poder familiar no registro civil de nascimento. Dito isso, se permanecido o liame afetivo, há a possibilidade de um retorno ao seio familiar; em contrapartida, se desaparecido o afeto, o afastamento da parentela.

Vale ressaltar que a tutela só será concedida quando ambos os genitores da criança já tenham falecido, ou quando o poder familiar for retirado dos dois. Não sendo possível adquirir a tutela de uma criança quando um dos pais ainda exercer o poder familiar em relação a ela (MACIEL, 2019).

Via de regra, a tutela é exercida pelo período de dois anos. Entretanto, será mantido como tutor caso este não informe ao Juízo o seu desinteresse em permanecer no encargo.

2.3.3 Vertentes das modalidades de família substituta

Explanados os três institutos que englobam a família substituta têm-se, resumidamente, no entendimento de Nucci (2018) as seguintes equiparações: A guarda tem caráter provisório e precário, podendo ser revogada a qualquer tempo por decisão fundamentada do Juízo da Infância e Juventude; ocorre para regularizar uma situação de fato, para atender situações peculiares e/ou para suprir a ausência momentânea dos pais.

A tutela vem a conferir ao tutor o direito de representação, além de regularizar a posse de fato do menor mediante a presunção de perda ou suspensão do poder familiar. Difere-se da adoção pelo fato de o menor não ser inserido definitivamente em família substituta a ponto de, legalmente, substituir a filiação, inalterando o núcleo

familiar. Distingue-se da guarda, pois esta é decorrência natural do poder familiar, constituindo medida provisória.

Já a adoção, a criança ou adolescente adotado desvincula-se totalmente da família natural, passando a viver nova realidade, com alteração no registro civil, nomes e linhagem ascendente. Visa o benefício do adotado, sendo obrigatória a demonstração das reais vantagens, tudo em prol do melhor interesse da criança e do adolescente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando analisado o foco central desta pesquisa – adoção tardia e direito a convivência familiar – deve-se rever a ineficiência da guarda e da tutela como meios de garantir a convivência familiar do menor e o melhor interesse da criança e do adolescente.

Para Beatrice Marinho Paulo (2012), conceituar o que delimita “convivência familiar” ainda é um grande desafio no mundo contemporâneo. Dia a dia surgem novas configurações familiares, vínculos estes que nem sempre são biológicos, e sim, constituídos, sobretudo, como ligações socioafetivas. Dessa forma, observa-se um descompasso entre a realidade social e a legislação.

Esta característica de regras firmadas se dá pelo chamado “Positivismo Jurídico”⁵⁷ que visa o Direito de forma restrita, dentro daquilo que tece a lei, ou seja, da forma como ela está escrita. É neste ponto que a Lei Nacional da Adoção falha com a própria adoção, instituto que deveria ser amparado por se tratar de uma “lei específica”.

A crítica é quanto a adoção ser considerada como uma medida excepcional, ou seja, após esgotadas todas as outras possibilidades de reinserção do menor em sua família natural ou inclusão na extensa. Tanto que, basta analisar que o ECA repete por incansáveis 11 vezes essa preferência, a ponto de desconsiderar o tempo que será

⁵⁷ [...] o positivismo procede a averiguação dos pressupostos lógico-formais da vigência. De um lado os adeptos da filosofia positiva se limitam a ordem do ser, do ordenamento jurídico, e emitem juízos de realidade; de outro, os idealistas que, sem desprezar o sistema de legalidade, refletem na instância ética sobre a ordem *suprapositiva* e elaboram juízos de valor. (NADER, 2018, p. 199)

perdido durante essa tentativa de que os pais aceitem o filho de volta, ou ainda, na busca por um parente que os deseje.

Considera-se então que a lei preza por uma ordem de preferência, como já abordada pelos institutos da guarda e da tutela. Neste seguimento, temos então como primeira opção a “aceitação” de um ou de ambos pais biológicos. Frustrada essa tentativa, opta-se pela guarda ou tutela, dado prioridade aos mais próximos (avós, irmão maiores, tios, parentes consanguíneos). Somente após infrutíferas tentativas em que não há nenhum parente natural vivo e disposto a assumir a guarda ou tutela, que o menor poderá ser tutelado ou posto em guarda por um “estranho”.

O fato é que, independente das mudanças e da realidade encontrada nas casas de institucionalização, a família natural continua sendo considerada como a célula básica da sociedade, responsável pelos seus membros, bem como pelo desenvolvimento e socialização dos mesmos. Ocorre que, nem sempre os pais almejam uma família.

A Carta Magna, o Eca e a Lei Nacional de Adoção prezam pelo melhor interesse da criança, sendo este um dos princípios basilares, mas se limitam quando deixam de entender e compreender a realidade atual das crianças institucionalizadas.

No que tange a institucionalização de bebês há a ideia de que, quando uma mãe deseja entregar o filho à adoção, sua intenção é de que a criança tenha um lar, e não que o Estado busque um membro de sua família para entregá-lo. Ora, se durante toda a gestação, nenhum parente se dispôs a obter a guarda da criança, não seria após o nascimento que isso mudaria. Até porque, regido pela afetividade e afinidade, não há nem o que se falar neste critério, uma vez que ele nem se quer existiram.

Nesses mesmos moldes evidencia também a situação que engloba uma criança institucionalizada a espera de que seus pais adquiram condições de ficar com ela, ou até que deixem de ser dependentes químicos ou alcóolicos.

Frente a essa falência do sistema, o Estado deveria ter como prioridade absoluta a criança e o adolescente, já que preconiza pelo melhor interesse destes. Estarem institucionalizados só aumenta a situação e vulnerabilidade, bem como não assegura direitos basilares, como o de convivência familiar.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Eduardo. **A evolução da adoção no Brasil**. Congresso em Foco – 2010. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunas/a-evolucao-da-adocao-no-brasil/>. Acesso em: 10 jun. 2019

BERNARDINO, Karine de Paula; FERREIRA, Carolina Iwancow. **Adoção tardia e suas características**. Revista Intellectus. Ano IX, nº 24, 2013. Disponível em: <http://www.revistaintellectus.com.br/DownloadArtigo.ashx?codigo=283>. Acesso em: 7 jun. 2019.

BERNAT, Ana Beatriz Rocha. **Impasses na adoção: o que nos ensinam sobre filiação?** – Psicologia na Prática Jurídica / coordenadora Beatrice Marinho Paulo. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BEZERRA, Juliana. **Código de Hamurabi**, 2019. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/codigo-de-hamurabi/>. Acesso em: 06 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 01 de jun. de 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil do Brasil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. **Lei da Adoção**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm. Acesso em: 01 de jun. de 2019

BRASIL, Senado Federal. **Em Discussão - Por amor e pela criança**. Brasília, Secretaria Jornal do Estado, 2013, Ano 4 - Nº 15, maio de 2013 – Disponível em: https://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/upload/201302%20-%20maio/pdf/em%20discuss%C3%A3o!_maio_2013_internet.pdf. Acesso em: 04 jun. 2019

CAMARGO, Mário Lázaro. **A adoção tardia no Brasil: desafios e perspectivas para o cuidado com crianças e adolescentes**. Simpósio Internacional do Adolescente, 2., 2005, São Paulo. Disponível em: http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC000000082005000200013&lng=en&nrm=abn. Acesso em: 07 Jun. 2019.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Direito do menor**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977.

CASTRO, Ana Luiza. **O Afastamento da Criança e do Adolescente do Convívio Familiar**. 2016. Disponível em: <https://analuizacastro.jusbrasil.com.br/artigos/323121219/o-afastamento-da-crianca-e-do-adolescente-do-convivio-familiar>. Acesso em: 07 de jun. 2019

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Wanderley, et. al. **Direito da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência** - São Paulo: Atlas S.A., 2014.

CHAVES, Antonio, 1914 – **Adoção** / Antônio Chaves. – Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção e a espera do amor.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22622&seo=1>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** / Maria Berenice Dias – 11. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Estatuto da adoção: Projeto para retirar crianças invisíveis do cárcere.** Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. v.24 (nov./dez.) – Belo Horizonte: IBDFAM, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Direito de Família, vol. V, 2018.

DUARTE, Vânia Maria do Nascimento. **Pesquisas: exploratória, descritiva e explicativa.** Brasil Escola. Disponível em: <<https://monografias.brasilescola.uol.com.br/regras-abnt/pesquisas-exploratoria-descritiva-explicativa.htm>> Acesso em: 5 mai. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família** / Carlos Roberto Gonçalves. – 20. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. (Coleção sinopses jurídicas ; 2)

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito** / Paulo Dourado de Gusmão – 49ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência** / Válter Kenji Ishida. – 15. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

JORGE, Dilce Rizzo. - **Histórico e aspectos legais da adoção no Brasil.** Rev. Bras. Enf., Brasília, v. 28, n.2, p.11-22, 1975. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reben/v28n2/0034-7167-reben-28-02-0011.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2019

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico: procedimento básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos** / Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos** / Andréa Rodrigues Amin...[et al.] ; coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de família** / Rolf Madaleno. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENEGATI, Ana Flávia Miranda; SOMMER, Francielle Pires Duarte. **Adoção tardia e a dignidade das crianças e adolescentes na fila de espera pela adoção**. Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/RJDSJ, v. 5, n. 1. Suplemento Especial, RESUMOS EXPANDIDOS, 3ª Mostra Científica 2017. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/2259>. Acesso em: 28 de jun. de 2019

MEZZARROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito** / Orides Mezzaroba, Cláudia Servilha Monteiro. – 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito** / Paulo Nader. - 25. ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado** / Guilherme de Souza Nucci. – 4a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Hamlet. **Amor e família livres de idade**. Jornal O Povo – Online. 2015. Disponível em: <https://especiais.opovo.com.br/ado-caotardia/>. Acesso em: 07 jun. 2019.

