

Direito *em* foco

**COMEMORAÇÃO AOS 20 ANOS DA
FACULDADE DO CERRADO PIAUIENSE**

Francisco Atualpa Ribeiro Filho
Sheila de Andrade Ferreira
(Orgs.)



A obra é um primor, por algumas razões: comemorativa aos 20 anos da Faculdade do Cerrado Piauiense, instituição de valor social e educacional para a região sul piauiense e estados que a circunda; traz para a discussão do campo do Direito temas pontuais, atuais e relevantes, incluindo, educação, meio ambiente, benefícios previdenciários e assistenciais, feminicídio e a Lei Maria da Penha, violência contra a mulher, guarda de incapaz, novas entidades familiares, adoção por casais homoafetivos, inclusão de gênero “não binário” (grifos dos autores) no registro civil, legislação ambiental.

Raimunda Maria da Cunha Ribeiro

Francisco Atualpa Ribeiro Filho é Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Piauí; Licenciado em Filosofia pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Bacharel em Administração Pública pela Universidade Estadual do Piauí. Especializações em: Docência do Ensino Superior (UNOPAR); Gestão Pública Municipal (UESPI); Gestão Educacional em Rede EaD (UFPI); Licenciando em Letras Português pela Estácio. Atualmente é orientador do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da FCP e professor efetivo da SEDUC-CE. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1491096614911103>. E-mail: farf25@gmail.com.

Sheila de Andrade Ferreira é Bacharel em Direito pela Universidade Salvador - UNIFACS. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UFBA - Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público pela Unyahna. Especialista em Direito de Família, pela Universidade Cândido Mendes. Professora do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da Faculdade do Cerrado Piauiense. Professora Efetiva da Universidade Estadual do Piauí - UESPI. Doutoranda em Direito Constitucional pela UNIFOR. Mestra em Família na Sociedade Contemporânea pela UCSAL. Defensora Pública do Estado do Piauí. Diretora Cível da DPE-PI. Professora da Universidade Estadual do Piauí. Membro da Diretoria do IBDFAM-PI. Presidente da Comissão Estadual de Direito Homoafetivo e Gênero do IBDFAM-PI. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5273543965619386>. E-mail: sheila.af.1019@gmail.com.



Direito em foco



**FACULDADE
DO CERRADO
PIAUIENSE**

Corrente - Piauí - Brasil

Direito em foco

Comemoração aos 20 anos da Faculdade do Cerrado Piauiense

Organizadores

Francisco Atualpa Ribeiro Filho

Sheila de Andrade Ferreira



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

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



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



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

RIBEIRO FILHO, Francisco Atualpa; FERREIRA, Sheila de Andrade (Orgs.)

Direito em foco: comemoração aos 20 anos da Faculdade do Cerrado Piauiense [recurso eletrônico] / Francisco Atualpa Ribeiro Filho; Sheila de Andrade Ferreira (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2022.

227 p.

ISBN - 978-65-5917-418-8

DOI - 10.22350/9786559174188

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

1. Direito; 2. Coletânea; 3. Piauí; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Prefácio **9**

Raimunda Maria da Cunha Ribeiro

1 **12****O direito à educação e a ineficácia das políticas públicas da EJA**

Francisco Atualpa Ribeiro Filho

Hercules Guimarães Honorato

2 **38****A tríplex responsabilidade em matéria ambiental**

Rebeka Santos Reis

Abgail Guerra Lemos Neto

Cristiano Roberto Brasileiro da Silva Passos

3 **58****O poder do agente público diante da concessão de benefícios previdenciários e assistenciais**

Larissa Canuto Soares

Abgail Guerra Lemos Neto

Adriana Cruz dos Reis

4 **79****Feminicídio como qualificadora do homicídio e a (in)eficácia da Lei Maria da Penha**

Larissa Regina da Cruz Silva

Waldir da Silva Pinto

5 **92****Os paradigmas no âmbito jurídico brasileiro sobre o impacto social da Lei nº 13.104/2015**

Zenaide Lemos Ribeiro

Abgail Guerra Lemos Neto

Valdenor Ferreira dos Santos Júnior

Francisco Atualpa Ribeiro Filho

6

115

Guarda do incapaz no direito internacional em distinção às normas brasileiras

Valtaneis Lustosa de Sousa
Abgail Guerra Lemos Neto
Maria José Fernandes do Carmo
Francisco Atualpa Ribeiro Filho

7

145

A constituição de família dentro da ótica pós-moderna do Direito das Famílias: as novas entidades familiares e a proteção constitucional

Isabelly de Castro Machado da Silva
Sheila de Andrade Ferreira

8

166

A adoção por casais homoafetivos: filiação de amor superando preconceitos

Alessandra de Souza Arraes
Cristiano Roberto Brasileiro
Francisco Atualpa Ribeiro Filho

9

180

Implicações jurídicas da inclusão do gênero “não binário” no registro civil à luz do princípio da dignidade da pessoa humana

Hana Gomes de Mesquita

10

204

Advocacia pro societatis: uma luta pela efetivação da legislação ambiental

Ana Keuly Luz Bezerra
Afonso Feitosa Reis Neto

Prefácio

Raimunda Maria da Cunha Ribeiro

A obra é um primor, por algumas razões: comemorativa aos 20 anos da Faculdade do Cerrado Piauiense, instituição de valor social e educacional para a região sul piauiense e estados que a circunda; traz para a discussão do campo do Direito temas pontuais, atuais e relevantes, incluindo, educação, meio ambiente, benefícios previdenciários e assistenciais, feminicídio e a Lei Maria da Penha, violência contra a mulher, guarda de incapaz, novas entidades familiares, adoção por casais homoafetivos, inclusão de gênero “não binário” (grifos dos autores) no registro civil, legislação ambiental.

Na teia das discussões, os autores trazem elementos fundamentais para a compreensão das temáticas propostas no livro. Tratam sobre o direito à educação fundamentado na Constituição Federal de 1988, dando ênfase aos entraves para a permanência do aluno da EJA na escola, destacando o cenário da pandemia da Covid-19. A Constituição fundamenta a educação como um direito social, o que a imprime como uma condição social básica para a formação da sociedade.

Outro tema apresentado diz respeito à tríplex responsabilidade em matéria ambiental, embasado na Constituição Federal e na legislação específica. A conscientização ecológica é cada vez mais necessária em todos os segmentos da sociedade, sob pena de pagarmos um preço elevado pela não preservação da natureza. Assim, faz-se urgente a conscientização sobre o uso racional dos recursos naturais, a produção com responsabilidade social, tendo em vista a sustentabilidade ambiental.

O poder do agente público diante da concessão de benefícios previdenciários e assistenciais nos remete à reflexão sobre o papel desse agente quanto à concessão de tais benefícios. Ressaltamos o cuidado que os autores tiveram em fundamentar a reflexão na legislação nacional, em destaque a legislação do Regime Próprio da Previdência Social; ressaltamos, também, que tais benefícios fazem parte da política de Assistência Social, e são um direito do cidadão e dever do Estado, assegurados pela Constituição Federal de 1988.

O feminicídio é uma expressão das diversas violências que podem atingir as mulheres em sociedades, geralmente, marcadas pelo sinal da desigualdade de poder entre os gêneros. Ao lado da temática relacionada ao feminicídio como qualificadora do homicídio, é abordada a ineficácia da Lei Maria da Penha, que traz em seu prefácio, a finalidade de criar mecanismo para coibir a violência contra a mulher. O impacto social da Lei n. 13.104/2015 (Lei do Feminicídio) é considerada um passo importante para o sistema jurídico brasileiro gerir a violência contra a mulher. É importante que se reconheça a ocorrência de crimes motivados por questões de gênero, que implica mulheres sendo mortas pelo simples fato de serem mulheres.

A guarda de incapaz no direito internacional é, de igual modo, uma temática relevante para entendermos o Direito numa sociedade em movimento e as suas especificidades. Os autores trazem o entendimento quanto à possibilidade de mobilidade de guarda envolvendo a binacionalidade.

A conceituação de família dentro da ótica pós-moderna traz seu brilho para as reflexões acerca do Direito na sociedade contemporânea, ou seja, o reconhecimento das novas entidades familiares ao lado da proteção da Constituição. A discussão envereda pelo Direito de Família e traz como pano de fundo a dignidade da pessoa humana.

A adoção por casais homoafetivos não poderia ficar de fora da obra, pela importância que traz para entendimento dos vieses do significado de dignidade humana. Os autores descortinam o preconceito arraigado na sociedade em relação a dois temas: adoção e relações homoafetivas. Apontam para a direção da superação da discriminação desse preconceito no processo de adoção de crianças e adolescentes.

As implicações jurídicas da inclusão do gênero “não binário” (grifos dos autores) no registro civil é um tema apresentado, também, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade humana imprime a garantia das necessidades vitais de cada indivíduo e o Brasil, sendo um Estado Democrático de Direito, não poderia se furtar de fundamentar tal princípio nas linhas de sua Carta Magna.

Para fechar as apresentações em forma de capítulo, a obra traz a temática do meio ambiente e a garantia na Constituição Federal como um direito fundamental. O Artigo 205 (CF/88) dispõe sobre o meio ambiente, considerando-o como um bem de uso comum e um direito de todos os cidadãos brasileiros, das gerações presentes e futuras, estando tanto o Estado quanto a sociedade, no sentido de coletividades, obrigados a preservá-lo e a defendê-lo.

Aproveito a oportunidade para agradecer aos organizadores da obra, pelo convite para prefaciá-la e pelo empenho em transformar ideias e palavras neste livro que vale a pena ser lido.

Parabéns aos envolvidos na obra.

Boa leitura!

O direito à educação e a ineficácia das políticas públicas da EJA

Francisco Atualpa Ribeiro Filho ¹
Hercules Guimarães Honorato ²

Introdução

“É espalhando luzes que, ao reluzir a corrupção a uma impotência vergonhosa, você trará à tona aquelas virtudes públicas que só por si podem fortalecer e honrar o reinado eterno da liberdade pacífica”. (CONDORCET, *Cinq mémoires sur l’instruction publique*, 1791).

Vivencia-se um século marcado pela complexidade e ambivalência de toda e qualquer ordem natural, em que a globalização é o “destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira” (BAUMAN, 1999, p. 7). Nesse sentido, os momentos de existência o ser humano procura a excelência, em especial a de viver, o que poderia ser em um ideal grego vivência da cidadania. No entanto, longe desse ideal vive-se uma época de liquidez em que as relações se esvaem entre recriminações, *deslikes*, *posts*, lacradores e comentários estéreis. Torna-se preocupante a ausência de capacidade crítica e a escassez de discernimento sobre o que

¹ Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Piauí; Licenciado em Filosofia pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Bacharel em Administração Pública pela Universidade Estadual do Piauí. Especializações em: Docência do Ensino Superior (UNOPAR); Gestão Pública Municipal (UESPI); Gestão Educacional em Rede EaD (UFPI); Licenciando em Letras Português pela Estácio. Atualmente é orientador do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da FCP e professor efetivo da SEDUC-CE. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1491096614911103>. E-mail: farf25@gmail.com.

² Mestre em Educação, Especialista em Docência do Ensino Superior e Bacharel em Ciências Navais (Administração). Professor da Escola Superior de Guerra, Rio de Janeiro. Autor do livro *Relato de uma experiência acadêmica: O ‘eu’ professor-pesquisador* (vol. I, II e III). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8129815602916167>. E-mail: hghhmma@gmail.com.

importa para a manutenção do espírito, como literatura, cinema, teatro, mas o que ocorre consiste em considerar a visão individual, tornando-a macro, ou seja, se determinado grupo ou indivíduo possui acesso aos bens culturais, pressupõe que todo o ‘resto’ também o detém.

Constata-se a superficialidade dessas concepções ao observar o contexto pandêmico que se vive, desde que a Organização Mundial de Saúde, em março de 2020, declarou emergência sanitária devido ao novo coronavírus. Tal cenário evidenciou abismos sociais que se alastram durante décadas como o acesso à moradia, à alimentação adequada, à educação, ao mínimo existencial; começamos a viver da “ajuda emergencial”. Assim, pode-se questionar acerca das propostas de governo que não buscam se efetivar, pois ouve-se em discursos que “é necessário despertar o povo”, “os jovens devem ter educação para serem cidadãos”, mas como ser algo se faltam meios necessários para o exercício da cidadania: uma educação crítico-reflexiva que valorize docentes e ofereça aos estudantes de maneira equitativa oportunidades de se tornarem partícipes da sociedade? Frente a isso, o Estado assume um *modus operandi* que estratifica e invisibiliza crianças, jovens e adultos a permanecerem conformados em sua situação de precariedade socioeducacional. Nessa perspectiva de carência de políticas públicas para uma educação básica de qualidade, persistem ainda na atualidade um sentido número de pessoas não alfabetizadas.

O cenário educacional brasileiro demonstra seu colapso com o crescente números de analfabetos absolutos e/ou funcionais o que é ratificado pelo Banco de Dados Internacional de Educação, com os dados de 203 países, relativos a 2019, colocam o Brasil no 76º no *ranking*, com uma população de cerca de 207 milhões, sendo 7,4% da população de analfabetos em seus mais diversos níveis. O objetivo deste artigo consiste, portanto, em investigar a eficácia ou não das políticas públicas educacionais no que se refere à Educação de Jovens e Adultos (EJA), os entraves

para a permanência na escola e a renúncia ao ensino-aprendizagem, tendo como fator impulsionador desses problemas o cenário pandêmico.

Em relação aos aspectos metodológicos, a pesquisa tem uma natureza metodológica descritivo-exploratória, cujo procedimento bibliográfico permitiu investigar a eficácia ou não das políticas públicas, os entraves para a permanência na escola e a renúncia ao ensino-aprendizagem, tendo como agravante o cenário pandêmico. Uma pesquisa exploratória visa apresentar uma “maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito” (GIL, 2010, p. 27). Outrossim, vale destacar que a abordagem qualitativa, que segundo Oliveira (2016, p.59) “se preocupa com uma visão sistêmica do problema ou objeto de estudo. Tenta explicar a totalidade da realidade do estudo e da complexidade dos problemas educacionais”.

O referencial teórico relaciona o que deve existir entre o direito educacional e a realidade dessas pessoas que tem esse direito negado, com um importante recorte no aspecto legal que versa desde a sua origem na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, percorrendo a Constituição de 1988 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (9.394/96 - LDBEN), cujo respaldo teórico encontrou-se em Norberto Bobbio, a partir do seu livro *A era do direitos*, além de autores que discutem o tema.

1. O direito fundamental a educação

Não obstante, o princípio da isonomia como igualdade formal tenha representado uma conquista do Estado Liberal no contexto do século XIII, sobretudo com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pois tal conquista se traduziu na ruptura da estrutura social em estamentos, abolindo a relação entre senhores e servos, estabelecendo a igualdade como direito de todo cidadão (RAMACCIOTTI, 2020). Com o percurso de

diversos fenômenos sociais como guerras, revoltas, revoluções, tal ideal de Bem-Estar Social se concretizou na Declaração Universal do Direito do Homem (DUDH), de 1948, tendo em seu artigo I que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” e, desse modo, tais direitos são considerados patrimônio comum da humanidade (SENADO FEDERAL, 2013, p. 20).

O artigo XXVI da DUDH revela-nos esse generalismo ao pronunciar que “toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios da liberdade, moralidade e solidariedade humana” (SENADO FEDERAL, 2013). Esse paradigma totalizante se evidencia na Constituinte em seu artigo 205, sendo “[...] a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988). Pode-se observar que tal direito constitui cláusula pétrea, estando inscrito no artigo 6º que “[...] são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, sendo estes direitos invioláveis, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis (BRASIL, 1988).

Bobbio (2004, p. 21) pontua que “todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes”. Duarte (2013, p. 35) elucida que esse discurso universal constitui uma irrealidade, ou seja, “[...] em seu sentido formal, a igualdade entre todos constitui uma ficção jurídica, um pressuposto ou ponto de partida abstrato cuja afirmação não leva em conta as diferenças de fato existentes entre os seres humanos: de gênero, etnia, idade,

orientação sexual, condição social”. Apesar da ampliação de direitos como da criança e adolescente, do consumidor, da mulher, a Carta Magna brasileira não se reflete na prática, haja vista que as minorias continuam esquecidas, não são tratadas isonomicamente nos termos da lei. Esse problema, portanto, transcende a seara filosófica e repousa no universo sociopolítico.