PAULO, Beatrice Marinho. **Família: uma relação socioafetiva** – Psicologia na Prática Jurídica / coordenadora Beatrice Marinho Paulo. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

RAYMUNDO, Rafael Tourinho. **Entenda como funciona a coleta de dados no TCC**. Via Carreira, 2018. Disponível em: <<https://via-carreira.com/coleta-de-dados-no-tcc/>> Acesso em: 5 mai. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo – **Direito de família**. / Arnaldo Rizzardo. – 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família** / Arnaldo Rizzardo. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo** / Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépure, Rogério Sanches Cunha. – 6. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Elisângela de Lourdes Silva. **Adoção tardia: elementos sócio-históricos e culturais a partir da realidade da 2ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Natal/RN** – Natal, RN, 2015. Disponível em: https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/7492/1/Ado%C3%A7%C3%A3o%20tardia_Santos_2015.pdf. Acesso em: 22 mai. 2019.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico** / Antônio Joaquim Severino. – 23. Ed. rev. e atualizada – São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Fernanda Carvalho Brito. **Evolução histórica do instituto da adoção** – 2017 – Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55064/evolucao-historica-do-instituto-da-adocao>. Acesso em: 05 jun. 2019.

SILVA, Raquel Antunes de Oliveira. **A adoção de crianças no Brasil: os entraves jurídicos e institucionais**. Congresso Internacional

de Pedagogia Social, 4., 2012, São Paulo. Disponível em:
<http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_art-text&pid=MSC000000092012000200021&lng=en&nrm=abn>.
Acesso em: 03 jun. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões** / Síl-
vio de Salvo Venosa. – 19. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTES QUÍMICOS SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE HUMANA

Kamila Ximenes Ortega⁵⁸

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a internação compulsória de dependentes químicos sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse tema é palco de muitos debates, uma vez que carrega em si a relativização do direito à liberdade prevista no texto constitucional. Para abordar essa problemática foram realizadas pesquisas bibliográficas que possibilitaram a compreensão da internação compulsória frente ao princípio mencionado. Por fim, o conteúdo contribuiu para o esclarecimento da aplicação da internação involuntária

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade humana, liberdade, dependência química, internação compulsória.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a internação compulsória de dependentes químicos e a viabilidade da aplicação deste procedimento em um sistema jurídico fundamentado sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. De forma específica, tem-se que a presente investigação questiona, a partir de estudos doutrinários e jurisprudenciais, uma possível colisão de direitos fundamentais.

⁵⁸ Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Ponta Porã – FIP. E-mail: kamila_ximenes@hotmail.com

O tema tratado causa grande discussão na sociedade, também por juristas e médicos, pois se trata de assunto contemporâneo, em razão das medidas adotadas e pelos desdobramentos causados pelas drogas.

É importante abordar o tema, pois a dependência química transforma a vida da pessoa, que fica subordinada ao vício. Isso fica evidente, pois a pessoa que permanece neste estado mantém-se em uma única rotina, que é a de ingerir drogas no organismo. O dependente químico se afasta da sociedade, do trabalho, da família, amigos e todas as atividades cotidianas.

São apresentadas algumas considerações acerca das drogas, seu conceito, características e classificação. Em seguida, tem-se o contexto histórico da evolução das substâncias químicas, e, depois, a política de criminalização das drogas.

Faz-se também uma abordagem dos fundamentos acerca da internação. Os argumentos favoráveis são denominados de discurso da defesa social, no sentido de que a internação tem o intuito de recuperar a saúde do dependente químico e reinseri-lo na sociedade. De outro lado, os argumentos contrários a internação, chamado de política higienista, os quais defendem a ideia de que se trata de métodos de limpeza de classe.

Este debate tem repercutido na sociedade e pela mídia, principalmente em razão do procedimento requerido pela Prefeitura de São Paulo para recolher os usuários de drogas da cracklândia.

A internação compulsória é analisada também sob a perspectiva dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade, a análise dos pesos de direitos colidentes e o papel do poder judiciário na interpretação e aplicação da norma.

1 APONTAMENTOS GERAIS

A Organização Mundial da saúde (OMS) conceituou droga como “toda substância que, introduzida em um organismo vivo, pode modificar uma ou mais funções deste.”

Ocorre que, esse conceito é bastante genérico, pois as substâncias podem ser de diversas composições e provocar efeitos distintos no corpo humano.

A lei de drogas traz o conceito no artigo 1º, parágrafo único, no seguinte sentido: “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.”

Segundo Carlini (2011, p. 08), as drogas também podem ser conceituadas e caracterizadas por:

Substâncias que produzem mudanças nas sensações, no grau de consciência e no estado emocional das pessoas. As alterações causadas por essas substâncias variam de acordo com as características da pessoa que as usa, da droga escolhida, da quantidade, frequência, expectativas e circunstâncias em que é consumida.

Segundo leciona Silva (2016, p. 16), faz-se necessário diferenciar dependência física e psíquica, “Na dependência física, o corpo necessita do uso da droga; na psíquica, há vontade imensa do uso da droga. Existem substâncias que causam dependência física, em outras a dependência psíquica, ou ambas.”

A respeito de possíveis fundamentos para explicar o consumo de drogas, Winter (2017, p. 48) explica que as situações de desarmonia de sentimentos negativos são pertinentes a vida em coletividade, e que para sobrelevar os problemas e desilusões da vida, o homem procura por três caminhos, quais sejam, derivativos poderosos, entusiasmo substitutivos e substâncias químicas. Nesta última, para amenizar o sofrimento, pois as drogas geram alterações no corpo, permitindo que as pessoas se tornem inertes às dores da vida.

O juiz de direito Luis Fernando Camargo de Barros Vidal (2011, p. 8) em uma dissertação crítica, assevera que existe grande desigualdade na sociedade, impedindo que a maior parte das pessoas consiga realizar-se, e que isso causa desgosto, assim, alternativamente procuram nas drogas um pouco de conforto e prazer:

Na sociedade democrática contemporânea, carente do imperativo da justiça distributiva, e marcada pela indisponibilidade dos meios de realização das pessoas, é fundamental o respeito a esta indisposição, posto que nela pode residir o núcleo da dignidade humana.

Este artigo faz reflexão sobre o uso de drogas, afirmando ainda, que o dependente químico não é um doente, mas que vão às ruas ao encontro das drogas para buscar o conforto da invisibilidade.

Insta ressaltar que os doutrinadores diferenciam usuários, dependentes e traficantes. Aos primeiros são atribuídas as condutas menos gravosas, não sendo imposta a prisão ou detenção, sendo aplicadas as penas restritivas de direitos. Já os dependentes químicos são tratadas como doentes, sendo submetidos a tratamento médico e atenuação de penas. Estes são vistos como vítimas da sociedade, doentes e viciados.

Os traficantes, por sua vez, são os criminosos, por isso possuem as penas mais altas. Mas há diferenciação entre o pequeno e eventual infrator do profissional no tráfico, sendo que a pena poderá ser diminuída se o denunciado for primário, tiver bons antecedentes e não se dedicar e integrar organização criminosa.

Quanto à internação compulsória, deve ser aplicada ao dependente químico, pois é considerado viciado em substância química, em estado muito avançado.

Importante mencionar outra especificidade sobre a classificação dos efeitos causados pela droga, no que se refere ao comportamento aparente no sistema nervoso central, se dividem em drogas depressoras, estimulantes e perturbadoras.

As substâncias mais conhecidas, de modo geral, são os alucinógenos, anticolinérgicos (medicamentos e chás com plantas que possuem atropina e a escopolamina), barbitúricos (sedativos), benzodiazepínicos (medicamentos que induzem o sono), cocaína, crack, esteróides, anabolizantes, estimulantes (inclusive remédios para emagrecer), heroína, merla (pasta-base da cocaína), opiáceos (a base de ópio), orexígenos (medicamentos estimuladores de apetite), solventes (cola de sapateiro, lança-perfume e xaropes (codeína)).

Também são consideradas drogas os medicamentos vendidos em farmácias ou drogarias, locais onde se vendem medicamentos e insumos farmacêuticos. Além disso, existem produtos agrícolas, como inseticidas e outros venenos considerados tóxicos, mas lícitos, não sendo abrangidos pela lei de drogas.

Ademais, na política adotada no país, existe o fracionamento que separa as drogas lícitas das ilícitas, estas são proibidas,

aquelas, por sua vez, são permitidas, mas às vezes com alguma ressalva. A respeito deste controle, tem-se a cerveja, substância causadora de dependência, mas pode ser comercializada no país, com a restrição de que só pode ser vendida e consumida por pessoas maiores de dezoito anos.

Existem ainda, as substâncias controladas, que são permitidas, vendidas em farmácias, para tratamento de saúde, mas há limitação, pois a distribuição é condicionada a apresentação de receituário médico.

As drogas consideradas ilícitas não poderão ser comercializadas no país. Quanto à ilicitude da substância, a Lei de Drogas atribui a competência à União, no sentido de que “serão tratadas em listas atualizadas periodicamente pelo poder executivo da União.”

A proibição destas substâncias tem a finalidade de proteger a saúde da coletividade. O legislador entendeu que as pessoas não podem ficar expostas a substâncias que possa causar dependência física ou psíquica (SILVA, 2016, p. 43).

A dependência do consumo de drogas são facilmente percebidas, conforme apontadas por Alves e Lima (2013, p. 4):

O consumo de substâncias psicoativas está relacionado a riscos e danos de grande magnitude social: exposição a situações de violência, como acidentes de trânsito, conflitos interpessoais e familiares, traumatismos, homicídios, suicídios, envolvimento com o tráfico e outras atividades delituosas; práticas sexuais desprotegidas, compartilhamento de seringas e agulhas, além de exposição a infecções de transmissão sexual e parenteral, a exemplo do HIV, hepatites B e C, HTLV e sífilis; comorbidades ou agravamento de condições clínicas e psiquiátricas; intoxicação aguda por uso de drogas (overdose); uso abusivo e dependência, entre outros. Em relação ao álcool, admite-se que o seu consumo constitua importante causa de adoecimento, mortalidade precoce e incapacidade, sendo apontado como fator determinante de mais de 10% do total dos problemas de saúde do país.

Ademais, ocasiona uma séria de problemas sociais, como o aumento nos casos de AIDS entre usuários de drogas injetáveis. O Relatório Brasileiro sobre drogas divulgado no ano de 2010 constatou que os casos associados ao uso de drogas representam 8,6% do total de casos de AIDS.

Além disso, pode gerar infecções por hepatites virais que provocam a inflamação do fígado, e, quando não identificadas, as hepatites virais podem acarretar complicações das formas agudas e crônicas, muitas vezes levando à cirrose ou ao câncer de fígado.

Ressalta-se ainda, acerca das mortes causadas diretamente pelo uso de drogas, esse indicador é composto pelos casos de transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substâncias psicoativas e de envenenamento intencional ou acidental.

Ainda, existem casos em que dependentes químicos são afastados do trabalho ou aposentados devido a acidentes e problemas relacionados ao consumo de substâncias psicoativas, ocasionando o início da exclusão social e o isolamento da pessoa.

A criminalidade também é outro fator relacionado a posse e tráfico de drogas no país e no exterior. As infrações menores são praticadas por pequenos usuários, que furtam, roubam e ou transportam produto de furto em troca de objetos ou dinheiro, para trocar por drogas em bocas de fumo.

As consequências maiores decorrem do tráfico, que envolvem crianças e adolescentes que vivem na miserabilidade, prometendo dinheiro fácil; conflito entre traficantes e policiais; mortes de ambos os lados, inclusive de terceiros que estiverem no meio do conflito; além do confronto por território entre traficantes, que geram lesões e mortes.

Além disso, o tráfico de drogas ocasiona o enriquecimento das organizações criminosas, acarretando dinheiro e força de controle sobre a sociedade, de forma que o Estado não consegue deter.

Diante dos inconvenientes causados, o Estado realiza programas sociais com intuito de prevenir o uso de substâncias químicas e outros com objetivo de reinserir o dependente de drogas junto à sociedade.

As primeiras são feitas através de programas governamentais, por meio da mídia, de modo a alcançar grande parte da sociedade e pessoas de todas as idades. Aquelas são realizadas através de

tratamentos oferecidos pelo Sistema Único de Saúde, como palestras educativas e consultas com psicólogos e psiquiatras, oferecidos por meio de programas sociais, como é o caso do Centro de Atenção Psicossocial – CAPS, ou até mesmo dosagem de medicamentos, se for necessário.

Ocorre que, esses programas não têm apresentado resultados eficientes, servindo somente de informação e conhecimento pela sociedade.

Os tratamentos realizados após o surgimento de problemas com as drogas também não possuem resultados vultosos, pois é muito difícil controlar a dependência química, em razão dos efeitos causados no corpo e o fator abstinência.

A abstinência ocorre quando o usuário deixa de consumir a substância, o que causa alteração no comportamento, inclusive fisicamente. São alguns dos sintomas o mal-estar, sofrimento, alucinações e convulsões.

Verifica-se que, há muitos anos as drogas já faziam parte da vida humana, em diversos contextos, sendo que seus efeitos foram vistos e justificados por diferentes sociedades, em épocas distintas.

No livro *Tóxicos*, Vieira (1988, p. 03) consta que os homens primitivos, que viviam em cavernas, realizavam cultos de preparação, com a participação de feiticeiro, do shaman, que preparavam filtro e poções elaboradas com substâncias mágicas, com o conhecimento dos efeitos terapêuticos e tóxicos de certas plantas, antes da caça e da guerra.

Os homens daquela época ingeriam ou mastigavam raízes e folhas antes da cerimônia de rituais, ou junto à comida, substâncias estimulantes e narcotizantes. Depois comiam a carne do seu inimigo, pois acreditavam que seria transmitida força e vigor, mas a sensação era das folhas consumidas antes da dos rituais.

Há três mil anos antes de Cristo, também há registro dos efeitos do ópio nas escrituras das Tábuas sumerianas, que os mandarins acreditavam ser prazer divino.

As folhas também exerceram importante papel medicinal na história, sendo que os romanos eram dependentes das ervas, para uso na medicina e culinária.

Na idade antiga também existem registros acerca do uso de drogas:

Da Idade Antiga, até a grande parte da Idade Moderna, as doenças tinham origem extranatural e determinadas por Deus, e sua cura confiada na virtude curativa do jejum e a exorcização com ingestão de drogas. Tal prática encontramos nos aborígenes das Américas, nos asiáticos, sobretudo na Índia, na lição que ensinam os sábios dos Upanischads, e na China, obra o imperador Cho-Chin-Kei, o Hipócrates Chinês, nos europeus, principalmente nos conventos e mosteiros, na Idade Média. (VIEIRA, 1988, p. 9).

A partir do século XVI, mudam-se os conceitos das drogas. Antes se acreditava em crenças religiosas, feitiçarias e no poder do inimigo, mas a partir das mudanças ocorridas com a história, o homem passa a cobiçar riquezas e poder.

Em Macau, os portugueses construíram uma fábrica de ópio, que trazia grande renda ao rei de Portugal. O comércio das drogas, como fumo, ópio e o haxixe supriram a riqueza advinda do ouro e da prata, que eram raramente encontradas na Áustria, Saxônia e Espanha.

No século XIX, o ópio foi utilizado como medicamento, sendo prescrito para pessoas de todas as idades, inclusive crianças. Mas com o decorrer do tempo, observaram que a substância trazia prejuízos ao organismo humano e as condições psíquicas.

Após a descoberta dos efeitos negativos do ópio, descobriu-se a morfina, que era utilizada principalmente em conflitos, pois incidia a coragem nos soldados, aliviava dor e sofrimento, mas não curava as infecções, e, depois de utilizar, muitas pessoas se viram dependentes da droga.

A criminalização teve início no século XX, ocasião em que as drogas passaram a ser consideradas produto de consumo, com relevância econômica e política, ocasionando assim, formas de controle e combate dos entorpecentes.

Betuel Virgílio Mvumbi (2016, p. 18) assevera que, o primeiro tratado de controle as drogas ocorreu em 1912, chamado Convenção Internacional de Ópio, que elaborou princípios de monitoramento internacional de tóxicos e criou a política externa contra as

drogas (heroína, morfina e cocaína). Neste acordo não se incriminava as drogas, o objetivo era impedir a venda em vários pontos de distribuição, pois visava incidir tributação sobre o consumo.

A década de 1960 é considerada decisiva para disseminação do padrão médico-sanitário e da rotulação das drogas ilícitas como sentido de dependência. Neste momento, o pensamento sobre as drogas tomam sentido diverso. O usuário passa a ser visto como doente.

Esta mudança de pensamento ocorreu em virtude do consumo não se limitar a agrupamentos minoritários como aos negros, pobres, mexicanos ou delinquentes, mas também aos jovens brancos de classe média norte-americana.

No Brasil, o marco das drogas se deu pelos indígenas, que consumiam durante cultos religiosos, rituais e confraternização.

A partir do século XX o país adotou a política de proibição das drogas, tendo início no ano de 1932, através do decreto 20.930/32, norma esta que constava uma lista de substâncias consideradas entorpecentes, neste rol havia cocaína, ópio e outros. A proibição era restrita, pois era coibido apenas se não tivesse receita médica.

Nesta norma já era prevista a possibilidade de internação do infrator toxicômano, quando declarada esta condição por laudo médico. O condenado deveria ter a pena convertida por internação, em instituição hospitalar que proporcionasse seu tratamento contra as drogas.

Em meados do século XXI iniciou a política instituída sob argumentos de ideologia da segurança nacional, defesa social e movimento lei e ordem.

A concepção de Segurança Nacional é o veículo pelo qual foi admissível realizar reformas nas estratégias de segurança, modificações penais e processuais penais. Esta ideologia permite o uso da violência para reprimir o inimigo, consentido todo e qualquer meio para alcançar seus objetivos.

Os ideais de defesa social são sustentação de apoio do pensamento repressivo do direito penal. Eugenio Zaffaroni assevera que (1999, p. 41): “a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, a ideologia da defesa social assumia o predomínio ideológico dentro do sistema penal.”