Com o advento da Lei de Diretrizes de Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996), possibilitou maior autonomia aos estados e municípios, tendo como princípio a corresponsabilidade entre família e Poder Público. No Título II – Dos Princípios e Fins da Educação Nacional – o artigo 2º destaca que “[...] a educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1996). Esse dispositivo abre caminhos para a criação de um sistema educacional cooperativo e de políticas públicas que visam superar hiatos, em prol do pleno desenvolvimento do indivíduo, cuja realização não será possível sem o desenvolvimento de sua capacidade cognitiva, pois “[...] o direito à educação parte do reconhecimento de que o saber sistemático é mais do que uma importante herança cultural, no qual o cidadão torna-se capaz de participar dos destinos de sua sociedade e colaborar na sua transformação” (CURY, 2002, p. 260).

O direito fundamental, público e subjetivo, à educação é conceituado por Boaventura (1996, p.37) como o “conjunto de normas, princípios e doutrinas que disciplinam o comportamento das partes presentes no processo ensino-aprendizagem, quer dizer, alunos, professores, servidores, escolas, famílias e poderes públicos”. Nesse sentido, o ser humano, conforme Bobbio (2004), não seria livre se lhe fosse negado o direito a pensar

e se envolver politicamente nas decisões de seu país, não teria os instrumentos cognitivos necessários de refletir de múltiplas formas.

Cavalcante (2019) assevera que o analfabetismo além de ser uma questão histórica é um problema que tem como pressuposto o racismo estrutural. O termo analfabeto possui significações diversas como: “burro”, “ignorante” e, está impregnado por jargões populares como: “papagaio velho não aprende a ler”. Ademais, ao divulgar enunciados que pregam a erradicação do analfabetismo, tal vernáculo assume uma marca violenta que torna a pessoa analfabeta alguém indigno de viver nesta condição, o que dá margem à sua exclusão. Paulo Freire (1981, p.16, grifo nosso) ainda assevera que “[...] ninguém é analfabeto por eleição, mas como consequência das condições objetivas em que se encontra. Em certas circunstâncias, ‘o analfabeto é o homem que não necessita ler’, **em outras, é aquele ou aquela a quem foi negado o direito de ler**”.

Os motivos que levam à evasão escolar de jovens e adultos consistem na falta de motivação, no cansaço devido a rotina extenuante de trabalho e ausência de apoio familiar. Além do exposto, “o aluno adulto não pode ser tratado como uma criança cuja história de vida apenas está começando. Ele quer ver a aplicação imediata do que está aprendendo. Ao mesmo tempo, apresenta-se temeroso, sente-se ameaçado, precisa ser estimulado, criar autoestima” (GADOTTI, 2008, p. 58)., pois sua permanência na condição de iletrado provoca angústia, vergonha e frustração, sendo silenciado devido a negligência do direito de se expressar.

Em consonância à essas chaves argumentativas, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD) destaca que

Quando perguntados sobre o principal motivo de terem abandonado ou nunca frequentado escola, esses jovens apontaram a necessidade de trabalhar como fator prioritário. No Brasil, este contingente chegou a 39,1%. Para este principal motivo, ressaltam-se os homens, com 50,0% e as pessoas brancas, com

40,0%. Para as mulheres, o principal motivo foi não ter interesse em estudar (24,1%), seguido de gravidez (23,8%) e trabalho (23,8%). Além disso, 11,5% das mulheres indicaram realizar os afazeres domésticos como o principal motivo de terem abandonado ou nunca frequentado escola, enquanto para homens, este percentual foi inexpressivo (PNAD, 2019).

Embora haja a manutenção da Educação de Jovens e Adultos (EJA) implementado pelo Decreto nº 6.093/2007 (BRASIL, 2007) e, incluso na LDBEN em 2008, cujo objetivo é estabelecer como direito público a universalização educacional aos estudantes a partir dos quinze anos ou mais. O analfabetismo tem sua reincidência ou baixo decréscimo nas estatísticas devido a fragmentação e descontinuidade com que a modalidade da “Educação de Jovens e Adultos foi instalada como política educacional no Brasil é uma das características da sua história e das lutas, com recuos e avanços, pela garantia das condições para que todas e todos que desejarem estudar possam fazê-lo, independentemente de sua idade” (CARVALHO, 2019, p.1126). A PNAD (2019), que propicia uma cobertura territorial mais abrangente e disponibiliza informações conjunturais trimestrais, constatou entre os anos de 2016 e 2019 que

No Brasil, em 2019, havia 11 milhões de pessoas com 15 anos ou mais de idade analfabetas, o equivalente a uma taxa de analfabetismo de 6,6%. Nota-se que, no Brasil, o analfabetismo está diretamente associado à idade. Quanto mais velho o grupo populacional, maior a proporção de analfabetos. Em 2019, eram quase 6 milhões de analfabetos com 60 anos ou mais, o que equivale a uma taxa de analfabetismo de 18,0% para esse grupo etário. Ao incluir, gradualmente, os grupos etários mais novos, observa-se queda no analfabetismo: para 11,1% entre as pessoas com 40 anos ou mais, 7,9% entre aquelas com 25 anos ou mais e 6,6% entre a população de 15 anos ou mais. Esses resultados indicam que as gerações mais novas estão tendo um maior acesso à educação e sendo alfabetizadas ainda enquanto crianças. Por outro lado, os analfabetos continuam concentrados entre os mais velhos e mudanças na taxa de

analfabetismo para esse grupo se dão, em grande parte, devido às questões demográficas como, por exemplo, o envelhecimento da população (PNAD, 2019).

Paiva, Haddad e Soares (2019) apresentam que a EJA teve nos movimentos sociais os fatores responsáveis pela sua constituição como direito, em especial nas lutas por mais cidadania, cuja intenção consiste em possibilitar que essas pessoas participem das decisões do país, por meio do desenvolvimento de uma visão de mundo crítico-reflexiva. Tal fato se apresenta como a criação do direito como uma exigência social, que foi se afirmando até ser convertido em direito positivo. No entanto, a invisibilidade dos jovens e adultos não letrados têm sua potencialização com o silenciamento da EJA na Base Nacional Curricular Comum (BNCC, 2018), que segundo Carvalho (2019, p. 1137)

[...] no documento final da BNCC do Ensino Fundamental a palavra modalidade apresenta apenas duas ocorrências que se referem às modalidades da Educação Básica, presentes nos textos de introdução e fundamento legal da Base. O silenciamento da ideia de uma especificidade das Educações, ou de especificidades na Educação, não atinge apenas a Educação de Jovens e Adultos, mas o conjunto de sujeitos históricos cujas identidades fizeram emergir diferença curricular das lutas políticas por eles travadas. São atingidas por essa tática a Educação do Campo, Educação Quilombola e Educação Indígena e, especificamente no texto da BNCC, também a Educação Inclusiva.

Constata-se, portanto, uma dúplici problemática de silenciamento, haja vista que a ausência de detalhamento e a não nomeação da EJA na base, cuja a inespecífica abordagem das categorias educacionais provoca em certo sentido “argumentos de postergação da normatização curricular destas modalidades para um ‘depois’. Haverá um depois para populações adultas não escolarizadas num ambiente econômico neoliberal?” (CARVALHO, 2019, p. 1138). Além disso, há um processo de invisibilização

administrativa da EJA reverbera no risco de que esse público (jovens e adultos) não encontre o devido espaço institucional para se adequar às demandas educacionais. Nessa perspectiva, a ausência de uma relação curricular com a vida adulta, direciona a EJA a uma equiparação curricular com a educação para crianças estabelecida desde os pressupostos de alfabetização e seu afastamento de projetos e programas. Por isso mesmo, esses fatores potencializam a exclusão dessa população do seio social e conduzem à sua marginalização, interferindo na constituição de sujeitos críticos.

Os desafios relativos à escolarização de adultos possuem relação com um resgate histórico de dívida social pelo analfabetismo, ensinando-os a serem autônomos, com a formação de jovens e adultos para o ingresso no mercado de trabalho e, ainda, o desenvolvimento de oportunidade de uma educação permanente através de cursos profissionalizantes. Com isso, essa lacuna histórico-social se deve em grande medida à ineficácia dos programas e a metodologia adotada que vai na contramão de uma andragogia (educação para adultos), ou seja, o currículo da EJA não traduz os anseios dessa comunidade, tendo em vista que a operacionalização das práticas pedagógicas equivale à educação infantil, respaldada em atividades de codificação e decodificação de signos, esquecendo-se de ensiná-los a ler e interpretar o mundo à sua volta.

2. A ineficácia das políticas públicas educacionais aplicadas a educação de jovens e adultos

O estudo das políticas públicas como ciência tem seu marco com a ampliação do Estado-Administração norte-americano entre os anos de 1933 e 1961, tendo como mola propulsora a intervenção estatal nas áreas sociais, como resposta à crise de 1929. Essas medidas ficaram conhecidas como *New Deal*. De tal modo que com o surgimento dessas ações

reacendeu a discussão sobre a importância do Estado assumir seu papel como promotor de serviços públicos.

A educação como política pública surgiu com o Primeiro Plano Nacional de Educação, no artigo 150 da Constituição de 1934, que instituiu a educação como dever do Estado e política de promoção do ensino gratuito e integral para todos. Nesse sentido, em 1947 surgiu o Serviço Nacional da Educação de Adultos (SEA), no mesmo ano houve a Campanha Nacional de Educação de Adolescentes e Adultos (CEAA) e o primeiro Congresso Nacional de Educação de Adultos. Entre os anos de 1958 e 1961 ocorreu a Campanha Nacional de Erradicação do Analfabetismo (CNEA), que tornou mais popular a percepção do ensino de jovens e adultos, com ideal libertário.

Vale ressaltar que durante a década de 1960 houve diversos programas regionais para atender esse público como o Sistema Rádio Educativo da Paraíba (SIREPA) que se estendeu até 1969. O fosso de mais de três anos devido o Golpe Militar de 1964, cuja retomada deu origem ao Movimento Brasileiro de Alfabetização (MOBRAL), de 1967, instituído pelo Decreto nº 5.379 (BRASIL, 1967), cujo objetivo era alfabetizar cerca de 14 milhões de adultos até 1971. A pretensão de erradicar o analfabetismo em oito anos (1975) não foi possível e dez anos depois (1967) de sua criação, o Mobral não havia conseguido alcançar suas metas e os dados que seus promotores apresentaram foram questionados pelos educadores (GADOTTI, 2008). Com isso, a não eficiência do Mobral foi comprovada por intermédio dos resultados do Censo de 1980, que revelaram o aumento de 540 mil pessoas no número absoluto de analfabetos de 15 anos e mais no decênio 1970-1980. Além disso, as taxas de evasão e de regressão ao analfabetismo eram muito altas (CPDOC, 2009).

Entretanto, devido ao processo de redemocratização político-social do Brasil, em 1985, houve a redefinição dos objetivos e linhas de atuação

do programa de alfabetização, sendo extinta a Fundação Mobral de acordo o Decreto nº 91.980 (BRASIL 1985), de 25 de novembro de 1985, possibilitando a instauração da Fundação Nacional de Educação de Jovens e Adultos, que ficou conhecida pela sigla EDUCAR na gestão de José Sarney (1985-1990). Essa Fundação teve sua linha de ação orientada para o atendimento de jovens e adultos que jamais tiveram acesso à escola ou que dela foram excluídos prematuramente, devendo, para isso, fomentar programas específicos, quer no campo da alfabetização, com observância das especificidades regionais (BRASIL, 1985).

No entanto, “há ainda outro componente, de natureza político-administrativa, que interfere nas políticas de Educação de Jovens e Adultos: a descentralização do Ensino Fundamental, inclusive nessa modalidade, para a esfera municipal” (FÁVERO, 2011, p. 34). Tal estrutura teve sua consolidação no governo de Fernando Collor (1990-1992), rompendo com a dinâmica e investimento da Fundação Educar nos termos da Lei nº 8.209, de 12 de abril de 1990. Desse modo, Gadotti (2008) corrobora a visão de Fávero, pontuando que a descontinuidade caracterizou a política governamental desse setor, demonstrada pela interrupção do programa Educar e a implementação, em 1990, do efêmero Programa Nacional de Alfabetização e Cidadania, o PNAC, com o objetivo de reduzir em até 70% o analfabetismo em quatro anos.

Conforme Gadotti (2008), com o impedimento de Collor, o seu sucessor, Itamar Franco, instituiu, em 1993, o Plano Decenal de Educação Para Todos, com o apoio da UNESCO, e a meta de eliminar o analfabetismo em dez anos (2003), cerca de 15 milhões da População de 15 anos ou mais. Em 1996, a Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional reafirmou o acesso ao ensino gratuito e a permanência dos jovens e adultos nas escolas públicas. Com a criação do Fundo de Desenvolvimento do Ensino Fundamental (FUNDEF), Lei nº 9.424/96, foram-lhes mitigados os recursos para o

financiamento da Educação de Jovens e Adultos e da Educação Infantil, impossibilitando estados e municípios de ofertar o ensino supletivo.

Frente a isso, não há continuidade de programas ou inovação na metodologia, o que tornou a escola um ambiente segregador e adverso à realidade desses jovens e adultos, contribuindo para o esquecimento ao longo da história desse público. Bosi (1992, p.341) auxilia-nos na compreensão desse fenômeno:

Se o projeto educacional brasileiro fosse realmente democrático, se ele quisesse penetrar, de fato, na riqueza da sociedade civil, ele promoveria a um plano prioritário tudo quanto significasse, na cultura erudita (universitária ou não), um dobrar-se atento à vida e à expressão do povo; e, igualmente, tudo quanto fosse uma reflexão sobre as possibilidades, ou as imposturas, veiculadas pela indústria e pelo comércio cultural. Friso as duas direções: uma, de acolhimento e entendimento profundo das manifestações e aspirações populares; outra, de controle e de crítica, ou, positivamente, de orientação das mensagens veiculadas pelos meios que atingem a massa da população.

O governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) apresentou o Programa Alfabetização Solidária (PAS), iniciativa que buscava parcerias com pessoas físicas e jurídicas. O PAS foi criticado pelos estudiosos da educação que o compreenderam como uma tentativa de passar a responsabilidade pela alfabetização do público para o privado. No final de 2003, esse programa tinha atendido cerca de 3 (três) milhões de jovens e adultos (PACHECO *et al.*, 2013). Gadotti (2008, p.42) argumenta que FHC, em 2001, “[...] ao vetar os recursos que garantiriam o cumprimento das metas do Plano Nacional de Educação, fragilizou os mecanismos de proteção do direito à educação, principalmente o direito à educação de adultos”. Portanto, não obstante o surgimento de programas vinculados à iniciativa privada terem se destacado no cenário educacional contra o analfabetismo, tais políticas não consolidaram um projeto nacional de alfabetização.

A Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (SECAD), deu continuidade ao Projeto “Leituração”, criado em 2003 pela então Secretaria Extraordinária de Erradicação do Analfabetismo, retomando os projetos “Agentes de Leitura” e “Ler também é uma paixão”, ambos apoiados pela UNESCO.

Com a criação do Exame Nacional de Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA), que estava na pauta ministerial desde 2002, e que teve sua concretização em 2003 na gestão do presidente Lula (2003-2011), por meio do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP), possibilitou diagnosticar os obstáculos desse público no trato da alfabetização. Assim, devido alguns debates entre os coordenadores e o Conselho Nacional de Educação, foi definido o objetivo desse exame, que possui sua aplicação até os dias atuais, que consiste em possibilitar uma avaliação de competências e habilidades básicas de jovens e adultos que não tiveram acesso ao ensino na idade própria.

O Exame é aplicado pelo Inep, mas a emissão do certificado e declaração de proficiência é responsabilidade das Secretarias Estaduais de Educação e Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia, que firmam um “Termo de Adesão”. Diante disso, o Programa de Integração da Educação Profissional ao Ensino Médio na Modalidade EJA, através do Decreto nº 5.478 de 2005, cuja ampliação ocorreu em 2006 com o Decreto nº 5.840 (BRASIL, 2006) para toda a educação básica, sendo intitulado Programa Nacional de Integração da Educação Profissional com a Educação Básica na EJA (PROEJA).

Vale destacar que foi estabelecido, em 2007, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (FUNDEB), em substituição ao FUNDEF, com a intenção de promover a EJA negligenciada no FUNDEF. A destinação desses recursos projetava um aumento de matrículas entre os anos de 2007 e 2009. Entretanto, tal investimento não se refletiu no Censo

Escolar desse período. Machado (2011) argumenta o desestímulo do gestor educacional em impulsionar o incremento de uma matrícula de valor menor quanto pode revelar a difícil tarefa que é atrair para as escolas jovens e adultos que já passaram por elas e não têm mais estímulo para retornar, em outras palavras, não veem sentido na escolarização.