Por sua vez, a ideologia movimento lei e ordem criou uma divisão na sociedade, de um lado havia os homens bons e do outro os considerados delinquentes. Para estes, o direito penal deveria ser rígido, aplicando punição e o agravamento de penas, de modo inflexível, para salvaguardar pessoas do bem.

O doutrinador Salo de Carvalho (1999, p. 98) dispõe que a imprensa foi relevante instrumento dos Movimentos Lei e Ordem para a consonância a respeito do crime e a imposição de penas.

No ano de 1937, com a era da ditadura, restou declarada a censura contra as drogas. Nesta época, restou declarada a vedação do uso de entorpecentes, por meio do Decreto-Lei 891/38, que enumerava todas as substâncias consideradas proibidas.

A partir de 1940, com a recodificação do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40), é reiterada a política de proibição das drogas.

Em 1968, ocorreu a modificação do artigo do Código Penal que tratava a respeito das drogas, considerando o usuário de drogas criminoso, com a mesma pena imposta ao traficante.

Por volta de 1971, ocorre outra modificação no cenário das normas incriminadoras, e por orientação internacional o país passa a tratar o dependente químico como doente, este não era mais tratado como infrigente.

Com a evolução das normas, em 1976 foi criada a Lei n. 6.368, vigente por vinte anos, tratou o traficante e usuário como criminosos que deveriam ser presos. Com a evolução da sociedade, essa norma ficou ultrapassada, pois expandiu o número de delitos e organizações criminosas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, as drogas foram tratadas no mesmo capítulo que dispõe sobre direitos e garantias fundamentais. Assim, traz um limite de controle penalizador do Estado, mas o tráfico passa a ser considerado crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, conforme o texto do artigo 5º, inciso XLIII.

Em 1990 foi instituída as leis dos crimes hediondos, que apontou o tráfico de drogas como hediondo, reduzindo garantias e abrandou a pena.

A partir do ano de 2006 ocorre grande avanço da política sobre entorpecentes, com o advento de Lei especial para tratar especialmente das drogas no Brasil.

Esta norma instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas - SISNAD, que possui competência para propor medidas de precaução sobre drogas, procedimentos médicos e reinserção social aos usuários e dependentes químicos, e também o estabelecimento de mecanismos para o combate do tráfico. Além disso, tem poder para propor a criação de leis penais incriminadoras ao Poder Legislativo.

O atual padrão internacional de restrição e políticas de controle às drogas consideradas proibidas teve os Estados Unidos da América como referência, pois associado à ONU e a extinta Sociedade das Nações, estimularam a exteriorização da “guerra às drogas” e constituíram modelos proibitivos que influenciou a direção da atual política internacional e nacional sobre as drogas.

Atualmente, no Brasil, as drogas estão disseminadas em todas as camadas sociais e em diferentes idades, e os números não pararam de crescer.

O tráfico de drogas é uma atividade econômica praticada de forma ilegal, que gera muito dinheiro as organizações criminosas, sendo difícil o combate pela segurança nacional.

As drogas começaram a ser estudadas e discutidas pela sociedade a partir do momento que o consumo se tornou problema social e de saúde, acarretando consequências diretas e indiretas à sociedade.

O uso de drogas e o tráfico ilícito de entorpecentes são problemas enfrentados no mundo todo e até o momento não foi encontrada solução eficiente de combate e controle que freiam os problemas sociais causados pelo consumo e a atividade de tráfico.

Hoje no país, a Constituição Federal e a Lei de Drogas (Lei 11.343/06) tratam do assunto referente à proibição de drogas ilícitas no país. A lei de drogas não traz apenas as condutas consideradas típicas e as suas respectivas penalidades, mas também pressupostos a serem seguidos, como forma de prevenir o consumo de drogas e tráfico ilícito de entorpecentes, atenção e reinserção social.

Há uma ressalva de que a União tem competência para permitir o plantio, cultura e colheita de drogas, restrito a fins medicinais

ou científicos, em ambiente e prazo predeterminados, desde que haja controle pelo Estado.

O consumo pessoal de drogas ainda é criminalizado, mas não é punido com sanção de reclusão ou detenção, havendo a infração, a pessoa fica submetida a pena de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida socioeducativa, a fim de frequentar programas ou cursos educativos, conforme dispõe a Lei 11.343/06:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O tráfico de drogas está em patamar considerado muito grave. Isso porque, possui pena alta, reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, sendo inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

O legislador atribui penas distintas ao traficante contumaz na prática de atividade delituosa, do agente que seja primário, de bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa. Para este, a pena pode ser diminuída de um sexto a dois terços.

Na lição de Silva (2016, p. 83), as provas a serem averiguadas para diferenciar se o infrator cometeu o delito de posse de drogas ou tráfico é um dos impasses enfrentados pelo operador do direito, mas devem observar às circunstâncias frente às orientações jurisprudenciais, como a porção de droga apreendida, a variedade, o modo como foi embalada, notícias sobre o tráfico no local, anterior envolvimento do acusado com a atividade de tráfico e os antecedentes criminais.

Existe grande número de defensores da inconstitucionalidade da criminalização do porte de droga para consumo pessoal.

Nesse discurso, aduzem que a Lei n. 11.343/06 criminaliza aquele que for flagrado com drogas para consumo pessoal sem autorização e em desacordo com determinação legal, pois trata os delitos desta lei como de perigo abstrato, não precisa demonstrar o perigo de dano, e o objeto jurídico protegido é a saúde de toda coletividade, tendo em vista que o consumo de entorpecentes pode causar dependência física e psíquica.

Existem posicionamentos que defendem a descriminalização, sob o argumento de que o consumo de drogas causa lesão a si mesmo, assim, não pode ser considerada atividade delituosa, pois o direito penal não penaliza a autolesão, além disso, haveria afronta a intimidade e vida privada.

Mas este entendimento foi superado, porque o bem jurídico tutelado pelo artigo 28 da Lei de Drogas é a segurança da coletividade, assim, não há que se falar somente em autolesão.

Ademais, o Estado tem o dever de proteger a sociedade, tendo em vista que o consumo de drogas prejudica uma pessoa, então tem potencial de afetar a coletividade, causar risco de danos à saúde. Além disso, incumbe ao Estado salvaguardar os cidadãos dos vícios que possam acometê-los.

Ocorre que, as penas altas, usadas pelo Estado como forma de reprimir o tráfico de drogas, não é capaz de interromper o consumo e tráfico de drogas, acarretando superlotação nos encarceramentos do país.

Assim, a corrente defensora da descriminalização entende que a aplicação de penas tem sido forma de punição pela prática de ato ilícito, mas não está servindo de modelo para que a sociedade não repita a conduta repreendida.

Mas a punição não é uma forma de solucionar os problemas sociais, pois não tem alcançado resultados satisfatórios, se fosse assim, pela quantidade de pessoas presas pelo tráfico, hoje não existiria mais a prática do delito.

Com a atual política de drogas, têm-se estabelecimentos penais superlotados, tratamentos degradantes e abalo social, pois os problemas das drogas persistem.

Esta corrente afirma ainda, que a mídia é muito influente ao tratamento dado ao usuário e traficante de drogas, pois existe clamor

social por penas mais rigorosas e rigidez do Código de Processo Penal.

Sobre o assunto, Dallari (2006), certifica que a reação da mídia, cria muita ênfase à violência, aludindo com barulho às ações criminosas, difundindo ao público a imagem de que todos, sem exceção, estão na iminência de sofrer violência.

Assim, o desespero por máxima penalização como forma de dirimir os problemas sociais faz esquecer que a prisão não ressocializa, pelo contrário, têm implicações mais graves, como a reincidência, sentimento de revolta pelo apenado e incriminação pela sociedade.

Esta corrente aponta também, que a guerra contra as drogas tem causado muita violência, como em oposições estabelecidas nas disputas de território pelo mercado ilegal de tráfico, ações de cobrança de dívidas, execuções de policia, confronto entre polícia e traficantes e a morte da população que convive no meio de conflitos de polícia e traficantes.

Aduzem ainda, que a proibição das drogas inibe a saúde do usuário, causando ainda mais risco, porque se houvesse permissão e apoio do Estado, haveria fiscalização sanitária aos comércios de drogas. Hoje, as pessoas recorrem à ambientes clandestinos e de péssimas condições de higiene, o que contribui para o contágio de doenças infectocontagiosas.

Winter (2017, p. 48) aponta outro ponto negativo a respeito da criminalização das drogas:

(...) a consequência é a estigmatização do usuário, acarretando o seu isolamento social, inclusive familiar, pois carrega consigo a precha de delinquente. Decorre disso o afastamento social, e, frequentemente, da própria família, decepcionada com o caminho trilhado pelo usuário.

Por fim, outro assunto debatido são os locais de internação de usuários e dependentes, pois existem relatos de afronta aos direitos humanos, de violência física, castigos, torturas e situações de humilhações, conforme consta no Relatório da 4ª Inspeção Nacional de

Direitos Humanos: locais de internação para usuários de drogas, realizada no ano de 2011, com vistoria de todos os centros de internação do país⁵⁹.

A internação compulsória é uma espécie de internação psiquiátrica para pessoas acometidas de transtornos mentais. Segundo o Livro de Recursos da Organização Mundial da Saúde Sobre Saúde Mental - OMS, Direitos Humanos e Legislação (2005, p. 28):

O termo transtorno mental pode abranger enfermidade mental, retardamento mental (também conhecido como invalidez mental e incapacidade intelectual), transtornos de personalidade e dependência de substâncias. Nem todos consideram todas essas categorias como transtornos mentais; no entanto, muitas questões legislativas que pertencem a condições como a esquizofrenia e a depressão bipolar se aplicam igualmente a outras condições como retardamento mental e, conseqüentemente, prefere-se uma definição ampla.”

A presente pesquisa trata sobre transtorno mental causado pela dependência química. A Lei n. 10.216/01 trouxe redação acerca da proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e o modelo assistencial em saúde mental.

Esta norma assegura que a internação compulsória deve ser decretada em juízo, a requerimento de familiar ou do Estado, desde que haja laudo médico confirmando a enfermidade e anteriormente tenham sido feitos outros tratamentos, mas que não houve êxito na recuperação do paciente.

Priscila Simara Novais (2014, p. 346) descreve as circunstâncias do caso concreto para que seja determinada a internação involuntária:

No caso dos que não têm suporte social e familiar e apresentam problemas psíquicos graves, a internação

⁵⁹ Conselho Federal de Psicologia. Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos: locais de internação para usuários de drogas / Conselho Federal de Psicologia. - Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2011.

pode ser necessária, porém, esta deve seguir os preceitos da OMS e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ou seja, apenas em caso de surto ou para desintoxicação, por períodos curtos e sempre tentando uma abordagem voluntária, por meio da técnica de motivação, uma vez que pacientes que têm suas necessidades abordadas e profissionais empáticos alcançam melhores resultados.

Wanderlei José dos Reis (2016, p. 18) sustenta que o estado de dependência química transforma a vida, pois causa implicações no modo de viver, afastando a pessoa da vida em sociedade, dando enfoque às cracolândias, que tem sido assunto na mídia no âmbito nacional.

Em muitos casos, o dependente químico, em que pese demonstrar interesse em se submeter a um tratamento para desintoxicação e reabilitação, encontra óbices de ordem física ou psicológica para abandonar o vício, haja vista o alto grau de dependência com relação às substâncias psicotrópicas, ou, em alguns casos, a falta de apoio até mesmo da própria família.

Assim, deve ser feito primeiro o trabalho com acompanhamento no CAPS, na tentativa de recuperação do paciente em meio aberto, após, não havendo resultados satisfatórios, e em último caso, a internação.

O art. 6º da referida lei prevê que:

A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça

O tratamento compulsório é medida excepcional, e só será determinada pelo juízo se já houverem sido feitos outros procedimentos extra-hospitalares que não tenham surtido efeitos em favor do paciente.

Além disso, frisa-se que esta medida deve ser adotada em último caso, porque não precisa da permissão do paciente, podendo ser determinada sem o consentimento do internando.

Esse assunto tem gerado muitas discussões, pois caminha de encontro ao direito de liberdade, garantia prevista no texto constitucional.

No que se refere à aplicação da internação compulsória, somente deve ser submetida aos dependentes químicos, exclui os usuários de drogas, que consomem de modo eventual. Os dependentes são pessoas que se encontram em estado mais avançado de necessidade de consumo de drogas. O usuário é aquele que usa drogas de modo esporádico, em ocasiões isoladas.

A OMS, através da Classificação Internacional de Doenças – CID, conceituou a dependência química como:

Um conjunto de fenômenos comportamentais, cognitivos e fisiológicos que se desenvolvem após repetido consumo de uma substância psicoativa, tipicamente associado ao desejo poderoso de tomar a droga, à dificuldade de controlar o consumo, à utilização persistente apesar das suas consequências nefastas, a uma maior prioridade dada ao uso da droga em detrimento de outras atividades e obrigações, a um aumento da tolerância pela droga e por vezes, a um estado de abstinência física.

Gustavo Schulupp Winter (2017, p. 45), faz ressalva acerca da distinção entre usuários e dependentes químicos:

O que diferencia o usuário casual do crônico é a frequência do uso da substância aliado à dificuldade ou total ausência de controle sobre o desejo de consumi-la, o que provoca o uso impulsivo e problemas de ordem física, psicológica e social.

Assim, a internação compulsória involuntária será proposta em face de pessoas que não possuem controle do consumo de drogas e apresentam problemas de saúde devido ao uso de substâncias químicas.

Nestes casos, os médicos possuem grande responsabilidade pelo tratamento que o dependente químico será submetido, pois é o profissional que fará o laudo médico, informando as condições de saúde do paciente, os tratamentos que foram ineficazes e a indicação do procedimento adequado.

Fortes (2010, p. 8) afirma que o Ministério Público, ao ser comunicado sobre a internação compulsória, tem o papel de fiscalizar a necessidade da medida e proteger o paciente de eventuais abusos por terceiros.

Frisa-se que, todas as indicações para internação compulsória devem ser realizadas em locais característicos a hospitalares, resguardando a dignidade humana, assegurando ao internado segurança e humanização no seu tratamento, com o prazo necessário para recuperar sua saúde, e depois seja reinserido ao convívio familiar e social.

Para Fortes (2010, p. 28) deve existir comunicação entre os profissionais envolvidos na internação involuntária, para que haja harmonia e sejam atendidos os interesses do paciente sujeito ao tratamento:

O estímulo ao diálogo entre os profissionais de saúde e o judiciário, por meio dos seus representantes médicos e juízes, respectivamente ou por meio das entidades de classes e informações, com orientações técnicas ou treinamentos, deverá ser o caminho em busca de um consenso, sem diminuir a responsabilidade e respeitabilidade de cada um dos envolvidos, objetivando unicamente o bem estar do paciente.

A Lei n. 10.216 prevê que o término da internação compulsória só ocorrerá se tiver requerimento escrito da família ou responsável pelo internado, ou quando determinado por especialista responsável pelo tratamento.

Há que se ressaltar, que toda pessoa tem o seu direito de defesa garantido. Assim, o dependente químico poderá apresentar contestação na ação judicial que pleitear sua internação. Se não atender as condições de autodeterminação, poderá ser representado por alguém da família, ou, na ausência desses, pelo Ministério Público.

Nesse sentido, colaciono trecho do artigo publicado por Eudes Quintino de Oliveira Júnior (2013, p. 02):

É inquestionável o direito da pessoa de se manifestar a respeito de determinada decisão que lhe aprouver, desde que seja capaz, com plenas condições de discernimento. Não preenchida a condição de autogoverno e autodeterminação, como é o caso do dependente em drogas, a representação passa para os familiares e, na falta, para terceiros juridicamente legitimados, como a própria Justiça.

Assim, é garantido ao dependente químico o direito ao devido processo legal, tendo oportunidade do contraditório e ampla defesa, podendo defender sua liberdade e garantir igualdade na relação processual.

1.1 INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA E MEDIDAS DE SEGURANÇA

É importante esclarecer que não se trata de mesmo instituto jurídico, uma vez que a internação compulsória é uma medida adotada com a finalidade de tratar o dependente químico e o reinserir no âmbito familiar e social, tendo em vista que a droga o afastou da sociedade.

A medida de segurança, por sua vez, é o instituto jurídico previstos no âmbito do direito criminal, a pessoa que cometeu uma infração penal, mas seja inimputável, conforme dispõe o art. 97 do Código Penal.

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Assim, a medida de segurança pode ser dividida em duas espécies, a internação ou o tratamento ambulatorial. Este se dará em locais de assistência médica, onde será marcada data e hora para que o paciente seja atendido, oportunizando assistência médica para tratamento.

Diante dessa previsão legal e em virtude da Lei da Reforma Psiquiátrica surgiu o debate acerca da decisão judicial que determina as medidas de segurança.

Nesse sentido, Silva (2010, p. 113) assevera que a Lei da Reforma Psiquiátrica traz um novo aspecto e interpretação para aplicação das medidas de segurança:

Impõe-se agora uma nova interpretação das regras relativas às medidas de segurança, tanto no Código Penal quanto na Lei de Execução Penal, parcialmente derogadas que foram pela Lei da Reforma Psiquiátrica. Ao submeter o agente inimputável ou semi-imputável à medida de segurança, deve o juiz dar preferência ao tratamento ambulatorial, somente determinando a internação “quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” (art. 4º, caput). De tal sorte, mesmo que o fato seja punível com reclusão, deve o juiz preferir o tratamento ambulatorial, diversamente do que prevê o art. 97 do CP.

Desse modo abre-se um precedente de discussões acerca do assunto, pois a medida de segurança e a internação compulsória involuntária possuem o mesmo objetivo, o tratamento do dependente químico, não tendo caráter retributivo ou punitivo.

Assim, não se busca o procedimento que privará o paciente da liberdade, mas sim o que será mais adequado ao caso concreto. Nesse seguimento, o artigo 97 do Código Penal deve ser aplicado de modo extensivo, pois primeiro deve-se verificar se foram utilizados meios de tratamentos menos extremos a internação.

Além disso, a Lei 10.216/01 dispõe que, o tratamento deve ser exclusivamente realizado em locais que proporcione serviços médicos, assistencial, psicológicos, ocupacionais e de lazer, sendo vedadas instituições de caráter asilar.

Dessa forma, também deve ser estendida a proposta a medida de segurança, afastando as hipóteses de aplicação de internação em locais análogos a estabelecimento prisional, devendo, ainda, serem aplicadas as propostas de atendimento para reinserção conforme previsto para internação compulsória, prevista na Lei da Reforma Psiquiátrica.