Em 2006 houve, por meio da Emenda Constitucional nº 56/2007, a reformulação do artigo 208 e o referido dispositivo passou a vigorar com o seguinte texto que, por sinal, ainda desobriga o governo federal a garantir a educação de jovens e adultos. Como segue:

Art. 1º Os incisos I e VII do art. 208 da Constituição Federal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 208.

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

.....

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (BRASIL, 1988).

As políticas educacionais de jovens e adultos deve proporcionar a liberdade de ir e vir, ou seja, condições para os estudantes permanecerem na unidade escolar, haja vista que cada educando tem singularidades como idosos, grávidas, deficientes físicos, discentes que trabalham e que com a metodologia adotada não proporciona a equidade de acesso e permanência no processo formativo. Este entendimento pode ser percebido pelo Programa Nacional de Inclusão de Jovens: Educação, Qualificação e Ação Comunitária (PROJOVEM), criado em 2005 e reestruturado em 2007, quando o governo federal lançou a Política Nacional de Juventude, com a criação da Secretaria Nacional de Juventude e do Conselho Nacional de

Juventude, destinado a atender jovens entre 18 e 24 anos de idade, possibilitando a conclusão do ensino fundamental e a iniciação profissional, tendo ainda um auxílio financeiro ao estudante.

Não obstante, Programa Brasil Alfabetizado (PBA) ter um grande contingente de estudantes, ainda persistia, em 2009, cerca de 14 milhões de jovens e adultos analfabetos (BRASIL, 2014). Segundo Mafra (2016), com o fim do mandato de Lula, em 2009, o governo federal foi assumido pela presidenta Dilma Rousseff que manteve o “Programa Brasil Alfabetizado”. Em 2012, o programa foi incorporado ao “Programa Brasil sem Miséria” com o objetivo de reduzir as diferenças econômicas, sociais, garantir a continuidade e permanência dos alunos do “Programa Brasil Alfabetizado”.

O governo Dilma Rouseff prosseguiu com uma agenda assistencialista em consonância com a gestão Lula, mantendo os resultados obtidos em 2003, sendo uma das frentes a implementação do “Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego” (PRONATEC), estabelecido pela Lei 12.513/2011 (BRASIL, 2011). O PRONATEC pretendia ampliar a oferta de cursos de educação profissional e tecnológica por intermédio de programas, projetos e ações de assistência técnica financeira.

Pode-se perceber que o PRONATEC foi instituído para atingir uma demanda de brasileiros que já se beneficiavam dos programas governamentais. Nessa perspectiva, “as políticas de ensino tecnicista, que vieram com o respaldo do liberalismo econômico prosseguem, com uma nova roupagem, agora sob o espectro do neoliberalismo” (WALDOW, 2014, p. 16). O objetivo de preparar jovens e adultos para o mercado de trabalho alimenta a tática de derrotismo dessa categoria dentro do próprio programa, pois, “do mesmo modo, em uma sociedade em que o trabalho torna-se cada vez mais escasso, pois desenfreadamente o trabalho vivo tem sido substituído pelas máquinas, questiona-se, ainda, se esses cursos

não têm a intenção de culpar o sujeito pelo seu fracasso na busca pelo emprego” (WALDOW, 2014, p. 16-17).

Em 2012 contávamos com 8,6% da nossa população adulta de indivíduos analfabetos, sendo que ao final de 2016 atingiu-se a marca de 7,8%, contrariando as metas do PNL (2014) que tinha estipulado atingir 6,5% até 2015, o que não ocorreu. Tal constatação conduz essa modalidade a um lugar de exceção, de abandono e de esquecimento, seja na legislação ou em programas mal executados.

A vigência da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 9.394 (BRASIL, 1996), assim como das Diretrizes Curriculares Nacionais da EJA (BRASIL, 2000), além do próprio Plano Nacional de Educação – Lei 13.005 (BRASIL, 2014) **adentra uma zona de invisibilidade que faz com que estejam atuando como pura forma da lei, uma lei sem vigência**, diante de um contexto em que as operações para fazer funcionar as políticas curriculares para a modalidade da Educação de Jovens e Adultos se confrontam com o processo de desaparecimento provocado pela reforma administrativa do Ministério e pelo subsunção da modalidade à generalidade curricular (CARVALHO, 2019, p. 1132-1133, grifo nosso).

Diante desse cenário de instabilidade política, agravado pelo *impeachment* da então presidente Dilma, houve a manutenção da ineficácia desses programas devido à ausência de constância ou a falta de estratégia desses governos de elevar esses programas ao *status* de políticas públicas como uma forma de atenuar a marginalização dessa população de educandos.

Com a ascensão de Michel Temer (2016-2018) à presidência foi notória a institucionalização da asfixia dos processos educacionais devido uma lógica neoliberal que alia interesses do empresariado ao direito público à educação. Com o encaminhamento da MP nº 746/2016 ao Congresso Nacional até a promulgação da Lei nº 13.415/2017 (BRASIL, 2017), que altera

dentre as Leis a de nº 9.394/96, instituindo a Política de Fomento à Implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral, inaugurando, assim, a construção por vezes unilateral da Base Nacional Curricular Comum (BNCC, 2018).

Conforme Silva (2019) o (pseudo) novo ensino médio além de negligenciar as modalidades de jovens e adultos, educação indígena e quilombola trata-se de uma reforma que solapa o direito à uma educação andragógica e personalizada à uma educação generalista, o que pode limitar a capacidade de reflexão e a autonomia desses sujeitos. De tal modo que esse modelo de restringir o Ensino Médio público a um instrumento voltado para formar os estudantes para o mercado de trabalho, por meio de um ensino técnico-profissionalizante precário, o que pode levar também a postos de trabalho precários.

Assim exposto, permite-nos concluir que essa reforma não inova, só remete à velha dualidade do Ensino Médio brasileiro, em que os mais privilegiados têm acesso à Educação Superior e os filhos dos trabalhadores a uma profissionalização precoce e com poucas possibilidades de continuidade. Desse modo, muito são as críticas lançadas ao processo de elaboração da BNCC, dentre elas pode-se pontuar que O CNE [...] aceitou tramitar uma proposta de BNCC parcial, sem o ensino médio. Ou seja, exclui a possibilidade de produzir com autonomia um debate cuidadoso e com o tempo necessário e olhando para o conjunto da educação básica (MACHADO, 2018).

Além da negligência das modalidades supracitadas, a fragmentação dos saberes é peremptória, pois o ensino regular profissionalizante com a “nova base” estimula uma aprendizagem que transmite uma pseudo-liberdade ao jovem por escolherem o seu itinerário formativo. No entanto, o que se observa é uma fragante instrumentalização do conhecimento, haja vista que os estudantes podem migrar por várias matizes curriculares

prejudicando uma formação crítico-reflexiva consistente. Assim, tal abordagem sedimenta as capacidades dos educandos e inibe uma metodologia inovadora que atenda suas necessidades.

Nesse sentido, constata-se que “sob o argumento de conter os ‘gastos’ públicos, o Governo Michel Temer ataca direitos e reduz os investimentos com as políticas sociais, mas, em contrapartida, garante ao capital financeiro-rentista as condições estruturais necessárias para o aprofundamento do processo de acumulação” com a suspensão dos investimentos destinados ao “Programa Brasil Alfabetizado” e a desestruturação da SECADI (BARBOSA; SOUZA; SILVA, 2020, p. 09). Diante disso, os efeitos foram imediatos e os índices de analfabetismo entre a população de 15 a 64 anos, conforme dados da Organização Não Governamental “Todos pela Educação” não apresentam decréscimo (TPE, 2019). Observa-se também a brusca redução das matrículas no Projovem Urbano, caindo de 44.299, em 2016, para 1.267, em 2017, e para 594 em 2018 (IBGE, 2019).

Embora não seja competência de o governo federal executar a EJA e seus programas é de sua responsabilidade fornecer o material didático, formação de professores, desenvolvimento de programas e no repasse de recursos para apoiar as prefeituras na contratação de professores e outras despesas. Frente a isso, a atual gestão do governo Bolsonaro (2019-) continuou de forma mais patente o esfacelamento dos órgãos como o SECADI e programas associados a comunidades indígenas, quilombolas e educação de adultos.

Levando-se em consideração todo o quantitativo de jovens de 14 a 29 anos do País, equivalente a quase 50 milhões de pessoas, 20,2% não completaram o ensino médio, seja por terem abandonado a escola antes do término desta etapa, seja por nunca tê-la frequentado (IBGE, 2019). Assim, com o advento da pandemia houve um decréscimo nas políticas educacionais, tendo em vista que o governo federal ainda não apresentou um plano

de ação para impedir que jovens e adultos evadam, ficando à critério de estados e municípios a otimização de estratégias para a continuação das atividades de ensino-aprendizagem.

O que torna esse cenário desafiador consiste na politização de temas como a educação, pois sob o pretexto de combater pautas ditas comunistas, o governo atual sucateia ainda mais os programas educacionais diminuindo repasses, exemplo disso, ocorreu em 2019 quando o então ministro da educação Abraham Weintraub destinou dos 54,4 milhões aplicados à EJA, apenas 1,5 milhões foi investido, o valor equivale a 2,8% do total. A instabilidade do MEC, devido manobras agressivas da agenda do governo, lesou a permanência dos gestores, e em apenas dois anos o MEC contou com três ministros, ocasionando rupturas de planejamentos e a ausência de uma política educacional durante a crise sanitária mundial que se instaurou. Com isso, o pensamento, ainda atual. do antropólogo brasileiro, Darcy Ribeiro que “a crise da educação no Brasil não é uma crise; é projeto”, sintetiza a negligência da Educação de Jovens e Adultos tornando-a apenas uma tática de campanhas eleitorais para ludibriar e agremiar votos.

Considerações finais

A epígrafe que introduz este trabalho, do filósofo francês Marquês de Condorcet, datado de 1791, tem pontos que devem ser destacados, tendo sua origem na Revolução Francesa, e que ainda traduzem a ideia de um direito universal, ou seja, o de *espalhar as luzes*. Esta idealização deve ser concretizada pelas políticas públicas, caso o Estado não institua um plano nacional de desenvolvimento educacional. Nesse sentido, a convivência democrática fica assoreada devido à ausência de políticas que garantam o acesso à uma educação para jovens e adultos coerente com sua realidade e condizente com suas experiências de vida.

O tema em estudo é relevante, mas pouco discutido ou pesquisado, principalmente quando se associa o direito fundamental à Educação que normalizando sua invisibilidade na legislação, minando o investimento dos programas da EJA, embora seja um direito previsto na CF/88, sendo a família e sociedade corresponsáveis. Mesmo sendo um preceito constitucional e em leis do campo da educação, o alerta de Bobbio (1992) segue em voga, de que o mais difícil do direito não é sua conquista, mas sua preservação e, diríamos, sua plena implantação como uma política de Estado.

Não obstante haver uma legislação como a LDBEN, ainda é necessário incluir na BNCC o itinerário e estratégias condizentes com as capacidades desse público que são afastados pela ausência de uma andragogia que efetivamente ofereça conhecimentos aplicáveis no cotidiano dos discentes. Os órgãos competentes devem propor políticas públicas que possam dialogar com uma educação personalizada conduzida por meio de temáticas geradoras, cuja intenção consiste em promover uma metodologia dinâmica e atrativa que incentive a permanência desses jovens e adultos na escola.

Mais do que ensinar fórmulas aritméticas ou termos técnicos das ciências naturais as instituições devem ouvir cada educando e a partir dessa escuta oportunizar que desenvolvam ou aperfeiçoam habilidades para seguir uma formação humana conectada com seu estilo de vida. Assim, essa formação curricular deve seguir além de particularidades teóricas, uma perspectiva prática, na qual durante o horário das aulas os estudantes possam criar objetos de aprendizagens como textos, *podcasts*, documentários, peças teatrais, poesias sobre conteúdos interdisciplinares.

Ao final, podemos asseverar a ineficácia das políticas públicas educacionais, que são de governo e não de Estado, no que se refere à Educação de Jovens e Adultos (EJA), mantendo-se os entraves para a permanência na escola, com a renúncia ao ensino-aprendizagem, agravado na atualidade pelo cenário pandêmico que estamos vivenciando.

Referências

- BARBOSA, C. S.; SILVA, J. L. da; SOUZA, J. C. L. de. Desafios do tempo presente na escolarização de jovens, adultos e idosos: agenda para a nova década. In: **Rev. Tempos Espaços Educ.** v.13, n. 32, e-14146, jan./dez.2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20952/revtee.v13i32.14146>. Acesso em: 20 jul 2021.
- BAUMAN, Z. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BOAVENTURA, E. M. Um ensaio de sistematização do direito educacional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, DF, v. 33, n. 131, p. 31-57, jul./set. 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176476>. Acesso em: 23 nov. 2020.
- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOSI, A. **Dialética da colonização**. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Publicação original.
- BRASIL. Decreto nº 5.478, de 24 de junho de 2005. Institui, no âmbito das instituições federais de educação tecnológica, o Programa de Integração da Educação Profissional ao Ensino Médio na Modalidade de Educação de Jovens e Adultos - PROEJA. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5478.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 5.840, de 13 de julho de 2006**. Institui, no âmbito federal, o Programa Nacional de Integração da Educação Profissional com a Educação Básica na Modalidade de Educação de Jovens e Adultos - PROEJA, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5840.htm#art11. Acesso em: 21 jun 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 91.980, de 25 de Novembro de 1985**. Redefine os objetivos do Movimento Brasileiro de Alfabetização - MOBRAL, altera sua denominação e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/>

decret/1980-1987/decreto-91980-25-novembro-1985-442685-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. Educação de Jovens e Adultos. **Senado Federal, Série MEC/85**. 25 nov.1985. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/200572/educacaojovensadultos.pdf?sequence=1> Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 56, de 20 de dezembro de 2007**. Prorroga o prazo previsto no caput do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc56.htm. Acesso em: 21 jun 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.513, de 26 de outubro de 2011**. Institui o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec); altera as Leis nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, que regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui Plano de Custeio, nº 10.260, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior, e nº 11.129, de 30 de junho de 2005, que institui o Programa Nacional de Inclusão de Jovens (ProJovem); e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12513.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.005 de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, edição extra, Brasília, DF, p.1, 26 jun. 2014.

BRASIL. **Lei nº 13.415, de 16 de fevereiro de 2017**. Altera as Leis nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e 11.494, de 20 de junho 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e o Decreto-Lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967; revoga a Lei nº 11.161, de 5 de agosto de 2005; e institui a Política de Fomento à Implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13415.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.379, de 15 de dezembro de 1967**. Provê sôbre a alfabetização funcional e a educação continuada a adolescentes e adultos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5379.htm. Acesso em: 25 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. 1996a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996**. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. 1996b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9424.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Estatísticas sobre Analfabetismo no Brasil**. Audiência pública – Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, 2014. Disponível em: <https://www.fe.unicamp.br/eventos/histedbr2016/anais/pdf/1070-2727-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. **Todos juntos para democratizar a educação**. Brasília, 2004.

BRASIL. **MP nº 746/2016**. Institui a Política de Fomento à Implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral, altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 11.494 de 20 de junho 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, e dá outras providências. Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/MPv/mpv746.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. Base Nacional Curricular Comum [BNCC]. 2018. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_-versaofinal_site.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

CAVALCANTE, J. Educação de adultos na ordem pós democrática: Desaparecimento da modalidade e invisibilidade institucional. **Revista e-Curriculum**, v. 17, n. 3, p. 1123-

- 1143, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/336225212_EDUCACAO_DE_ADULTOS_NA_ORDEM_POS_DEMOCRATICA_DESAPARECIMENTO_DA_MODALIDADE_E_INVISIBILIDADE_INSTITUCIONAL. Acesso em: 20 jun. 2021.
- CONDORCET. Cinco memórias sobre a instrução pública. Tradução e apresentação: Maria das Graças de Souza. São Paulo, editora Unesp. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 25 jul. 2021.
- CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL [CPDOC/FGV]. **Movimento Brasileiro de Alfabetização (MOBRAL)**. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/movimento-brasileiro-de-alfabetizacao-mobral>. Acesso em: 01 jun. 2021.
- CURY, C. R. J. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de Pesquisa**, n.116, p.245-262, jul. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/x6g8nsWJ4MSk6K58885J3jd/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- DUARTE, C. S. Fundamentos filosóficos da proteção às minorias. In: JUBILUT, L. L. et al. (Coord.). **Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e grupos vulneráveis**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FÁVERO, O. Políticas públicas de educação de jovens e adultos no Brasil. In: SOUZA, J. dos S.; SALES, S. R. (Org.) **Educação de Jovens e Adultos: políticas e práticas educativas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, EDUR, 2011. Disponível em: https://www.academia.edu/7791464/Educa%C3%A7%C3%A3o_de_Jovens_e_Adultos_pol%C3%ADticas_e_pr%C3%A1ticas_educativas. Acesso em: 20 jun. 2021.
- FREIRE, P. **Ação cultural para a liberdade e outros escritos**. 5. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra. 1981. (Coleção: O Mundo, Hoje, v. 10).
- GADOTTI, M. **MOVA, por um Brasil alfabetizado**. São Paulo: Instituto Paulo Freire, 2008 – (Série Educação de Adultos; 1). Disponível em: <https://paulofreire.org/32,4MB-livro-mova-brasil-10-anos.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA [IBGE]. **Conheça o Brasil –**

População: Educação. 2019. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br>. Acesso em: 5 ago. 2020.