Nesse contexto, Haroldo Caetano da Silva (2010, p. 113) atribui ao Estado, através da autoridade penitenciária, Ministério Público e Judiciário, o dever de tutelar pelo cumprimento das garantias previstas na Lei que trata dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, aquela pessoa que seja submetida a internação involuntária ou aplicada medida de segurança, sob pena de responder na esfera civil e criminal se configurada omissão.

Assim, a Lei da Reforma Psiquiátrica trouxe uma nova tese para discussão no âmbito do direito criminal, no sentido de resguardar o direito do inimputável, aplicando por analogia a previsão da referida norma.

1.2 O DISCURSO DA DEFESA SOCIAL

A corrente do discurso da defesa social defende a internação compulsória como forma de proteção ao dependente químico, afirmando que as drogas afetam a capacidade de autodeterminação, por isso a involuntariedade não fere o direito de liberdade.

Nesse sentido, seria conveniente ao Estado intervir nos interesses dos dependentes químicos, buscando colocá-los na vida em sociedade. Além disso, faz-se necessária a internação compulsória com intuito de prevenir a coletividade de suposto risco que o dependente químico oferece.

Assim, deve-se preservar primeiro o interesse da coletividade em detrimento do interesse individual, argumento que baseia a necessidade da privação da liberdade da pessoa que possa causar mal ao grupo.

Além disso, defende o argumento, qual seja, de que muitos usuários deixam de trabalhar e prover seu sustento em razão da droga, assim iniciam atividades criminosas para satisfazer o vício.

Por outro lado, existe o discurso do ponto de vista médico, o qual afirma ser muito difícil o dependente químico se recuperar sozinho dos vícios da droga, devido à perda da autonomia, incapaz de direcionar sua vida.

Sobre esse argumento Clécio Lemos (2014, p. 54), assevera que: “a legitimação do discurso aproxima o dependente do rótulo da loucura, um indivíduo que perde a sanidade esperada, incapaz de se conduzir na vida.”

Esta tese é bastante relevante, principalmente porque os programas de prevenção e tratamento voluntário não têm mostrado grandes resultados, visto que, é muito difícil manter uma pessoa longe das drogas voluntariamente.

Assim, limitando a liberdade do dependente químico, poderá impedir de consumir substância química, pois, muitas vezes, a pessoa quer parar, frequenta tratamentos voluntários, mas não consegue ficar muito tempo sem usar droga.

Fernando Capez (2011, p. 02) defende que a internação compulsória é uma medida de reabilitação, afirmando que, na rua, o dependente nunca será libertado do desejo de consumir droga e por isso precisa de tratamento adequado para reinserção social.

O autor ainda comenta acerca da ineficácia da polícia em locais que possuem agrupamentos de usuários de drogas, pois não são preparados para lidar com a situação, isso porque, as pessoas que frequentam as chamadas cracolândias geralmente não possuem o mínimo de discernimento.

Para Eudes Quintino de Olivera Júnior (2013, p. 02) a Lei da Reforma Psiquiátrica surgiu como instrumento para tentar recuperar a vida dos usuários e atender ao clamor social, mesmo que os resultados sejam de pouco êxito, é um recurso que pode ser ampliado.

Nesse sentido, existem grandes defensores a favor da internação compulsória, com objetivo de proteger o dependente químico e a coletividade, inclusive pelo fato de atingir a saúde mental da pessoa, aludindo que o tratamento deve ser realizado por profissional especializado, e não por policiais, que não possuem qualificação para tratar pessoas com problemas de transtornos mentais.

De outro lado, existem muitas discussões a respeito do real interesse pela adoção da internação compulsória. Alguns especialistas da área médica e jurista acreditam que o verdadeiro interesse pela internação involuntária consiste em fazer uma limpeza na sociedade.

Esse assunto foi muito debatido no primeiro semestre de 2017, em virtude da ação adotada pelo município de São Paulo, em dispersar usuários e traficantes da crackolândia. Houve muitas críticas de que a ação surgiu para dispersar os usuários de drogas das crackolândias, em virtude do tumulto de dependentes químicos que ocupavam o local e limitava a segurança do lugar.

Alguns críticos afirmaram que a ação adotada só mudaria o local físico da crackolândia, dispersando usuários e traficantes, sendo que a ação policial serviu para assustar os usuários daquele local. Assim, pode ter resolvido o problema do local, mas não o transtorno social.

Além disso, a internação deveria ser feita por decisão judicial individual, através de laudo médico, parecer do Ministério Público e com o direito de defesa do indivíduo, ao contrário do que foi feito no município de São Paulo, que houve a remoção de usuários de drogas, de modo coletivo, para avaliação involuntária.

Assim, os objetivos imediatos foram para responder ao clamor social, que teme por violência, e a despeito da exclusão social feita pela mídia, sociedade e judiciário sobre o criminoso.

Winter (2017, p. 64) assevera de modo crítico acerca dos objetivos da internação compulsória:

(...) visa a medida promover uma prática higienista, de limpeza das ruas da população indesejada, bem como o seu encarceramento, porém, ao invés de prisões, em manicômios e centros de recuperação.

Assim, existe grande crítica a respeito do objetivo de internação compulsória, no sentido de que esta medida atende a pretensão social, orientada por um discurso de exclusão social, de temor por violência e por providência a respeito de pessoas vistas como perigosas e doentes.

Vera Regina Pereira de Andrade (2012 apud WINTER, 2017, p. 62) dispõe que:

(...) no capitalismo globalizado sob a ideologia neoliberal, prevalece no senso comum a percepção de que a criminalidade violenta de rua é a responsável pela insegurança individual e coletiva. O medo do crime e a insegurança contra a criminalidade tornam-se a base da demanda por segurança pública, acarretando a hipertrofia do sistema e a saturação punitiva das agências policial e prisional.

Nesse sentido, para os críticos, a internação involuntária provoca ainda mais exclusão daqueles vistos como problemáticos aos olhos da sociedade, por consumir droga. Assim, prevalecerá a política de exclusão social, repressiva e autoritária.

Alessandro Barata (1992 apud Schlupp, 2017, p. 63) assevera que o exercício de divisão entre pessoas normais, saudáveis, das consideradas doentes, faz com que o estado reconheça a prática de controle e a repressão própria de sociedade punitiva.

Assim, a internação involuntária é a política adotada pelo Estado, que seleciona e censura de modo negativo os dependentes químicos, marginalizando-os e excluindo do convívio em sociedade, com o fim de higienizar o meio social, pois essas pessoas são vistas como doentes e perigosas.

1.3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

O entendimento majoritário acerca do assunto aduz que a internação compulsória deve conter laudo médico atestando o estado de saúde do paciente, bem como demonstrados os procedimentos extra-hospitalares que foi submetido e não foi suficiente para o tratamento.

Pode ser também através de ação de obrigação de fazer, para que o Estado, Município e União forneçam o tratamento, em hospital público ou particular ao paciente.

De acordo com a jurisprudência dos Tribunais, colaciona-se os julgados acerca do assunto:

(...) I – O deferimento da antecipação dos efeitos da tutela específica de internação compulsória reclama a juntada da prova inequívoca da necessidade da medida ou de sua conveniência para a ordem pública, não se permitindo a concessão desta drástica providência com base em conjecturas ou suposições, sob pena de malferir direitos básicos do cidadão a pretexto de resguardar seu direito à saúde. II – Ausente a prova inequívoca da verossimilhança da alegação da necessidade de internação e não comprovada a urgência do tratamento, impõe-se indeferir o pedido de antecipação da internação compulsória. (AI 14081687420158120000 MS. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson. Julgamento: 22/09/2015. Publicação: 23/09/2015).

Há interesse processual quando a parte tem necessidade de buscar o órgão jurisdicional para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional possa trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático; hipótese verificada no presente feito. Demonstrada a gravidade da doença e a imprescindibilidade do tratamento solicitado, bem como de que a parte não possui meios financeiros para adquiri-lo, impõe-se a condenação do ente público. É lícito ao magistrado fixar multa contra a Fazenda Pública com o objetivo de assegurar o adimplemento da obrigação de fazer, devendo ser mantida. (APL 08003631520148120046 MS. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. Julgamento: 13/10/2015. Publicação: 14/10/2015).

1. Evidenciado nos autos a imprescindibilidade da internação compulsória do dependente químico, cuja verossimilhança vem corroborada por inúmeros laudos médicos, impõe-se o dever dos entes Estadual e Municipal a promoverem a providência, mormente porque há perigo de dano irreparável não apenas ao assistido, mas também a terceiros que mantêm contato com o enfermo. (AI 14032984920168120000 MS. 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran. Julgamento: 17/05/2016. Publicação: 19/05/2016).

Configurada a existência dos pressupostos de convencimento da alegação apresentada, - assim como fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deve ser deferida a tutela antecipatória (art. 273, do CPC). – As doenças e moléstias (dependência química) não podem esperar pela vontade política dos governantes, nem ficar submisso o fornecimento de tratamentos imprescindíveis ou urgentes a uma excessiva burocracia. Há risco de ano inverso, porquanto o tratamento determinado na decisão combatida visa proteger a saúde e dignidade da parte necessitada. – Possibilidade de ocorrência de dano irreparável, caso reformada a decisão que deferiu a tutela de urgência. (STJ, AREsp 653170 MG. Rel. Min. Herman Benjamin. Publicação: 16/06/2015).