_____. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD). In: **Biblioteca IBGE**. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736_informativo.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

MACHADO, K. **Temos um documento tecnocrático e conservador, produzido sem transparência**. Entrevista: Salamão Ximenes. Fiocruz, 2018. Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/temos-um-documento-tecnocratico-e-conservador-produzido-sem-transparencia> Acesso em 19 jul. 2021.

MACHADO, M. M. Diálogos necessários sobre gestão e financiamento da Educação de Jovens e Adultos. In: SOUZA, J. dos S.; SALES, S. R. **Educação de Jovens e Adultos:** políticas e práticas educativas. Rio de Janeiro: NAU Editora, EDUR, 2011.

MAFRA, A. L. de S. Os desafios e as possibilidades nos 20 anos da modalidade EJA no Brasil: uma análise dos programas de alfabetização nos governos FHC (1995-2002) e Lula (2003-2010). In: X SEMINÁRIO NACIONAL DO HISTEDBR: 30 anos do HISTEDBR (1986-2016) contribuições para a história e historiografia da educação brasileira. **Anais eletrônico...** UNICAMP, Campinas, 2016. Disponível em: <https://www.fe.unicamp.br/eventos/histedbr2016/anais/pdf/1070-2727-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

OLIVEIRA, M. M. **Como fazer pesquisa qualitativa**. 7. ed. ver. e atual. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

PACHECO, K. D. *et al.* Educação de jovens e adultos: o fazer docente perante o aumento da discência idosa. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**. Jul./dez, 2013. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/artigos/NDkz.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

PAIVA, J.; HADDAD, S.; SOARES, L. J. G. Pesquisa em educação de jovens e adultos: memórias e ações na constituição do direito à educação para todos. **Revista Brasileira de Educação**, v. 24 e240050, 2019. (Dossiê). Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbedu/a/xBKdqW6TtqHXPkxsHmMqjXH/?lang=pt>. Acesso em: 20 jun. 2021.

RAMACCIOTTI, B. L. A construção do conceito de minoria e sua relevância para a formulação de políticas públicas e direitos protetivos. *In: V CONGRESSO INTERNACIONAL UNIFIEO. Anais eletrônico...* Osasco: EDIFIEO, 2020. Disponível em: <http://www.unifieo.br/pdfs/EdiFieo/IV%20Congresso%20Internacional%20UNIFIEO%20-%20O%20M%3%Agtodo%20do%20Caso%20e%20Direitos%20Fundamentais.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

SENADO FEDERAL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. *In: Direitos Humanos: atos internacionais e normas correlatas.* 4. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/508144>. Acesso em: 21 jun. 2021.

SILVA, F. P. C. **A reforma do Ensino Médio no governo Michel Temer (2016 - 2018).** 2019, 115f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/32634>. Acesso em: 19 jul. 2021.

WALDOW, C. As políticas educacionais do governo dilma, a formação para o trabalho e a questão do pronatec: reflexões iniciais. *In: X ANPED SUL, Florianópolis, Anais eletrônico...* out. 2014. Disponível em: http://xanpedsul.faed.udesc.br/arq_pdf/1765-0.pdf. Acesso em: 18 jul. 2021.

A tríplice responsabilidade em matéria ambiental

*Rebeka Santos Reis*¹
*Abgail Guerra Lemos Neto*²
*Cristiano Roberto Brasileiro da Silva Passos*³

Introdução

O presente estudo sobre a tríplice responsabilidade em matéria ambiental segue uma linha de pesquisa acadêmica voltada ao estado de direito e sociedade civil, tendo em vista as disposições contidas no Capítulo VI da Carta Magna vigente no Brasil, no que se refere ao meio ambiente, dispondo no seu §3º do artigo 225, quando exprime sobre a tríplice responsabilidade em matéria ambiental que deve ser aplicável tanto para pessoa física, quanto para pessoa jurídica. Ressalta-se, ainda, a transcrição no §1º, VI do artigo 225, sobre a obrigação de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Essas iniciativas garantem que o indivíduo tenha o conhecimento necessário para preservar o meio ambiente e lhe dá a oportunidade de agir corretamente no seu cotidiano. Mas, por outro lado, se esse indivíduo não cumprir com seus deveres diante do ecossistema, a lei garante que essa

1 Bacharela em Direito, da Faculdade do Cerrado Piauiense-FCP. E-mail: rebekreiss@gmail.com.

2 Orientador de Metodologia deste artigo. Licenciado em Ciências Biológicas e Bacharel em Direito, ambos pela UESPI, Especialista em Direito Ambiental, pela PROMINAS, em Gestão em Saúde, e em Gestão Educacional (Administração e Supervisão), pela UESPI, e Mestre em Educação, pela Estácio. E-mail: abgailneto@gmail.com.

3 Orientador de Conteúdo deste artigo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí-UFPI, Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Faculdade do Cerrado Piauiense-FCP e Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Estadual do Piauí-UESPI. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8345613069339279>. E-mail: cristianobrasileiro999@hotmail.com.

pessoa seja responsabilizada tanto no âmbito penal, quanto no âmbito administrativo, além de também responder civilmente.

Identifica-se na atualidade que a grande dificuldade do ser humano em se conscientizar e praticar atos que preservem e conservem um meio ambiente equilibrado é um fator corriqueiro na sociedade, o capitalismo. Isso quer dizer, que a grande maioria dos indivíduos que têm problemas com a conservação e/ou preservação do meio ambiente têm interesse particular em gerar e/ou obter lucros financeiros, ou seja, todos esses problemas ambientais se resumem a um único objetivo, o enriquecimento de minoria e como consequência, o prejuízo ambiental para todos.

Entendendo que a responsabilidade vem da palavra ‘responder’ em latim e significa “assumir as consequências dos meus atos”. A Tríplice Responsabilidade em matéria ambiental está prevista no §3º, do artigo 225, da Constituição Federal. É um artigo que determina que todos têm o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas para que tenha este equilíbrio são necessárias algumas mudanças no meio ambiente.

Para se falar em mudança ambiental é fundamental que se fale em ação antrópica, isto é, toda ação realizada pelo ser humano. Pois, a partir do momento em que o indivíduo chega à superfície terrestre, ele passa a adaptar as coisas da natureza para sua própria sobrevivência e tudo isso gera um impacto. A ação antrópica pode gerar tanto impactos negativos, como por exemplo, um desequilíbrio ecológico, quanto impactos positivos, como é o caso de recuperação e/ou preservação ambiental.

Uma das consequências negativas causadas pela ação antrópica é o desmatamento, conhecido também como desflorestamento, geralmente com finalidade lucrativa, como é o caso de atividade madeireira ou para mineração e até mesmo podendo acontecer uma substituição de vegetação para a atividade pecuária ou de agricultura. Sendo capaz de suceder o desaparecimento de espécies, que é outro impacto frequente na atualidade,

causado normalmente pelo desequilíbrio ecossistêmico, podendo até estimular grandes mudanças climáticas.

Essa ação de retirada indevida de vegetação é capaz de provocar erosões, que por sinal é mais um grande impacto ambiental, pois deixa o solo fragilizado e incapaz de resistir à força das chuvas, surgindo, assim, corrosões no solo ou até mesmo acarretar em assoreamento, que por sua vez é um dos impactos ambientais cada vez mais frequentes nos dias atuais, causado pela extração de raízes do solo, deixando-o solto, propiciando o desbarranco, empurrando toda a terra para o rio mais próximo forrando o fundo, e diminuindo assim, a profundidade e facilitando enchentes. Enfim, são inúmeras as consequências negativas causadas pelas ações do homem.

Em contrapartida, essa pesquisa possui sua importância, pois irá demonstrar que há consequências positivas acarretadas pela ação antrópica, como, por exemplo, a recuperação de bioma, que é quando ocorre um reflorestamento ou a introdução de uma espécie extinta à natureza, ou seja, criar uma espécie que estava em extinção em cativeiro para ser novamente devolvida à natureza, denomina-se assim, recuperação de equilíbrio ecossistêmico que havia sido perdido. Assim como a preservação ambiental que é regulamentada por leis e medidas que asseguram a proteção do meio ambiente, impedindo, assim, os impactos negativos.

Assim, objetiva-se de modo específico apresentar os problemas ambientais enfrentados pela sociedade em decorrência dos excessos praticados pelas pessoas como um todo; indicar de que forma esses problemas ambientais atingem a sociedade em geral e conseqüentemente todos nós somos responsabilizados juridicamente; e sugerir mudanças de hábitos e comportamentos que possam influenciar positivamente para um meio ambiente equilibrado para as próximas gerações.

1. Contextualização da responsabilidade jurídica na esfera ambiental

Ultimamente, os povos do mundo inteiro voltaram suas atenções ao meio ambiente. Em quase todos os países do planeta Terra há um representante de organizações não governamentais (ONG's) defendendo o meio ambiente em que vivemos contra atos lesivos praticados por quem quer que seja.

A intenção em especial é alertar o poder público, e, claro, a comunidade de modo geral. Ou seja, visa alertar à necessidade de proteger o nosso ecossistema, tanto de agentes nocivos à saúde, quanto à qualidade de vida desta e de futuras gerações. Portanto, os legisladores passaram a editar leis mais específicas e implantando medidas mais eficazes em defesa do meio ambiente.

O Brasil é um país que se destaca quando o assunto é esse, pois está na linha de frente quanto a discussões ambientais. Além disso, existem muitos juristas e ambientalistas preocupados com essa questão. Isso quer dizer que todo e qualquer cidadão tem o dever de preservar os recursos naturais e para garantir que essa prática ocorra com êxito, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional dispõem de instrumentos a serem utilizados como guia.

O jurista Luís Paulo Sirvinskas (2020) afirma que a responsabilidade pela preservação do meio ambiente não é somente do poder público, mas também da coletividade. Ou seja, todo e qualquer cidadão tem o dever de preservar os recursos naturais e, para garantir que essa prática ocorra com êxito, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional dispõem de instrumentos a serem utilizados como guia.

Em 1985, foi criado o Ministério do Desenvolvimento Urbano e do Meio Ambiente com o intuito de garantir a preservação ambiental, sofrendo várias modificações posteriormente, sendo que somente em 1999 passou a ter a denominação de Ministério do Meio Ambiente (MMA).

Foram criadas as políticas públicas de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável para o MMA, recebendo o apoio de entidades vinculadas como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) que atuam de forma direta na proteção da fauna e flora e na conservação da biodiversidade brasileira. O principal órgão governamental a desempenhar esse papel no Brasil é o Ministério do Meio Ambiente, mas para contribuir com todo esse esforço do Estado existem também organizações não governamentais, como por exemplo, o Greenpeace Brasil.

A Lei 7.735/89 criou o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA) com o intuito de garantir que a legislação ambiental seja cumprida, isto é, sua principal função é executar a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) por meio da fiscalização ambiental. São utilizados dois instrumentos para esta garantia: a coerção e a sanção. Como exemplos, temos a aplicação de multa, interdições e apreensões.

E o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), que é o responsável pela implantação, fiscalização e monitoramento das unidades de conservação em todo o Brasil, foi criado em 2007 pela Lei 11.516. Tendo o poder de polícia ambiental, a sua atuação objetiva corrigir a degradação ambiental e preservar recursos importantes e toda essa ação garante o respeito aos princípios legais, como também, a sustentabilidade do meio ambiente. como estabelece a Constituição Federal promulgada em 1988, em seu artigo 225, os mecanismos de proteção e controle do meio ambiente.

Assim, o Poder Judiciário tem um papel importantíssimo de valorizar e incentivar a responsabilidade socioambiental como cooperador, ou seja, direciona as atitudes para a sustentabilidade. Com o objetivo de uniformizar as formas de atuação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) propôs aos

tribunais de justiça a utilização de políticas públicas como objetivo de formar e recuperar um ambiente ecologicamente equilibrado além de tentar conscientizar os jurisdicionados e servidores sobre a necessidade de constante e ativa proteção ao meio ambiente.

Conforme as regras gerais no que diz respeito a responsabilização ambiental, a responsabilidade civil independe da existência de culpa. Nessa questão, a Política Nacional de Resíduos Sólidos apresenta uma limitação à responsabilidade dos consumidores que acaba com a disponibilização adequada dos resíduos para a coleta ou devolução ao devido local. Já em relação à responsabilidade penal e administrativa, inovou e modificou o § 1º do art. 56 da Lei de Crimes Ambientais (LCA) acrescentando a penalidade de reclusão, de um a quatro anos e multa. Também tratando de penalidades para os responsáveis pelos planos de gerenciamento e resíduos sólidos perigosos ou não perigosos que descumprirem com suas obrigações (JOSÉ RUBENS MORATO LEITE, 2015).

1.1. Responsabilidade Civil no Direito Ambiental

A natureza jurídica da responsabilidade civil no Direito Ambiental é objetiva e conforme previsto na Constituição Federal, em seu art. 225, § 3º, e, também no artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) aplica-se a Teoria do Risco Integral, ou seja, o poluidor é obrigado a reparar ou indenizar os danos causados ao meio ambiente independentemente da existência de dolo ou culpa.

A própria Constituição Federal em seu artigo 225, § 2º, tratando do explorador de recursos minerais, exige que o meio ambiente seja recuperado, não impedindo se estenda também a outros recursos da natureza, ou seja, sempre atendendo a especificidade de caso individual. Considerando a natureza do bem protegido, em se tratando de bem ambiental, a

forma mais adequada de reparação seria a recuperação do bem degradado (CARLA PINHEIRO, 2017).

No caso de danos ambientais, o poluidor é obrigado a reparar os danos causados da melhor maneira possível. Mas, se este dano for irreparável, este poluidor deverá ser obrigado a pagar uma indenização que será revertida ao meio ambiente.

Conforme a Lei nº 6.938/81, em seu artigo 3º, IV, o poluidor pode ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica, de direito público ou de direito privado, capaz de causar direta ou indiretamente, através de sua atividade ou empreendimento, degradação ambiental.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que não se adota, em caso de danos ambientais, as excludentes da responsabilidade civil, por se aplicar a Teoria do Risco Integral nos Recursos Especiais 1.114.398-PR e 1.354.536-SE. Significa dizer que, nem em caso fortuito, ou por força maior, ou até mesmo por culpa exclusiva da vítima, podem afastar o dever de reparar o meio ambiente.

Embargos declaratórios. omissão, contradição, obscuridade ou erro material. inexistência. Ausente omissão, contradição, obscuridade ou erro material, a rejeição de embargos declaratórios é medida que se impõe (TRF-4 - AC: 50053833920124047004 PR 5005383-39.2012.4.04.7004, Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER, Data de Julgamento: 16/06/2020, TERCEIRA TURMA).

O pressuposto para aplicação da Teoria do Risco Integral é que quem explora atividade econômica se põe na posição de garantidor, sendo assim, deverá assumir e/ou prevenir os riscos para com a saúde e meio ambiente. Dizemos que é a aplicação conjunta do Princípio da Prevenção e do Princípio do Poluidor Pagador.

Vale ressaltar que a responsabilização civil não tem a função de punir o degradador. O objetivo aqui é único e exclusivo à reparação do meio ambiente. No recurso especial 578.797-RS, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que não se pode conferir a reparação civil dos danos ambientais como um caráter punitivo, pois esse atributo é justamente a função do direito penal e o direito administrativo.

Outro destaque importante é que a responsabilidade civil por dano ambiental também é solidária, ou seja, hipoteticamente, uma ação coletiva em que não há uma obrigatoriedade de formação do litisconsórcio. Sendo assim, qualquer um dos possíveis autores de determinada ação coletiva na seara do direito ambiental pode demandar os poluidores isoladamente ou até mesmo em conjunto.

A legislação por meio da ação civil pública protege o meio ambiente contra o causador do dano objetivando, sempre que possível, a reconstrução da fauna e flora ou o ressarcimento em pecúnia dos danos causados e irrecuperáveis a curto espaço de tempo (SIRVINSKAS, 2020).