O Juízo de Direito da 2ª Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar decretou a prisão preventiva de João Batista Andrade, por ter, em tese, praticado o delito de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do Código Penal. Após o indeferimento do pedido de revogação da constrição cautelar, a Defesa impetrou habeas corpus perante o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que concedeu a ordem para converter a prisão preventiva em internação compulsória em acórdão assim do: “HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO EM CONTEXTO DE VIO-LÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA PRESENTES. ACUSADO DEPENDENTE QUÍMICO PRESO QUANDO ESTAVA EM CLÍNICA DE RECUPERAÇÃO. PRETENDIDA CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA PARA MANTER O RÉU INTERNADO EM CLÍNICA DE TRATAMENTO ESPECIALIZADO, MEDIANTE O COMPROMISSO DE NÃO SE AUSENTAR DELA, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. Em casos excepcionais, restando demonstrada a condição de dependente químico do acusado, é possível a substituição da prisão preventiva por internação compulsória em clínica especializada,

mediante o compromisso de não se ausentar dela, sem prévia autorização judicial. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. Inconformado, o Ministério Público Estadual manejou recurso extraordinário, ao argumento da violação do art. 93, IX, da Constituição Federal. (...)A controvérsia foi decidida com respaldo em fundamentos adequados, inexistindo omissão a ser suprida. Este Tribunal fixou entendimento no sentido de que o magistrado não está vinculado pelo dever de responder todos os fundamentos alegados pela parte recorrente. (STF, ARE 722003 MT. Rel. Min. Rosa Weber. Julgamento: 10/12/2013. Publicação: 18/12/2013).

Diante das decisões destacadas, verifica-se que os tribunais superiores têm deferido os pedidos de internação compulsória, desde que demonstrado a necessidade do paciente, com laudo médico e comprovado outros meios de tratamento que foram ineficazes, inclusive substituindo a prisão preventiva pela internação compulsória, como medida cautelar.

2 INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal de 1988 prevê como princípios a ser garantidos a prevalência dos direitos humanos. Dentre os direitos e deveres individuais e coletivos, tem-se o direito a vida e liberdade; a saúde encontra-se no capítulo dos direitos sociais.

A dignidade da pessoa humana é inerente ao homem, essencial a toda pessoa. Assim, é possuidor de direitos que devem ser reconhecidos pelo estado e toda sociedade. Deve ser alcançado a todas as pessoas e figura como valor a todos.

Ingo Sarlet (2002, p. 56) assevera que:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada Ser Humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto

contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana abarca um conjunto de elementos que assegure a toda pessoa proteção a todo e qualquer tratamento desumano e degradante, bem como a garantia de uma vida saudável e respeito às garantias previstas na norma Constitucional para assegurar a convivência na coletividade de modo harmônico e respeitar valores essenciais a garantir uma vida humana.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo (1995 apud NUNES, 2002, p. 51) assevera que:

(...) para começar a respeitar a dignidade da pessoa humana tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna, que por sua vez está atrelado ao caput do art. 225, normas essas que garantem como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição, assim como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.

Nesse sentido, verifica-se que o princípio da dignidade humana é abrangente, e, pode-se dizer que é o mais importante princípio do direito brasileiro, senão fica dentre eles, pois se trata de uma garantia que prevê condições fundamentais para sobrevivência.

Desse modo, a Constituição Federal, norma orientadora da legislação brasileira, norteia a proteção humana, e tem o princípio da dignidade da pessoa humana como base das normas e orientação para interpretação dos operadores do direito.

Diante do que foi exposto, é possível compreender a dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, explica-se que a internação compulsória está diretamente norteada pelo princípio estudado. A internação involuntária da pessoa portadora de transtorno mental tem fundamento e objetivo de proporcionar meios que garanta a saúde, liberdade, qualidade de vida, convivência harmônica e familiar, autonomia, direito a personalidade, felicidade, isto é, vida digna.

A ideia é no sentido de que a internação poderá recuperar a vida do indivíduo que foi transformada em virtude das drogas. Isso porque, o dependente químico deixa de praticar suas atividades cotidianas, tornando o vício o centro de seu interesse.

Nesse sentido, o texto de justificativa do projeto de Lei do Senado n. 111/2010, que descreve um usuário de crack considerado dependente químico:

Ele fica igual a um zumbi, completamente dominado pelo crack: para de estudar, para de trabalhar, não quer fazer mais nada que não seja fumar as pedras de crack. Mesmo assim, a família sofre por não poder interná-lo se ele não quiser e ele não quer, porque a única coisa que um viciado em crack quer é fumar mais crack. (...) O adolescente cheio de vida vira um molambo em questão de dias. E, atualmente, muito pouco se pode fazer por ele além de lamentar, chorar, maldizer.

Paulo Gabriel Godinho Delgado (2015, p. 04) assevera acerca do fundamento da Lei da Reforma Psiquiátrica, no sentido de que:

O sentido mais profundo da Lei nº 10.216 de 2001 é o cuidado. Como substantivo, adjetivo ou interjeição é zelo dos preocupados, esmero, precaução, advertência para o perigo, vigilância, dedicação, encargo, lida, proteção. Atenção, tomar conta, acolher. Cuidado é o princípio que norteia essa lei. Evoluir a clínica, fazer do intratável o tratável.

Desse modo, não há que se falar em dignidade humana. A vida do dependente químico é distante da família e dos amigos, do trabalho, do lazer, da perspectiva e dos sonhos.

Ao contrário da esperança, essas pessoas são escravas das drogas, vagam pelas ruas, abandonadas, consumidas pelo vício, e muitas vezes, se for pobre, possui grandes chances de praticar pequenos furtos para comprar entorpecente.

Para garantir apoio ao cidadão e fruição do princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado abarca para si a responsabilidade, como agente garantidor, de proporcionar atendimento de saúde, para acesso de todos, mediante políticas de prevenção e atendimento público.

No âmbito internacional, o Brasil adotou o tratado de Declaração Universal dos Direitos Humanos que prevê o reconhecimento da dignidade a todos, bem como o direito a um nível de vida suficiente a assegurar a saúde.

No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual o Brasil é Estado membro, assevera sobre a obrigação dos Estados em respeitar os direitos dos cidadãos, o direito à vida, a integridade pessoal de todos, bem como a proteção a honra e dignidade.

Desse modo, conforme foi dito, o Estado deve assegurar a todos o atendimento necessário a garantia da saúde, sendo responsável por proporcionar a internação compulsória como forma de tratamento de saúde a pessoa portadora de transtorno mental, para buscar reinserir o dependente químico ao estado de lucidez do homem, garantido direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, como aproximá-lo da sociedade e da família, bem como recuperar sua saúde física e mental.

2.1 OFENSA À GARANTIA DE LIBERDADE

A aplicação da internação compulsória foi de encontro ao direito à liberdade, expressamente previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal, porque o paciente pode ser internado contra sua vontade.

A Constituição Federal prevê que nenhuma pessoa pode ser privada da sua liberdade por ser vulnerável, pois coexistiria a característica de um governo autoritário e não democrático.

A liberdade é um dos direitos fundamentais conquistados, considerado direito de primeira geração. É a garantia que assegura a toda pessoa o limite do estado ao intervir na vida do particular e de coibir o abuso de poder. Assim, a internação compulsória é vista como procedimento que limita a liberdade do paciente, afronta direito fundamental, de modo opressor.

Na lição de Luis Fernando Camargo de Barros Vidal (2011, p. 03), o procedimento atinge pessoas minoritárias, vulneráveis, similar ao sistema autoritário.

O fato é que, salvo a efetiva apresentação de algum programa de atendimento claro e circunstanciado, o que se tem por ora é arbitrária razão de estado que age contra o mais vulnerável segmento da sociedade. Aquele que fede e assusta como zumbi, e não pode se defender porque vive na rua e fuma crack. É ainda a pior forma de autoritarismo, porque afirma imperativos de proteção dos desvalidos.

Karolina Kuhn Wurdig e Roberta Fin Motta (2014, p. 439) asseveram que existe uma censura e condenação negativa aquelas pessoas consideradas dependentes químicas, o que pode acarretar o agravo a saúde do paciente, pois o considera sem capacidade, atribuindo ao Estado, por meio de seus agentes, o poder de decidir e arbitrar sobre o paciente considerado incapacitado.

A estigmatização ocorre quando pessoas atribuem rótulos e estereótipos negativos a determinados comportamentos, influenciando direta ou indiretamente a condição de saúde da pessoa estigmatizada, podendo levar a diversas consequências, como o agravamento da situação (Ronzani & Furtado, 2010). A criação de estereótipos e a expropriação de poderes (capacidades) estão ligadas a tipos de dominação. Essa criação de estereótipo é referida como sendo qualidades tidas

como negativas ou pejorativas em determinada sociedade, com o fim de expropriar poderes de outros (Guareschi, 2012). Quando se refere a expropriar poderes de outros, é exatamente pelo movimento de incapacitação que se faz desse usuário pelo viés dos estereótipos, referindo a outro o lugar de poder, já que esses não teriam essa capacidade.

Gustavo Schlupp Winter (2017, p. 50) afirma que esta política volta no tempo para resgatar a restrição da liberdade ao usuário de drogas que já foi prevista pelo Código Penal.

(...) a restrição de liberdade ao usuário que havia sido abolida pela legislação penal, agora é resgatada sob o manto da medida de internação compulsória, que tem por objetivo declarado o tratamento contra a dependência e a prevenção pelo risco gerado à sociedade, argumentos legitimantes semelhantes aos da pena de prisão, consubstanciados na prevenção geral e especial.

Desse modo, o autor aduz que a internação compulsória prevê a privação do direito de liberdade, como medida de controle, para repelir eventuais comportamentos violadores descritos na norma ao encontro da norma penal revogada, que previa pena e tinha objetivo de prevenir e reprimir condutas nocivas a sociedade.

Assim, existe uma condenação antecipada, antes mesmo que se cometa alguma conduta ilícita, é o adiantamento de punição da pessoa que possui transtorno mental, e que, presumidamente, pode causar lesão a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa foram destacados os problemas causados pelas drogas, seus efeitos no corpo do usuário e os reflexos na sociedade. Ainda, tem-se que o Estado não tem o controle de banir as substâncias químicas no país, pois os traficantes e organizações criminosas possuem muito poder na sociedade, impedindo a contenção das drogas pelo Estado.

Assim, muitas crianças, adolescentes e adultos consomem substâncias entorpecentes, acarretando sérios problemas e têm dificuldades para controlar o consumo destas substâncias. O Estado atua com medidas preventivas e de apoio ao usuário de drogas, com palestras, atendimento médico e psicológico, mas muitas vezes esse sistema falha, sendo inútil para recuperação do paciente.

Devido a estes problemas e a grande repercussão na mídia sobre o assunto, surgiu a vontade de compreender o procedimento, pois há muitos especialistas, na área jurídica e médica, que contra argumentam a aplicação da internação. Assim, por meio das pesquisas, houve êxito em compreender a internação compulsória.

A primeira só será determinada por decisão judicial, desde que nos autos estejam expressos os motivos pelos quais o médico indicou esse procedimento, e, quando outros recursos extra-hospitalares não foram suficientes para a obtenção de resultados satisfatórios ao paciente.

Através da análise da Lei 10.260/01, das normas constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana e das decisões colacionadas no texto, restou claro os requisitos da internação, bem como a vulnerabilidade do dependente químico, por isso a proteção prevista na lei sobre pessoas portadoras de transtornos mentais.

Restaram abordados também, posicionamentos críticos que censuram a internação compulsória, atribuindo como política de higienização, que vê a atuação do Estado para atender as expectativas em favor das classes dominantes, como ocorreu no município de São Paulo, que, em um domingo de manhã, a força policial e guardas invadiram a cracolândia e abordaram todos os usuários para acompanhamento médico, com o fim averiguar se seria possível a internação.

Estas pessoas entendem que a internação não é em face da saúde e integridade dos dependentes químicos, mas em virtude da suplica de pessoas que se queixam do perigo e violência, pelos usuários, que são vistos como indigentes, miseráveis, perigosos, sujos e vagabundos.

De outro lado, também foi explorada as teses que adotam o procedimento como esperança para o tratamento de dependentes químico, desde que sejam atendidos os requisitos legais.

Ao analisar a Lei n. 10.216/01, verifica-se que possui objetivo interessante em face ao tratamento dos dependentes de drogas, mas deve ser aplicado em casos excepcionais. A medida referida resultou violência, dispersou os dependentes de drogas daquele lugar, mas mudaram para outro e afastou estas pessoas do contato com as assistentes sociais, eis que, depois deste fato ficaram assustados e com medo.

Assim, verifica-se que internação involuntária deve ser feita com a análise do caso concreto e respeito a todas as peculiaridades previstas na lei, sob pena de não produzir o efeito

Ao considerar os pesos sobre os direitos inerentes a pessoa submetida à internação involuntária, a dignidade da pessoa humana se sobressaiu ao direito de liberdade, pois abarca maior peso.

Isso porque, mesmo que a internação esteja de encontro ao direito de liberdade, muitas vezes a independência pode ser nociva ao paciente, pois o expõe a perigos durante os efeitos das drogas.

Além disso, é muito relevante o texto da Lei da Reforma Psiquiátrica, pois traz amparo ao dependente químico, de ser tratado com direitos e garantias, e, em caso de ofensa, o Estado pode ser responsabilizado por suas ações e omissões.

Deve-se lembrar que a internação é a última medida a ser recorrida, pois a violação do direito de uma pessoa que não precisa ser internada pode causar grandes prejuízos ao paciente, por isso o dever do judiciário, de julgar com cautela as ações que dizem respeito à liberdade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Portal da educação. A origem das drogas na história e seu surgimento no Brasil. 2015. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/medicina/a-origem-das-drogas-na-historia-e-seu-surgimento-no-brasil/60298>>. Acesso em 03 de set. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. Relatório brasileiro sobre drogas; IME USP; organizadores Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte, Vladimir de Andrade Stempluk e Lúcia Pereira Barroso. – Brasília: SENAD, 2009.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD). Drogas: cartilha sobre maconha, cocaína e inalantes / Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD); conteúdo e texto original: Beatriz H. Carlini. -- 2. ed., reimpr. – Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2011.

CAPEZ, Fernando. Drogas: internação compulsória e educação. Folha de São Paulo, 2011. Disponível em: http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2011_drogas_internacao.pdf. Acesso em 10 out. 2017.

Conselho Federal de Psicologia. Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos: locais de internação para usuários de drogas / Conselho Federal de Psicologia. - Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2011.

CRUZ, João Claudino de Oliveira e Cruz. Tráfico e uso de entorpecentes. – 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DELGADO, Paulo Gabriel Goldinho. Democracia e reforma psiquiátrica no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 16, núm. 12, 2011, pp. 4701-4706. Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva Rio de Janeiro, Brasil.

Estadão. TJ-SP extingue pedido da Prefeitura para apreender usuários de da Cracolândia Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,tj-sp-extingue-pedido-da-prefeitura-para-apreender-usuarios-da-cracolandia,70001818924>>. Acesso em: 09 de Nov. 2017.

FORTES, Hildenete Monteiro. Tratamento compulsório e internações psiquiátricas. *Rev. Bras. Saude Mater. Infant.* 2010, vol.10. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1519-38292010000600009>>. Acesso em: 10 de out. 2017.

JÚNIOR. Eudes Quintino de Oliveira. A legalidade da internação compulsória de viciados em droga. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2013_legalidade_internacao.pdf> Acesso em: 10 out. 2017.

LABATE, Beatriz Caiuby; GOULART, Sandra; FIORE, Maurício; MACRAE, Edward; CARNEIRO, Henrique. Drogas e Cultura: novas perspectivas. Bahia: EDUFBA, 2008.

LIVRO DE RECURSOS DA OMS SOBRE SAÚDE MENTAL, DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO. 2005. Disponível em: <http://www.who.int/mental_health/policy/Livroderecursosrevisao_FINAL.pdf>. Acesso em: 10 de out. 2017.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Fábio de Holanda. A internação psiquiátrica compulsória: na perspectiva dos direitos humanos e fundamentais. – 1. ed. – Curitiba: Editora Prismas, 2016.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 32^a ed. São Paulo: gen/Atlas, 2016.

NICASTRI. Sérgio. Drogas: classificação e efeitos no organismo. 2006. Disponível em: <<http://www2.ufrb.edu.br/crr/material-didatico-ok/category/3-curso-de-Atualizacao-em-Atencao-Integral-aos-usuarios-de-crack-e-outras-drogas-para-profissionais-atuantes-nos-hospitais-gerais?download=36:unidade-1-drogas-classificacao-e-efeitos-no-organismo>>. Acesso em 03 de set. 2017.

NUNES. Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. – 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

REIS, Wanderlei José dos. Atuação do poder judiciário nas internações compulsórias de dependentes químicos. *Bonijuris*, Curitiba, v. 28, n. 10, p. 18-21, out. 2016.

REIS, Carolina dos; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. Nas teias da “rede de proteção”: internação compulsória de crianças e adolescentes e a judicialização da vida. **Fractal, Rev. Psicol.**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 94, abr. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-02922016000100094&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 08 nov. 2017.

SANTOS, Jorcelino Luiz dos. Drogas: psicologia e crime. – 1. ed. – Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, César Dario Mariano da. Lei de drogas comentada. – 2. Ed. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SILVA, Haroldo Caetano da. Reforma psiquiátrica nas medidas de segurança: a experiência goiana do paili. **Journal of Human Growth and Development**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 112-115, abr. 2010. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/19950>>. Acesso em: 09 out. 2017.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Dignidade da pessoa humana. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível

em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8510&n_link=revista_artigos_leitura >. Acesso em: 18 out. 2017.

VIDAL, Luis Fernando Camargo de Barros. *Internação Compulsória. Juízes para a Democracia*, São Paulo, n. 54, p. 03, ago. 2011.

VIEIRA, João da Silva. *Tóxicos*. – Rio de Janeiro: Forense, 1988.

WINTER, Gustavo Schulupp. *Internação compulsória de dependentes de drogas: do mito da defesa social e ajuda compulsória à violência e exclusão social*. – 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

WURDIG, Karolina Kuhn; MOTTA, Roberta Fin. Representações midiáticas da internação compulsória de usuários de drogas. **Temas psicol.**, Ribeirão Preto, v. 22, n. 2, p. 433-444, dez. 2014 . Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2014000200014&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 09 out. 2017.

XAVIER, Rosane Terezinha; MONTEIRO, Janine Kieling. Tratamento de Pacientes Usuários de crack e outras drogas nos CAPS AD. **Psicologia Revista**, v. 22, n. 1, p. 61-82, set. 2013. ISSN 2594-3871. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/psicorevista/article/view/16658>>. Acesso em: 23 out. 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 41.