1.2. Responsabilidade Penal em Benefício do Direito Ambiental

O artigo 225, §3º, da Constituição Federal, menciona a tríplice responsabilidade, inclusive a responsabilidade penal. Nessa matéria, o que norteia a responsabilidade penal ambiental é a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98). Considera-se sujeito ativo de um crime ambiental qualquer pessoa que de alguma forma concorrer para a prática de crimes que estão previstos nesta lei, observando sempre a intranscendência da pena, ou seja, a pena não pode passar da medida já prevista e de quem realmente cometeu o crime, que é típica da responsabilidade penal em nosso país, bem como, destacar que nos referimos aqui em responsabilidade subjetiva, como o clássico em se tratando de matéria penal. Tanto pessoa física, quanto pessoa jurídica serão responsabilizadas por estes crimes.

Com relação à pessoa jurídica, entra a figura do garantidor. Isso significa dizer que, aquele que faz a gestão dela, que poderia evitar a conduta criminosa de outrem, mas deixa de agir impedindo esta prática, acaba sendo responsabilizado por este fim. Mas, para que haja responsabilidade jurídica penal em matéria ambiental, são necessários dois requisitos: que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, e; que seja cometida por interesse ou benefício de sua entidade, como previsto no artigo 3º, da Lei n. 9.605/98.

Lembrando que a responsabilidade jurídica não exclui a responsabilidade da pessoa física, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, como expresso no parágrafo único do art. 3º, da Lei n. 9.605/98, isto é, além da pessoa jurídica responder por determinado ato infracional, aquele empregado (diretor, gestor de tal empresa) que contribuiu/colaborou para tal infração também irá responder penalmente.

Uma observação interessante é que, em regra, todos os crimes ambientais são de ação de iniciativa pública incondicionada. Claro que, se por alguma perda de prazo por parte do Ministério Público para oferecimento de denúncia, por exemplo, é cabível que o instituto da ação privada ingressasse com a ação. A qual posteriormente pode ser retomada pelo Ministério Público ou tocada pelo próprio particular, essa própria vítima que foi atingida por determinado crime ambiental.

A tutela deixava muito a desejar na esfera penal, pois não existia um ordenamento sistemático de infrações penais ambientais. As infrações existentes eram encontradas apenas em alguns dispositivos do Código Penal e em legislações avulsas. Ao criar a figura da responsabilidade penal da pessoa jurídica o legislador buscou sistematizar a tutela penal ambiental (SIRVINSKAS, 2020).

A competência, em regra, será da Justiça Estadual, salvo em casos de delitos consumados contra bens, serviços, ou interesse da União, de suas

autarquias ou de empresas públicas. Nestes casos, a competência será da Justiça Federal.

Geralmente, segue-se o rito imposto pela Lei nº 9.099/95, por se tratar de crimes de menor potencial ofensivo, pois tramitariam nos Juizados Especiais Criminais. E para fazer a dosimetria da pena em matéria ambiental, é necessário que se observe de modo prioritário o artigo 6.º da Lei de Crimes Ambientais, diferentemente das demais matérias ambientais que se observa o artigo 59, do Código Penal.

1.3. Responsabilidade Administrativa em favor do Direito Ambiental

A responsabilidade administrativa decorre das infrações às normas administrativas ambientais. O artigo 70, da Lei 9.605/98 (LCA), expressa que “considera-se infração ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”. São aplicadas por quem exerce o poder de polícia da Administração Ambiental, como prevê o §1º, do artigo 70, da Lei de Crimes Ambientais, como por exemplo, os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), responsáveis pela fiscalização, com exceção das Capitâneas dos Portos do Ministério da Marinha e também a Polícia Militar Ambiental, que apesar de não serem integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente, são autorizados a aplicar esta responsabilidade administrativa.

Na esfera administrativa, a legislação busca aplicar multas a fim de evitar o efetivo dano ao meio ambiente. Entretanto, as penalidades cabíveis em caso de transgressão ao meio ambiente se encontram nos artigos 70 a 76 da Lei n. 9.605/98.

Diferentemente da responsabilidade civil ambiental, a responsabilidade administrativa ambiental serve para reparar danos administrativos, como previsto no artigo 72, da Lei 9.605/98 (LCA) e no art. 3º, do Decreto

nº 6.514/08. Como exemplo: advertência; multa simples; multa diária; apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração, entre outros, assim, como a sanção restritiva de direitos em casos de infrações cometidas por pessoa jurídica.

Para a dosimetria das sanções administrativas, deve ser observado o Decreto 6.514/08, como também o artigo 6º c/c com o artigo 72, da Lei Civil Ambiental, para lavrar o Auto de Infração. Desse modo, deve ser observada a gravidade dos fatos, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; como verificar antecedentes do infrator, quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; e nunca deixar de avaliar situação econômica do infrator.

Havia um embate quanto à responsabilidade administrativa na esfera ambiental. Há algum tempo, os órgãos ambientais do Sistema Nacional do Meio Ambiente, juntamente com os órgãos judiciários, entendiam que a responsabilidade administrativa era objetiva, isto é, entendiam que não havia que se falar em elemento subjetivo (dolo/culpa). Mas, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que a responsabilidade administrativa é subjetiva.

Em 08/05/2019, a 1.ª Sessão julgou o Embargo de Divergência em Recurso Especial 1.318.051/RJ que a responsabilidade administrativa é subjetiva, ou seja, entendeu que é necessária, sim, a verificação do elemento subjetivo da infração cometida, pois entendiam que apenas na responsabilidade civil seria coerente se falar em responsabilidade objetiva, como nos precedentes (1.ª Turma) Recurso Especial 1.251.697 “a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas

últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensas ambientais praticadas por outrem”.

2. A influência da cultura na relação com o meio ambiente

Visualizar o meio ambiente não passa exclusivamente pelo meio ambiente natural. Hoje é possível se falar em meio ambiente artificial, em meio ambiente do trabalho, e também em meio ambiente cultural.

O professor José Afonso da Silva (2020) tem uma afirmação a respeito do meio ambiente, já albergada pela doutrina e também pelos tribunais, que classifica o meio ambiente em quatro espécies. São elas: i) meio ambiente natural que é o que estamos acostumados a referenciar como meio ambiente, que contempla de elementos bióticos (aqueles elementos que possuem vida – fauna e flora, por exemplo) e abióticos (que são os elementos que não possuem vida – ar, atmosfera, solo, recursos hídricos, por exemplo), que embora não possuem vida, afetam a vida de todos nós, e, sua fundamentação é encontrada no §1º, do artigo 225, da Constituição Federal; ii) meio ambiente artificial, denominado também como meio ambiente construído, que é aquele em que há uma intervenção antrópica, ou seja, há intervenção humana, como as ruas da cidade, parques, a exemplo de espaços abertos e como exemplo de espaços fechados, os teatros, museus, escolas, entre outros, que tem previsão no artigo 182, da Carta Magna, capítulo em que trata da política urbana; iii) meio ambiente do trabalho que se preocupa com a segurança e a saúde do trabalhador, ou seja, volta-se para dentro da empresa/fábrica a fim de preservar o obreiro dos gases, efluentes e resíduos, por exemplo e está previsto no artigo 200, VIII, da Constituição Federal de 1988, que é o artigo que aborda sobre o Sistema Único de Saúde; iv) e por fim, não menos importante o meio ambiente cultural, que tem previsão legal no artigo 216, da nossa Constituição Federal.

Nesse sentido, o meio ambiente cultural é sem dúvida uma espécie do meio ambiente artificial, pois, aqui referimos em patrimônios histórico, artístico, etnográfico, turístico, bens móveis e imóveis, enfim, tudo que tem um regime especial de proteção, significa dizer, que existem patrimônios materiais e imateriais, que é o caso das formas de expressão, modo de criar, fazer, viver, etc.

É importante observar aqui os instrumentos de tutela, quer dizer, os instrumentos de proteção ao meio ambiente cultural que está disposto no §1º, do artigo 216, da carta constitucional, que se dá por meio de tombamento, registro, inventários, vigilância e desapropriação entre outras formas de acatamento e preservação do patrimônio cultural ambiental.

Diante disso, essa preservação do patrimônio cultural ambiental não está sendo respeitada. Mesmo com todas essas previsões legais, o país ainda enfrenta alguns problemas ambientais culturais que poderiam ser solucionados não só pelo poder público, por legislações e sim com a consciência de cada indivíduo na sociedade. Podendo, assim, ser mais trabalhada em programas educacionais, essa importância de conservar e preservar o meio ambiente através de culturas já impostas e não aplicadas rotineiramente no nosso cotidiano.

A importância da preservação dos recursos naturais tornou-se preocupação mundial e país nenhum pode se esquivar de sua responsabilidade. Essa necessidade de proteção do meio ambiente é bem antiga e manifestou quando o homem começou a valorizar a natureza, porém, não era de maneira tão intensa como nos dias atuais. Significa dizer que só depois que o homem começou a entender a importância da fauna, flora e micro-organismos no ecossistema é que sua responsabilidade aumentou (SIRVINSKAS, 2020).

O hábito de boas práticas que objetivem a sustentabilidade deve ser implantado cada vez mais no cotidiano das pessoas. Pequenas mudanças

de comportamento quanto ao ambiente em que o indivíduo se encontra inserido faz a diferença. Seja em casa, no trabalho, num passeio em parques, rios, praias, cachoeira e até mesmo na rua, a boa prática torna-se exemplo e conseqüentemente transforma-se em bons costumes, como, aproveitar e reciclar o que pode ser reutilizado, evitar e reduzir desperdício. É necessário que a sociedade se conscientize sobre a necessidade de consumo e os padrões adotados na produção e descarte de produtos, como também aprender recusar produtos que gerem impactos significativos ao meio ambiente, assim como consumo desnecessário.

3 Entendimento jurisprudencial acerca da responsabilidade jurídica *versus* meio ambiente

Conforme estabelece o artigo de 225 da Constituição Federal de 1988, tanto pessoa física quanto pessoa jurídica têm o dever de reparar os danos ambientais. Há algum tempo, o Superior Tribunal de Justiça entendia que a tríplice responsabilidade ambiental era objetiva, isto é, somente seria necessário que apresentasse os requisitos de conduta, dano e nexa causal.

Recentemente, em 08/05/2019, a 1.^a Sessão julgou o EREsp 1.318.051/RJ que a reponsabilidade administrativa é subjetiva. A partir daí, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que tanto a responsabilidade administrativa quanto a responsabilidade penal são subjetivas, ou seja, há a necessidade de comprovar a conduta, o dano, o nexa causal e a culpa do agente. Desse modo, apenas a responsabilidade civil ambiental é entendida como responsabilidade objetiva.

Nesta decisão, o Tribunal Regional Federal demonstrou que não houve a necessidade de apresentar a culpa do agente, bastando apenas os requisitos: conduta, dano e nexa causal – Tribunal Regional Federal da 4.^a Região TRF-4 - APELAÇÃO CÍVEL: AC 5005383-39.2012.4.04.7004 PR 5005383-39.2012.4.04.7004.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. ART. 225 DA CRFB/88. TRÍPLICE RESPONSABILIZAÇÃO NA ESFERA AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL, ADMINISTRATIVA E CIVIL. RESPONSABILIDADE DA PESSOA FÍSICA E DA PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA. CÓDIGO ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA EM MATÉRIA AMBIENTAL. A Constituição da República Federativa do Brasil instituiu um regime de tríplice responsabilização na esfera ambiental, podendo a violação às normas de tutela do meio ambiente engendrar, a um só tempo, as responsabilidades penal, administrativa e civil do agente. Embora exista controvérsia doutrinária acerca do regime de responsabilização administrativa em matéria ambiental, se subjetiva ou se objetiva, o próprio legislador estadual fixou essa responsabilidade como sendo objetiva. Desnecessário perquirir a respeito de culpa ou dolo da pessoa jurídica envolvida na infração administrativa. DISTINGUISHING. RECURSO ESPECIAL Nº 1.251.697. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DA PESSOA FÍSICA. APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ÀS PESSOAS JURÍDICAS. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA NO ÂMBITO... DA LEI ANTICORRUPCAO. O precedente invocado pela recorrente não se amolda com perfeição ao caso dos autos, eis que tem por objeto a responsabilização administrativa de pessoa física. RESOLUÇÃO CONAMA Nº 273/2000. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS. POSTO DE REVENDA. PASSIVO AMBIENTAL. LEI FEDERAL Nº 9.847/99. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. Não procede a alegação de inexistência de solidariedade entre a distribuidora de combustíveis e o posto de revenda, com base em suposto excesso de poder regulamentar do Conselho Nacional do Meio Ambiente. A responsabilidade solidária, no caso, decorre de lei em sentido formal, recaindo de maneira válida sobre a apelante. POR UNANIMIDADE, DESPROVERAM O APELO (Apelação Cível Nº 70079797742, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 25/04/2019). (TJ-RS - AC: 70079797742 RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de Julgamento: 25/04/2019, Vigésima

Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/05/2019).

O Supremo Tribunal Federal abriu precedente importante no âmbito jurídico brasileiro, no que tange à ratificação do aspecto socioambiental da propriedade concernente à ordem econômica do país, na visão jurisdicional, ou através de casos concretos. Um exemplo disso foi a decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental que alude sobre a importação de pneus usados, que declarou a constitucionalidade das normas que proíbem a importação. O caso ganhou destaque depois que o Brasil foi chamado a um painel na Organização Mundial do Comércio (OMC) pela Comunidade Europeia que indagou tal proibição. A decisão do painel foi favorável ao Brasil, considerando justo o país proibir atividade lesiva ao meio ambiente, com a condição que tal proibição fosse zelado por todas as instâncias no âmbito interno (PINHEIRO, 2017).

4. Metodologia

A metodologia utilizada nesta pesquisa foi a dedutiva, com pesquisa bibliográfica e documental em doutrinas, com autores como: Luís Paulo Sirvinskas (2020), Carla Pinheiro (2017), José Rubens Morato Leite (2015) e jurisprudências, com tratamento qualitativo, pois existem leis e normas específicas que fomentam as discussões a respeito do tema, a partir dos pressupostos teóricos sobre indústrias que propicia poluição consideravelmente grande para o desequilíbrio ecológico ou grandes fazendeiros, que de forma irresponsável desmata ilegalmente áreas de preservação para a agricultura, pecuária ou qualquer atividade nociva ao meio ambiente sem que se preocupe com reparos necessários para um equilíbrio ecológico, como um reflorestamento adequado.

Considerações finais

Em vista dos argumentos apresentados, a conscientização ecológica vem cada vez mais sendo praticada. Não só pelo povo brasileiro, mas tem se tornado uma preocupação internacional. No entanto, a iniciativa privada não se atém à mudança e inovação de hábitos, uma vez que elas têm muito mais condições de fazer coisas melhores do que a Administração Pública, pois a Administração Pública possui um poder discricionário. Sendo assim, não é suficiente para atender a tantas necessidades ambientais, apenas aquelas que a lei já estabelece. A iniciativa privada poderia apresentar estratégias de ação para mudar essa realidade, pois, as políticas públicas não se restringem à Administração Pública.

A Constituição Federal, em seu artigo 225, § 3º, trata de responsabilização cumulativa, isso quer dizer que, a Carta Magna tutela o meio ambiente em três esferas, sendo a civil, a administrativa e a penal. Cada esfera tem um objetivo específico para garantir a responsabilidade ambiental, sendo a civil criada para proteger o meio ambiente através da ação civil pública contra causador do dano e tem como objetivo obrigar este a fazer ou não fazer determinado ato a depender do caso concreto. Já a esfera administrativa foi criada para aplicar multas com finalidade de evitar danos ao meio ambiente. E a esfera penal atua de maneira repressiva, significa dizer que foi criada para penalizar o agente de maneira equivalente ao dano causado.

Levando em consideração esses aspectos, a responsabilidade tripla, no princípio da responsabilidade ambiental não está consagrada apenas na Constituição Federal de 1988 pelo artigo 225, § 4º, mas, desde a Lei nº 6.938/1981, que bem no início do parágrafo 1º, do artigo 14, diferentemente das outras legislações, trata expressamente que a responsabilidade civil é objetiva, ou seja, independe da prova da culpa. Estava previsto que não haveria prejuízo da aplicação das penalidades cabíveis logo, não mais,

pois, foi revogado. Mas tinha expressamente uma lista de sanções administrativas previstas neste artigo. Mas aqui fica bem claro que, desde sempre, a reparação do dano, que é a responsabilidade civil, independe da aplicação de sanções. Significa dizer que essas responsabilidades são cumulativas. A Constituição prevê expressamente que responde também o infrator pelos danos administrativos e penais, independentemente da obrigação de reparar o dano. Portanto, é inquestionável no nosso sistema a tríplice responsabilidade ambiental.

Sendo assim, a doutrina e o próprio Superior Tribunal de Justiça consagraram a responsabilidade objetiva na forma mais extremada, que é a teoria do risco integral ou risco da atividade, onde não admite excludentes, ou seja, é totalmente favorável à proteção do meio ambiente.

Já na responsabilidade penal, é totalmente diferente, ou seja, aqui já se fala em aplicação de sanções, e quando se trata de aplicação de sanções resiste-se muito em adotar a responsabilidade objetiva. Portanto, a responsabilidade aqui é subjetiva, e está na previsão da Lei nº 9.605/98, nos crimes dolosos, e foram introduzidas modalidades culposas, que por sua vez, são os casos mais frequentes dentre os que ofendem o meio ambiente. Então, nesta modalidade o crime ambiental pode ser doloso ou culposos, com isso, admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Recentemente, a responsabilidade administrativa passou por uma reapreciação no Superior Tribunal de Justiça, onde se firmou o entendimento semelhante à responsabilidade penal, pelo menos no que se refere à aplicação de multa, ou seja, sendo sanção, a responsabilidade é subjetiva. Em outras palavras, o direito administrativo sancionador tende a seguir, neste particular, o direito penal.

Pela observação dos aspectos analisados, conclui-se que quando se fala em questões ambientais da responsabilidade civil, refere-se à sociedade de risco, que reflete diretamente na análise de interpretação, pois

existem diferenças em relação à responsabilidade tradicional no que tange ao dano, caracterização do dano, danos transfronteiriços e transtemporais, a questão do nexo de causalidade, enfim, a flexibilização da caracterização da imputação da causa e efeito, se for levado ao pé da letra, ninguém seria responsabilizado em relação à sociedade do risco, visto que seria muito difícil a prova do nexo de causalidade.

Então, um aspecto a ser observado é que apesar de tantas leis, jurisprudências, tutelas, estarem sendo discutidas, a crise ambiental está se agravando, digo, apesar de haver muita proteção ambiental no Brasil é notório o aumento do desmatamento, da poluição, do desequilíbrio ecológico como um todo e faz pensar a respeito da teoria da implementação e indagar se somente esse tipo de tutela é eficaz e necessário para um controle e garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A partir desse parâmetro, conclui-se que a responsabilidade civil não é um instrumento que por si só irá resolver a questão ambiental e sim mais um instrumento possível para isso.

Assim, uma das melhores formas de superar a crise ambiental é o cumprimento voluntário, quer dizer, se essa iniciativa fosse implantada, haveria uma conexão entre a atividade econômica, entre aquele potencial degradador, com os valores ambientais, ou até mesmo trazer o interesse econômico na proteção ambiental, isto é, o cumprimento espontâneo para que se evite o dano ambiental.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 mai. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Brasília, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 6.514, de 22 de junho de 2008.** Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Brasília, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 - **APELAÇÃO CÍVEL: AC 5005383-39.2012.4.04.7004.** PR, Relator: MARCIA INGE BARTH TESSLER, Data de Julgamento: 30/08/2019, Terceira Turma. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751473499/apelacao-civel-ac-50053833920124047004-pr-5005383-3920124047004/inteiro-teor-751473582?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 jun. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) - **AC: 70079797742 RS,** Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de Julgamento: 25/04/2019, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/05/2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/707185096/apelacao-civel-ac-70079797742-rs>. Acesso em: 16 mai. 2020.

PINHEIRO, C. **Coleção Direito Vivo - Direito Ambiental Coleção Direito Vivo - Direito Ambiental.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEITE, J. R. M. **Manual de direito ambiental.** São Paulo: SARAIVA, 2015.

SIRVINSKAS, L. P. **Manual de direito ambiental.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

O poder do agente público diante da concessão de benefícios previdenciários e assistenciais

*Larissa Canuto Soares*¹
*Abgail Guerra Lemos Neto*²
*Adriana Cruz dos Reis*³

Introdução

O presente estudo sobre a concessão de benefícios previdenciários e assistenciais segue uma linha de pesquisa acadêmica, voltada ao estado de direito e sociedade civil, tendo em vista a propositura de uma reflexão sobre a responsabilidade que tem o agente público ao conceder os benefícios em tela.

A problemática que impulsionou essa pesquisa está na existência do malfadado sistema de irregularidade em que vive o devido processo legal, praticado por agentes públicos, no âmbito administrativo previdenciário. Assim, pretendeu-se realizar uma pesquisa que visasse uma compreensão sobre as distinções e semelhanças entre os benefícios assistenciais e previdenciários, vez que estes são alvos de atos de ilicitude, promovido pelo agente público, em relação à Previdência Social.

Sabe-se que todos os cidadãos estão submetidos a uma ordem social, garantida pelo Estado Democrático de Direito que, por sua vez, também se

¹ Bacharela em Direito, da Faculdade do Cerrado Piauiense-FCP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2152665826828847>. E-mail: larissacanutosoares@gmail.com

² Licenciado em Ciências Biológicas e Bacharel em Direito, ambos pela UESPI, Especialista em Direito Ambiental, pela PROMINAS, em Gestão em Saúde, e em Gestão Educacional (Administração e Supervisão), pela UESPI, e Mestre em Educação, pela Estácio. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0726296193467985>. E-mail: abgailneto@gmail.com.

³ Bacharel em Direito, pela UFCG. Pós-graduada em Direito Previdenciário com habilitação em Docência do Ensino Superior, pelo Damásio de Jesus. Pós-graduada em Gestão Pública Municipal, pela UAB/UESPI. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4313011981707474>. E-mail: adrianacruz@hotmail.com

submete a esta. Desse modo, não importa o quão evidente esteja a irregularidade, o devido processo legal deve ser observado no âmbito administrativo previdenciário, principalmente diante do seu principal objetivo e evidentemente diante da vulnerabilidade do seu destinatário. Corroborando a esse fato, buscou-se tecer algumas considerações importantes acerca da responsabilidade que detém o agente público na concessão dos benefícios previdenciários e assistenciais, com ênfase para um ato de extrema relevância que é a concessão de um benefício assistencial quando se deveria conceder um benefício previdenciário, apontando-se os fundamentos expressos no direito, na doutrina e na jurisprudência para impugnação dessa irregularidade.

Portanto, objetiva-se de modo específico acentuar as semelhanças e diferenças entre os benefícios previdenciários e assistências; demonstrar por via de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais as consequências dos atos em excesso do agente público, diante da concessão de benefícios assistenciais, quando a este, foi solicitado um benefício previdenciário; e sintetizar possíveis soluções encontradas no ordenamento jurídico brasileiro, que possam amenizar essas situações provocadas pelo agente público.

1. Previdência social: objetivos e abrangência

A Previdência Social é um subsistema de proteção social que integra a Seguridade Social. Desse modo, é importante ressaltar que o sistema previdenciário brasileiro é composto por diversos regimes previdenciários, tem-se por sua vez o Regime Geral da Previdência Social e o Regime Próprio de Previdência Social, como também o Regime Complementar de Previdência Social Pública e o Regime Complementar de Previdência Social Privada. Nas palavras de Ibrahim (2016, p. 26):

A previdência social é tradicionalmente definida como seguro *sui gêneses*, pois é de filiação compulsória para os regimes básicos (RGPS e RPPS), além de coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os chamados *riscos sociais*. Já o regime complementar tem como características a autonomia frente aos regimes básicos e a facultatividade de ingresso, sendo igualmente contributivo, coletivo ou individual. O ingresso também poderá ser voluntário no RGPS para aqueles que não exercem atividade remunerada.

Ressalta-se, dessa maneira, que o Regime Geral de Previdência Social, está previsto no artigo 201 da Constituição Federal de 1988, regime este administrado pelo Ministério da Previdência Social (atualmente pelo Ministério da Economia), as suas prestações são concedidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), de competência privativa da União (artigo 22, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988), o seu custeio é regido pela Lei nº 8.212/1991 e quanto aos benefícios do regime Geral da Previdência Social esses são regidos pela Lei nº 8.213/1991.

Quanto à abrangência do Regime Próprio da Previdência Social estão os militares dos Estados e do Distrito federal (artigo 42, §§ 1º e 2º da Constituição Federal de 1988), os militares das forças armadas (artigo 142, §3º, inciso X, da Constituição Federal de 1988), como também os servidores públicos estatutários (titulares de cargos efetivos) cujos entes políticos os tenham instituído (artigo 40 da Constituição Federal de 1988).

Desse modo, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre previdência social (artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal de 1988) e aos municípios, compete legislar sobre assuntos de interesse local, por exemplo, o Regime Próprio de Previdência Social de âmbito municipal. Com relação à Previdência Complementar Pública e a Privada (artigo 40, §§ 14, 15, 16 e art. 202, respectivamente, da

Constituição Federal de 1988), é importante ressaltar que são previdências facultativas.

Necessita-se fazer um paralelo entre as palavras do autor Ibrahim (2016, p.26), o artigo 3º da Lei nº 8.212/1991 e art. 1º da Lei nº 8.213/1991, com isso, entende-se qual o principal objetivo da Previdência Social, compreende-se que esta busca assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção e conseqüentemente de sobrevivência, em casos de incapacidade, idade avançada, tempo de contribuição, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. Assim, o sistema previdenciário busca cobrir essas contingências sociais indicadas, que são entendidas como situações ou eventos que deixam os beneficiários sem condições de prover a própria subsistência, por meio da concessão, mediante contribuição, dos benefícios de auxílio-doença, aposentadoria por incapacidade permanente (antiga aposentadoria por invalidez), aposentadoria por idade, aposentadoria especial, salário-família, auxílio reclusão, pensão por morte.

1.1 Previdência Social e Estatuto do Idoso

É importante ressaltar que com o objetivo de regular os direitos assegurados aos idosos, foi instituída a Lei nº 10.741/2003, conhecida como Estatuto do Idoso. Sabe-se que aos idosos são assegurados todos os direitos fundamentais e essenciais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (art. 2º da Lei 10.741/2003).

Nesse diapasão, a lei estabelece que é assegurado ao idoso uma aposentadoria e pensão para que possa desfrutar com tranquilidade de tudo

aquilo construído na sua juventude. Com fulcro no artigo 29 da Lei 10.741/2003, lei que institui o Estatuto do Idoso, os benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social devem observar, na sua “concessão”, critérios de cálculo que preservem o valor real dos salários sobre os quais incidirem contribuição, nos termos da legislação vigente. Nas palavras de Garcia (2020, p. 272) “os valores dos benefícios em manutenção devem ser reajustados na mesma data de reajuste do salário mínimo, *pro data*, de acordo com suas respectivas datas de início ou do seu último reajustamento, com base em percentual definido em regulamentação, devendo ser observados os critérios estabelecidos pela Lei nº 8.213/1991”.

Destarte, frise-se que segundo o artigo 41-A da Lei nº 8.213/1991, o valor dos benefícios em manutenção deve ser reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, *pro data*, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), em se tratando do Capítulo VII (Da Previdência Social), traz como principal ponto a questão dos critérios para as bases de cálculo para pensão e aposentadoria às pessoas idosas. Porém, é importante ressaltar que esse capítulo conduz à reflexão da importância da pessoa idosa para a previdência social. Adiante também será possível notar os idosos como os maiores alvos do tema em questão.

2 Assistência social: conceito e objetivos

O artigo 4º da Lei nº 8.212/1991 frisa bem o conceito de Assistência Social, *in verbis*: “é a política social que provê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência,

independentemente de contribuição à Seguridade Social”. Em vista disso, percebe-se que a Assistência Social é um direito fundamental, de natureza humana e é dever do Estado; é um subsistema de proteção que faz parte da Seguridade Social, como bem frisa o artigo 194 da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, uma prestação essencial para a concretização dos objetivos fundamentais estabelecidos no artigo 3º do texto constitucional, quais sejam: “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

Importante ainda ressaltar que a Assistência Social é competência comum da União, dos Estados, do Distrito federal e dos municípios, pois possuem o dever de cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência (artigo 23, II, da Carta Magna); e, em se tratando das pessoas com deficiência, cabem a estes legislar concorrentemente sobre proteção e integração social destas (artigo 24, XIV, Constituição Federal de 1988).

Entretanto, falando-se em um aspecto jurídico a respeito do conceito de Assistência Social, Garcia (2020, p. 810), entende que:

[...] É um conjunto de princípios, regras e instituições que organiza e disciplina as prestações de seguridade Social direcionadas às pessoas em estado de vulnerabilidade social e econômica, com o objetivo de assegurar o mínimo existencial, independentemente de contribuição por parte do beneficiário.

Em outros termos, a Assistência Social é prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social, pois trata-se de um direito social, de natureza humana e fundamental, como se pode observar no artigo 6º da Constituição da República. Nesse enfoque, destaca-

se ainda a imprescindibilidade das prestações assistenciais para assegurar e promover a dignidade da pessoa humana, que de fato é um fundamento nuclear do Estado Democrático de Direito, estabelecido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Diferentemente da saúde, também um direito constitucional, a Assistência Social não é de fato um direito de todos, mas sim, um direito daqueles que necessitam de tais prestações para que possam garantir o mínimo para a sua existência. Desse modo, a Assistência Social tem por objetivos: a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; b) amparo às crianças e adolescentes carentes; c) a promoção da integração ao mercado de trabalho; d) a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e) a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (artigo 203 da Constituição Federal).

Com isso, a Assistência Social trabalha no enfrentamento à pobreza, trabalho esse realizado de forma integrada às políticas setoriais, garantindo aos seus beneficiários mínimos sociais e condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais.

2.1 Custeio

Como já mencionado no tópico anterior, a prestação da Assistência Social independe de contribuição do seu beneficiário, um dos pontos que a distingue da Previdência Social. Evidentemente há a necessidade de um custeio para que haja tal assistência, de modo que isto ocorra de forma direta ou indireta por toda a sociedade, mas não há exigência de que o próprio beneficiário comprove o recolhimento de contribuições para

recebê-la, exatamente pelo fato de este encontrar-se em condições de vulnerabilidade, exclusão, indigência e hipossuficiência social e econômica.

Assim sendo, o custeio da Assistência Social é oriundo dos recursos do orçamento da Seguridade Social, previstos no artigo 195 da Carta Magna, além de outras fontes (artigo 204 também do texto constitucional). Esses recursos do orçamento da Seguridade Social destinados à Assistência Social são, portanto, os chamados custeios diretos das suas prestações e ações, formados pelas contribuições para a Seguridade Social, nos termos do artigo 195 da Constituição Federal. As outras fontes formam os chamados custeios indiretos, estes são decorrentes de recursos oriundos dos orçamentos fiscais dos entes políticos da República Federativa do Brasil.

2.2 Benefício de Prestação Continuada

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) consiste em uma renda mensal equivalente a um salário mínimo, prestada aos idosos e pessoas com deficiência. A prestação de tal benefício assistencial é dada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), voltada àqueles que não possuem meios de prover a própria subsistência e nem possam ser mantidos por suas famílias. Esse benefício está amparado constitucionalmente pelo artigo 203 da Carta Magna, bem como pelas leis: Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) – Lei nº 8.742/93, em seu artigo 20; artigo 34 da lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso; e a Instrução Normativa INSS/Pres 77/2015 em seus artigos 42, §4º, 409 e 762. Em se tratando da carência, Alvez (2020, p. 180), diz:

Tratando-se do benefício assistencial, cumpre desde logo observar que não há período de carência, tampouco é necessário que o requerente seja segurado do INSS ou desenvolva alguma atividade laboral, sendo imprescindível, porém, a comprovação da hipossuficiência própria e/ou familiar.

Isso ocorre porque o benefício em questão tem como atores sociais o idoso a partir dos 65 anos de idade, a pessoa com deficiência, ambas com renda inferior a um quarto do salário mínimo.

2.2.1 Beneficiários

Sabe-se que a Assistência Social é prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à Seguridade Social, e um dos seus principais objetivos é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que não possuir meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, com base no artigo 203, inciso V da Constituição Federal de 1988 e também o artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003).

Desse modo, percebe-se que o benefício possui um caráter de enfrentamento à pobreza e garantia da proteção social, buscando promover condições que atendam as contingências sociais e a universalização dos direitos sociais e garantias constitucionais àqueles que deste necessitarem, que como instituído por lei e já mencionados.

Importante ressaltar sobre a instituição de uma pensão especial destinada às crianças com microcefalia decorrente do Zika Vírus, nascidas entre 1º de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2018, beneficiárias do benefício de prestação continuada. A referida pensão é mensal, vitalícia e intransferível, tendo o valor de um salário mínimo.

Ressalta-se ainda que nas ações em que se postula o benefício assistencial, é necessária a comprovação das condições socioeconômicas do autor por laudo de assistente social, por auto constatação lavrado por oficial de justiça ou, sendo inviabilizados os referidos meios, por prova testemunhal (Súmula 79 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais).

2.2.2 Benefício de Prestação Continuada às crianças com microcefalia decorrente do Zika Vírus

A microcefalia é uma anomalia em relação ao tamanho da cabeça do bebê que é significativamente menor que o normal. Acontece devido a um desenvolvimento anormal do cérebro, dentre as suas causas incluem infecção, desnutrição, e outros fatores, porém, aqui tratar-se-á da sua causa em decorrência do Zika Vírus.

O vírus é uma das potenciais causas para que ocorra na microcefalia em crianças ainda no ventre das suas mães. O primeiro trimestre da gestação é o mais delicado, e o que requer mais cuidados, pois é o período em que o bebê está em fase inicial de formação e período também em que anomalias como essas podem ser mais graves. Considerando o elevado número de famílias que foram afetadas no período entre os anos de 2015 e 2018, anos de maior incidência da doença no País. Nesse sentido, Santos (2020, p. 169) pontua que

O art. 18 da Lei n. 13.301, de 27.06.2016, estendeu o Benefício de Prestação Continuada temporária, na condição de pessoa com deficiência, à criança vítima de microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*. A nosso ver, a Lei nada inovou, porque a microcefalia se enquadra no conceito de deficiência independentemente de suas causas

O auxílio no valor de um salário mínimo seria concedido pelos três primeiros anos de vida às crianças com essa anomalia, o que de fato torna-se inconstitucional, uma vez que fere o princípio da isonomia, pois, o Benefício de Prestação Continuada uma vez concedido tem a obrigatoriedade de revisões periódicas, e sua cessação só ocorre se as condições da sua concessão tiverem sido alteradas.

Desse modo, não se justifica tal regra apenas para o caso em questão, principalmente levando-se em consideração que a anomalia é irreversível.

Com isso, o benefício instituído pela Lei nº 13.301/2016 foi transformado em pensão especial vitalícia pela Medida Provisória nº 894 de 04 de setembro de 2019.

2.2.3 Natureza jurídica e requisitos

Nas palavras do autor Garcia (2020, p. 833):

O Benefício de Prestação Continuada tem natureza jurídica assistencial, pois, esta busca integrar a proteção social básica no Âmbito do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), instituído pelo Ministério da Cidadania, em consonância com o estabelecido pela Política Nacional de Assistência Social (PNAS).

Destarte, é possível observar o caráter promovedor de garantia aos direitos fundamentais inerentes ao ser humano, estabelecidos na Constituição Federal, mais precisamente nos incisos do artigo 5º, de modo a notar que a sua natureza jurídica assistencial busca garantir os direitos sociais e visa também o enfrentamento à pobreza.

Conforme instituído pelo Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, em seu artigo 12, são requisitos para a concessão, a manutenção e a revisão do benefício as inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) e no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico).

Por outra, para que ocorra a concessão do benefício, é necessária uma prévia inscrição do interessado no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) e no Cadastro Único (CadÚnico), este último utilizado e válido de acordo com os prazos estabelecidos pelo Decreto 6.135/2007, que dispõe sobre Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal. Em tempo, ressalta-se a necessidade de o CadÚnico manter-se sempre atualizado.

2.2.4 Renda mensal do núcleo familiar

Considera-se núcleo familiar aqueles que vivem sob o mesmo teto, sendo, portanto, o requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, como estabelecido no art. 20, §1º da Lei nº 8.742/1993.

Para tanto, considerando que a renda familiar seja um dos fatores contribuintes para a concessão do benefício e entendidos o que seja núcleo familiar, frisa-se que é considerado incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa, com fulcro no artigo 20 § 3º da Lei nº 8.742/1993, a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo; o referido artigo prevê ainda, expressamente que, para a concessão do benefício de prestação continuada, podem ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme Regulamento.

Vale, portanto, destacar o artigo 34, parágrafo único da Lei 10.741/2003 onde prevê que o benefício de prestação continuada já concedido a qualquer membro da família (idoso) não deve ser computado para fins do cálculo da renda mensal familiar, onde inclui também a pessoa com deficiência e o idoso que recebe benefício de natureza previdenciária até um salário mínimo. Segundo Garcia (2020, p. 842)

[...] entende-se que o benefício assistencial ou previdenciário, no valor de até um salário mínimo, recebido por idoso ou pessoa com deficiência que seja membro da família, não deve ser computado para fins do cálculo da renda familiar *per capita* prevista no art. 20, § 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social, conforme interpretação do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003.

Sendo assim, havendo na mesma família, onde a renda *per capita* é insuficiente para prover a subsistência, um idoso (que recebe benefício

previdenciário, por exemplo) e um com deficiência que pede um benefício assistencial, não será computado na sua renda familiar o valor de até um salário mínimo do benefício previdenciário recebido por idoso.

2.2.5 Cessação

É estabelecido em Lei que o pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas as condições que lhe deram origem, ou em caso de morte do beneficiário (art. 21, §1º da Lei nº 8.742/1993), cumulado com o artigo 48 do Regulamento de Benefício de Prestação Continuada- RBPC (aprovado pelo Decreto nº 6.214/2007) que traz três hipóteses que incidem na cessação do benefício, quais sejam: a) nas hipóteses de óbito, de morte presumida ou de ausência do beneficiário, na forma da Lei; b) quando o beneficiário, o seu representante legal ou o seu procurador não interpusse recurso ao Conselho Regional da Previdência Social (CRPS) no prazo de 30 (trinta dias), contado da suspensão do benefício, c) quando o recurso ao RCPS não for provido.

2.2.6 Morte do beneficiário

O benefício de prestação continuada é intransferível. No entanto, o valor de resíduo não recebido em vida pelo beneficiário deve ser pago aos seus herdeiros ou sucessores, na forma da lei civil. Sendo assim, quando um beneficiário vem a óbito, não gera o direito de pensão por morte aos seus herdeiros ou sucessores (art. 23 do RBPC).

3. Como pode ocorrer a transformação dos benefícios?

A assistência social é um serviço prestado a quem dela necessitar, independe de contribuições para os cofres do governo, como exemplo, o Benefício de Prestação Continuada (BPC), pago ao idoso e ao deficiente, incapazes de prover a própria subsistência por si só ou por sua família,

desde que a sua renda não ultrapasse o valor de $1/4$ (um quarto) do salário mínimo.

Os benefícios previdenciários, são pagos por contribuições dos próprios segurados, levando-se em consideração a existência de contribuições efetuadas para esse propósito, dentre esses, têm-se aposentadorias (por idade, tempo de contribuição, incapacidade permanente), auxílio-doença, pensão por morte.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), é uma autarquia previdenciária que dentre suas funções, tem a de amparar aos seus segurados ou dependentes nos eventos de perda de renda, funcionando dessa forma como uma “seguradora social”.

Em tempos passados o legislador não detinha da mesma linha de pensamento que hoje, os conceitos se misturavam, e benefícios que tinham cunho eminentemente assistencial eram tidos como previdenciários. Felizmente, na atualidade, a ótica mudou e ficou bem mais clara a separação de cada um dos “tripés” que compõem a seguridade social (Previdência Social, Assistência Social, Saúde). Contudo, muitas vezes existe o equívoco na hora da concessão, concedendo um benefício assistencial, quando o cidadão preencheu todos os requisitos para o benefício previdenciário.

Para ter direito a alguns dos benefícios previdenciários o indivíduo precisa ter “qualidade de segurado”, ou seja, precisa estar filiado ao Regime Geral do Previdência Social e quando necessário, possuir um número mínimo de contribuições para que possa gozar desse benefício. A exceção é o segurado especial, que não precisa necessariamente ter efetuado contribuições para o INSS, mas demonstrar a atividade rural ou pesqueira exercida individualmente ou em regime de economia familiar, como previsto na Lei nº 8.212/91.

Antigamente existia o “Amparo Previdenciário” ou “Renda Mensal Vitalícia”, que exigia contribuições previdenciárias para que a pessoa

pudesse ter direito. Esse por sua vez foi extinto pelo Decreto nº 1.744/95. Ele era devido aos maiores de 70 anos de idade ou “inválidos”, que não exerciam atividades remuneradas, não tinham nenhum rendimento superior ao salário mínimo, não eram mantidos por pessoas que tinham tal obrigação, e não tinham outros meios de prover o próprio sustento. O valor era de 1 (um) salário mínimo e não dava direito a abono anual (13º salário), cessava-se com a morte do titular e não deixava qualquer resíduo. Para seu percebimento era exigido que o beneficiário tivesse sido filiado ao Regime da Previdência Social em qualquer época por no mínimo 12 (doze) meses, consecutivos ou não, ou ao regime FUNRURAL, por no mínimo 5 anos, consecutivos ou não, ou ainda que tivesse ingressado na Previdência Social após completar 60 anos de idade.

A renda mensal vitalícia foi substituída pelo Benefício de Prestação Continuada, amparado pelo artigo 203, V da Constituição Federal. Por ausência de regulamentação do dispositivo constitucional, a renda mensal criada originalmente pela Lei nº 6.179/74 continuou integrando o elenco de benefícios da Previdência Social (art. 139 da lei 8.213/91), até o advento da Lei nº 8.742/93, e sua regulamentação posterior (Decreto nº 1.744/95) que estipulou a data de 01/01/1996 como o marco inicial para requerimento e concessão do benefício assistencial (art. 40), data a partir da qual ficou sem efeito o artigo 139 da Lei de Benefícios.

Com isso, quando da extinção de renda Mensal Vitalícia e a criação do Amparo Assistencial ao idoso ou deficiente, muitos beneficiários tiveram a transformação de seu benefício (que era previdenciário, de cunho assistencial) em assistencial. Importante é ressaltar que quem recebia a Renda Mensal Vitalícia era idoso ou inválido e já havia realizado certo número de contribuições para a Previdência Social. Desse modo, percebe-se que alguns daqueles benefícios de Renda Mensal Vitalícia poderiam ser transformados em aposentadoria, quiçá, em pensão por morte.

Desse modo, os Tribunais passaram a admitir a concessão do benefício aposentadoria e até a pensão por morte quando o interessado comprova que o Instituto Previdenciário incorreu em erro administrativo ao conceder um benefício de natureza assistencial, quando o *de cujus* fazia jus a um auxílio-doença ou a uma aposentadoria por invalidez ou, ainda, outro benefício previdenciário.

3.1 Posicionamentos dos tribunais quanto às transformações de benefícios

Ante o exposto, observa-se um dos casos em que houve a transformação de um benefício assistencial em benefício previdenciário, com base na jurisprudência do TRF4, AC 5015855-33.2015.404.9999, Quinta Turma, Relator p/ Acórdão Marcelo de Nardi, juntado aos autos em 07/04/2016:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E EM PENSÃO POR MORTE. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE REJEITADA. TRABALHADORA RURAL. QUALIDADE DE SEGURADA ESPECIAL COMPROVADA. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO.

1. Havendo comprovação do evento morte, da condição de dependentes dos postulantes e da qualidade de segurado, é devida pensão por morte.
2. A jurisprudência vem admitindo a concessão do benefício de pensão por morte quando a parte interessada comprova que o Instituto Previdenciário incorreu em equívoco ao conceder um benefício de natureza assistencial, quando o finado fazia jus a um auxílio-doença ou a uma aposentadoria.
3. Ordem para implantação imediata do benefício. Precedente.

A ementa acima é cristalina ao demonstrar o posicionamento dos pretórios, no tocante à transformação de benefícios de cunho assistencial em aposentadorias e pensões por morte, quando o requerente havia preenchido todos os requisitos e a autarquia previdenciária equivocadamente lhe concedeu um benefício menos vantajoso.

3.2 Transformação de benefício assistencial em pensão por morte

Ao que tange a morte do segurado, a autora Santos (2020, p. 418) estabelece:

[...] a morte do segurado, na presunção legal, deixa desamparados os seus descendentes. Essa é a razão pela qual o direito Previdenciário dá proteção aos dependentes do segurado falecido. José Francisco Blasco Lahoz e outros esclarecem que o direito espanhol adotou o mesmo entendimento: [...] De modo que as contingências gerais que dão origem ao direito a essas prestações são a morte do trabalhador e a sobrevivência dos familiares que estavam sob sua dependência (que com ele conviviam e dele dependiam economicamente) [...].

Em outros termos, a pensão por morte tem a finalidade de substituir previamente a renda que já existia (por conta do falecido), e esses segurados a tem por direito, independente de já possuir outra renda por fruto do seu trabalho. É importante destacar que o aludido benefício independe de carência e rege-se pela legislação vigente quando da sua causa legal, pois *tempus regit actum*. Na atualidade são aplicáveis as disposições da Lei 8.213/91 com redação dada pela Lei 9.528/97, que institui:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

A Lei ainda apresenta requisitos para a concessão da pensão por morte, quais sejam: I) a qualidade de segurado do instituidor da pensão; e II) a dependência dos beneficiários. Preenchidos os requisitos e

verificando-se que o de cujus era titular de amparo previdenciário, pode ser possível a conversão em pensão por morte.

Entretanto, como alhures destacado, os pretórios vêm admitindo a outorga do benefício de pensão por morte quando a parte interessada demonstra que o agente público, representante da Autarquia Previdenciária incorreu em equívoco ao conceder um benefício de natureza assistencial, quando o *de cujus* fazia jus a um auxílio-doença ou a uma aposentadoria por incapacidade permanente (antiga invalidez) ou, ainda, a uma aposentadoria por idade.

Resta demonstrado, portanto, que mesmo no caso de óbito de titular de benefício de cunho assistencial, o que em tese seria impossível sua transmissão *causa mortis*, há possibilidades em transformar o benefício em pensão por morte, desde que comprovado o erro da previdência social, na condição do agente público, na concessão do benefício assistencial.

Metodologia

A metodologia utilizada neste trabalho é a hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental em doutrinas, com autores como: Fábio Zambitte Ibrahim (2016), Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2020), Maria Ferreira Santos (2020) e Hélio Gustavo Alves (2020) e jurisprudência, com tratamento quantitativa, pois, existem leis e normas específicas que fomentam as discussões a respeito do tema, a partir dos pressupostos teóricos sobre os benefícios previdenciários e assistências e a atuação dos agentes públicos na administração pública.

Considerações finais

Percebe-se, portanto, a evidência de que há maiores vantagens ao beneficiário da Previdência Social em relação aos beneficiários da Assistência Social. Assim sendo, saber distinguir e analisar as condições do benefício

e do beneficiário é fundamental para que não ocorra a ilicitude de haver a concessão de um benefício assistencial, vez que caberia e foi solicitado um benefício previdenciário, fato esse que ocorre e que não foge da responsabilidade do agente público responsável pela análise e concessão dos benefícios.

Todos os cidadãos estão submetidos a uma ordem social, garantida pelo Estado Democrático de Direito, que por sua vez, também se submete a essa. Deste modo, não importa o quão evidente esteja a irregularidade. O devido processo legal deve ser observado e respeitado no âmbito administrativo previdenciário, principalmente diante do seu principal objetivo e evidentemente diante da vulnerabilidade do seu destinatário.

Ao acentuar as semelhanças e diferenças entre os benefícios previdenciários e assistenciais é possível compreender o motivo da inversão dos benefícios no ato de sua concessão, levando-se em consideração que aquele que seria cabível, porém foi trocado, é bem mais vantajoso em relação ao que foi concedido, pois, ao benefício previdenciário é direito o recebimento do 13º (décimo terceiro) salário e a possibilidade de transformar-se em pensão por morte em prol dos dependentes (no caso de falecimento do titular).

Assim, cumpre salientar a necessidade de haver uma maior fiscalização em relação a essa troca de benefício, qual seja, da concessão ao segurado de um benefício menos vantajoso. Deve-se fazer cumprir o devido processo legal a fim de que se respeite a condição de vulnerabilidade do segurado, pois várias são as consequências sofridas por eles quando da troca do benefício que ele teria direito por outro menos vantajoso.

Referências

ALVEZ, Hélio Gustavo. **Guia prático de benefícios previdenciários**. 1º ed. Rio de Janeiro, ed. Forense, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília, 1988.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 03 abr. 2020.

_____. **Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007**. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso, e dá providências. Brasília, 2007. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2007/decreto-6214-26-setembro-2007-560259-publicacao-original-82934-pe.html>. Acesso em: 03 mai. 2020.

_____. **Decreto nº 6.135, de 26 de junho de 2007**. Dispõe sobre o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal e dá outras providências. Brasília, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6135.htm. Acesso em: 03 mai. 2020.

_____. **Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995**. Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, e dá providência. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1744.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências. Brasília, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 05 abr. 2020.

_____. **Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997**. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9528.htm. Acesso em 20 de abr. 2020.

_____. **Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da assistência social, e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742cons.htm. Acesso em: 03 mai. 2020.

_____. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. **Lei nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974.** Dispõe sobre o amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos, e dá outras providências. Brasília, 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16179/L10.741.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

CÂMERA, Aline; BOECHAT, Nara. **Virus zika e microcefalia.** Instituto Nacional de Saúde da Mulher da criança e do adolescente/ Fernandes Figueira. Disponível em: <http://www.iff.fiocruz.br/index.php/8-noticias/207-viruszika>. Acesso em: 20 ago. 2020.

COLUNISTA PORTAL EDUCAÇÃO. Objetivos da assistência social. **Portal educação.** Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/educacao/objetivos-da-assistencia-social/17194>. Acesso em: 30 ago. 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito previdenciário.** 3º ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Editora JusPodvm, 2020.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário.** 22º ed. Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2016.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado.** 10 ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2020.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF-4). **APELAÇÃO CIVEL: AC 5015855-33.2015.404.9999.** Porto Alegre- RS. Relator Juiz Federal MARCELO DE NARDI. Pesquisa de jurisprudência. 06/04/2016. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/382743685/apelacao-civel-ac-50158553320154049999-5015855-3320154049999/inteiro-teor-382743731>. Acesso em: 03 jun. 2020.

Feminicídio como qualificadora do homicídio e a (in)eficácia da Lei Maria da Penha

*Larissa Regina da Cruz Silva*¹

*Waldir da Silva Pinto*²

Introdução

A organização patriarcal pela qual a sociedade se organiza estabeleceu uma hierarquia entre homens e mulheres, transferindo ao sexo feminino um papel social de inferioridade com o objetivo de garantir a preservação do controle sobre os corpos e as vidas das mulheres. Quando essa violência se compõe de marcadores sociais como: cor, classe social, etnia ou religião, caracteriza-se a violência de gênero. Na presença desta violência, a que se encontra no ponto mais extremo é o feminicídio, objetivo principal do presente estudo.

O método utilizado neste trabalho foi o lógico-dedutivo, observando para isso o posicionamento de conceituados doutrinadores, além das leis e estatutos, no entanto, o estudo das normas legais não denota o intuito de apresentar ou discutir todas as inovações legislativas que circundam o tema, uma vez que o objeto abordado neste estudo possui condições de estabelecer os critérios necessários para a compreensão do que se propõe.

¹ Pós-graduada em Direito e Processo Penal pela Faculdade do Leste Mineiro - FACULESTE; Bacharela em Direito pela Faculdade Dom Pedro II - UNIDOM.

² Bacharel em Administração pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR. Pós-graduado em Gestão de Pessoas pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/PRÓ-SABER. Acadêmico do Curso de Direito na Universidade Estadual do Piauí - UESPI e integrante do Grupo de Pesquisa MAJI - Memória, Acesso à Justiça e Identidade dos Povos do Campo. Amante do Direito e questionador de seus reflexos nas relações entre os sujeitos. Por esse motivo, busco compreender a influência da ordem jurídica, como ordem imaginada, na consciência coletiva. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1879113687382884>. E-mail: waldir.mmn@gmail.com.

Portanto, constitui objetivo do presente artigo a análise da aplicabilidade da Lei Maria da Penha e sua eficácia, analisando a necessidade da elaboração da Lei nº 13.104 de 09 de Março de 2015 (Lei do Feminicídio), uma vez que com a introdução desta, alterou-se o art. 121 do Código Penal, para incluir o feminicídio entre as circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio, especificamente no § 2º, inciso VI do referido artigo, bem como no rol dos crimes hediondos, previstos no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.072 de 25 de Julho de 1990.

Nesta seara, analisar-se-á nas cinco partes componentes do estudo, que partem das premissas históricas à conjuntura social hodierna, o possível alcance dos objetivos propostos pela novel figura jurídica, a saber, contribuir para o avanço da política nacional de enfrentamento à violência de gênero no país.

1. Aspectos históricos acerca da violência de gênero

“A violência é um produto da história [...]” (MYNAIO, 2003, pág. 25). Por este motivo, é notório que a mesma varia de acordo com cada época histórica e organização social, indicando realidades diversas. No que concerne, especificamente, à violência contra as mulheres, é importante destacar o livro “O martelo das bruxas”, obra do século XV, que nada mais era do que um manual do inquisidor utilizado durante a inquisição, escrita pelos padres Jacob Sprenger e Heinrich Krämer:

O *Malleus* é o livro mais misógino que já foi escrito. Afirma a inferioridade biológica e intelectual da mulher, por ter sido criada a partir de uma costela curva do peito do homem e que, por isso, contrasta com a retidão deste. (...) O *Malleus* inventa uma etimologia da palavra *feminino* (que na realidade deriva do sânscrito: *amamentar*) e a faz derivar de *menos fé* (*fé e menos*); a mulher é inferior, mais débil, e portanto tem menos fé. (...) Nos dias de festa, o diabo tem mais oportunidade de tentar, porque quando a pessoa trabalha está ocupada e tem menos tentações. (...) O diabo engana os sentidos daqueles que

cedem à libido (ZAFFARONI, 2011, p. 31 ss apud FABRETTI; SMANIO, 2019, p. 114, grifos do autor).

Lola Anyar de Castro explica que no “*Martelo das bruxas*” estão presentes:

1. Uma teoria criminológica: a) quem são os maus (neste caso, as bruxas), e quem são os bons (os inquisidores); b) uma pluricausalidade: a debilidade biológica das mulheres, o diabo e o Poder Divino em ação; c) o estereótipo de minorias sexuais como causadoras dos males sociais; d) a deslegitimação de quem não considere as bruxas como perigosas, e que, portanto, desafie o poder; 2. Uma teoria processual, criminalística e penalógica: a inquisição; 3. Uma Política Criminal baseada na eliminação física daqueles que usurparam o poder do saber, e se opuseram ao poder imperante. Fato que, pelos milhares de mulheres que foram exterminadas em virtude desse processo, determinou talvez o maior feminicídio da História (CASTRO, 2013. p. 29 apud FABRETTI; SMANIO, 2019, p. 113).

A finalidade desta breve introdução acerca dos aspectos históricos da violência contra a mulher é tentar destacar a abrangência que circunda o assunto, que se promulga de diversas maneiras e por sujeitos distintos. Tendo em vista esta complexidade, é de fato imprescindível que antes de adentrarmos no tema delimitado inicialmente, seja feita essa visão pretérita para que não se vislumbre o risco de pendermos para formulações generalistas que emergem de relações sociais às quais se transformam ao longo do tempo.

1.2 A violência doméstica no Brasil e a construção da Lei Maria da Penha

Ao se tratar da violência doméstica no Brasil, diversos avanços são perceptíveis, como a criação de órgãos de defesa para mulheres que sofreram violência, assim como, a criação das Delegacias da mulher, abrigos, atendimento especializado em centros, além de campanhas nacionais de

conscientização da violência doméstica, que ganhou força na década de 80 (PIOVESAN, 1998).

O Brasil passou a ser signatário da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, sendo esta convenção ratificada em 01 de fevereiro de 1984, ratificando também em 27 de novembro de 1995 a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, mais conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, ambas com objetivo de proteger, extinguir e conscientizar sobre a violência doméstica contra a mulher (PIOVESAN, 1998).

A Carta Magna de 1988 veio garantir proteção contra as diversas formas de violência, sejam elas relativas à raça, cor, sexo ou classe social. Apesar do art. 5º da Constituição Federal estabelecer que todos são iguais, ainda se observa a existência de uma grande distinção entre homens e mulheres.

Diante dessa realidade, Piovesan afirma:

Há, portanto, a urgente necessidade de saneamento da ordem jurídica brasileira, com a imediata eliminação das normas discriminatórias que esvaziam e restringem o alcance de dispositivos normativos avançados. A prevalência da Constituição Brasileira e dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos da mulher impõe a revogação de toda normatividade ordinária com ela incompatível, eliminando-se, assim, obstáculos decorrentes de uma mentalidade discriminatória, hierarquizada com relação aos gêneros, que constrói um papel socialmente definido para os homens e mulheres (PIOVESAN, 1998, p. 156).

Alguns documentos se destacaram após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, entretanto, o marco pátrio de proteção contra a violência doméstica foi a denominada Lei Maria da Pena (Lei 11.340/2006), que surgiu em face da denúncia realizada por uma farmacêutica chamada Maria da Penha Fernandes, que ficou paraplégica após diversas tentativas de

homicídio cometidas por seu companheiro. O diploma legal em comento, além da mudança de paradigma inserida na sociedade, deixou de considerar as agressões domésticas como simples casos de menor potencial ofensivo, enquadrados na Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), bem como instituiu as chamadas medidas protetivas de Urgência.

2. Femicídio no ordenamento jurídico penal brasileiro como forma qualificadora do homicídio

Segundo a socióloga Eleonora Menicucci, “[...] feminicídio é um crime de ódio e seu conceito surgiu na década de 1970 para reconhecer e dar visibilidade à morte violenta de mulheres resultante da discriminação, opressão, desigualdade e violência sistemáticas” (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2017, p. 11). Ao longo de quatro décadas o conceito foi ganhando força entre ativistas, pesquisadoras e organismos internacionais. Mas só recentemente o feminicídio passou a ser incorporado às legislações de diversos países da América Latina – inclusive do Brasil, com a sanção da Lei nº 13.104/2015, que visa tirar essas raízes discriminatórias da invisibilidade e coibir a impunidade

O dispositivo legal em comento surgiu da necessidade de criação de uma lei que pudesse tipificar o crime de homicídio contra mulheres em situações específicas e dar ao Estado a responsabilidade pela ação/omissão da convivência pela persistência da violência doméstica após a ineficácia dos resultados esperados pela Lei Maria da Penha. Esse é o contexto em que foi sancionada a lei 13.104/2015 que incluiu entre as circunstâncias qualificadoras do homicídio e no rol dos crimes hediondos, o Femicídio (homicídio praticado contra mulher por razões da condição de sexo feminino).

Diferente do Femicídio que significa o assassinato de uma mulher, o Feminicídio é o assassinato de uma mulher especificamente por razões da condição de sexo feminino, é aquele homicídio praticado nas situações

abarcadas na Lei 11.340/2006, por aquela pessoa que a mulher vítima tenha mantido ou mantenha vínculos de qualquer natureza. Podendo o autor, a depender da situação fática, ser até mesmo outra mulher. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, por exemplo, pela aplicação da lei diante da agressão das filhas contra a mãe:

1. Nos termos do artigo 5º, inciso III, da Lei 11.340/2006, é possível a caracterização de violência doméstica e familiar nas relações entre filhas e mãe, desde que os fatos tenham sido praticados em razão da relação de intimidade e afeto existente. 2. Na hipótese dos autos, tanto o magistrado de origem quanto a autoridade apontada como coatora consignaram a existência de vulnerabilidade a que estava sendo submetida a mãe em relação às filhas agressoras, circunstância que justifica a incidência da Lei Maria da Penha” (HC 277.561/AL, DJe 13/11/2014).

Nesta conjuntura, é possível observar que a abertura material para abarcar situações diversas demonstra o nível de conexão desta norma com as relações humanas e a urgente necessidade de controlar as situações em que a violência se manifesta.

3. (In)eficácia da Lei Maria da Penha

Em pesquisa realizada pelo DataSenado em junho de 2017, ainda que 100% das entrevistadas já tenham pelo menos ouvido falar da existência da Lei Maria da Penha, a maioria delas (77%) afirma ter pouco conhecimento acerca da referida lei. Ou seja, apesar de haver legislação que proteja as mulheres, muitas ainda não sabem quais são seus direitos e quais medidas protetivas podem requerer caso se encontrem em situação de violência doméstica (SENADO, 2017). Ademais, muitas vezes, por falta de profissionais e pelo abarrotamento do sistema judiciário brasileiro, as medidas protetivas não são decididas no prazo estipulado pela lei (48

horas), e quando são, ainda pode haver demora na notificação do agressor, o que faz com que o risco de reincidência das agressões aumente.

Dessa forma, ainda que as medidas protetivas sejam deferidas no tempo previsto, a eficácia destas esbarra na falta de fiscalização de seu cumprimento, pois não há efetivo suficiente para o policiamento frequente e o atendimento contínuo às ofendidas a fim de assegurar que os agressores não voltarão a violentá-las. A polícia não tem estrutura para acompanhar e dar suporte a todos os casos de violência contra a mulher, faltando desde servidores até viaturas para viabilizar esse tipo de fiscalização.

Consequentemente, apesar do teórico amparo Estatal por meio das medidas protetivas, as mulheres continuam em situação de risco e isso decorre do descumprimento das mesmas por parte dos agressores. Não raras vezes ocorre o assassinato em descumprimento das medidas protetivas de urgência, como no caso que motivou uma denúncia realizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, a título de exemplo, no qual a vítima, mesmo após a concessão da medida protetiva acabou sendo assassinada pelo ex-companheiro.

As medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e as que protegem a ofendida são tratadas separadamente em três dispositivos da Lei 11.340/2016: arts. 22, 23 e 24. As medidas elencadas nesses dispositivos são adjetivadas pelo legislador como de urgência. Analisando as cautelares em geral, salienta Antonio Scarance Fernandes que “são providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, evitando que se realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa” (FERNANDES, 2005, p. 311). No que se refere aos casos que envolvem violência de gênero, a urgência destoada da eficácia se torna inócua.

4. Mais uma tentativa: o problema reside na vertente legislativa?

Após uma série histórica de atividade legislativa intensa visando o combate à violência contra a mulher, a ineficácia das medidas protetivas de urgência ficou evidenciada a partir do momento em que surgiu a necessidade de criminalizar seu descumprimento, bem como aumentar a pena do crime de feminicídio quando proveniente do descumprimento dessas medidas, o que ocorreu com a edição das Leis 13.641/2018 e 13.771/2018, respectivamente.

Muito se debateu a respeito da caracterização do crime de desobediência em virtude do descumprimento das medidas protetivas estabelecidas pela Lei Maria da Penha. Não eram poucos os que advogavam a tese de que descumprir medida protetiva imposta por decisão judicial nada mais era do que desobedecer a uma ordem legal de funcionário público. Esta orientação, todavia, não encontrou ressonância no STJ, que, considerando a natureza progressiva das medidas protetivas, que poderiam evoluir até mesmo à prisão preventiva caso as mais brandas se mostrassem insuficientes para proteger a vítima, vinha afastando o crime (HC 338.613/SC, DJe 19/12/2017).

Note-se, no entanto, que a entrada em vigor da Lei 13.641/2018 pôs fim à celeuma: insere-se na Lei 11.340/2006 um tipo penal específico para punir a desobediência a decisões judiciais que impõem medidas protetivas. De acordo com o art. 24-A da Lei 11.340/2006, pune-se com detenção de três meses a dois anos a conduta de descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas na mesma lei.

Percebe-se que com a vasta normatização acerca do tema, inocuízada pela falta de eficácia, vivencia-se no Brasil, quando se trata da violência de gênero, o Direito Penal Simbólico. Nesta senda, entrou em vigor no dia 03 de abril 2020 a Lei 13.984 que altera o art. 22 da Lei Maria da Penha, para

estabelecer como medida protetiva de urgência a frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial. Neste sentido, é interessante o desabafo centrífugo do Promotor de Justiça Rogério Sanches Cunha, quando divulga que “trabalhando há anos em casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, reconheço o seguinte: medidas protetivas são eficazes apenas para CACHORROS QUE LATEM, MAS NÃO MORDEM. Para os que MORDEM, somente a clausura (prisão)” (SANCHES, 2020, grifos do autor).

O Brasil teve um aumento de 7,3% nos casos de feminicídio em 2019 em comparação com 2018, aponta levantamento feito pelo G1 com base nos dados oficiais dos 26 estados e do Distrito Federal. São 1.314 mulheres mortas pelo fato de serem mulheres – uma a cada 7 horas, em média. No primeiro semestre de 2020, ao menos 648 mulheres foram vítimas de feminicídio. O índice representa aumento de 1,9% em relação ao mesmo período, de janeiro a junho, de 2019. Os dados divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública - FBSP dão conta de que a quarentena imposta pela pandemia do coronavírus pode ter influenciado o cenário. Neste contexto, ainda é preciso destacar as subnotificações, uma vez que ainda há confusão entre feminicídio e homicídio de mulheres.

Neste contexto se denota a falibilidade do Estado, uma vez que os índices de violência contra a mulher, feminicídios, recebimento de denúncias, medidas protetivas concedidas, somente aumentaram com o passar dos anos, mesmo após a vasta legislação e evolução jurisprudencial acerca do assunto, posto que o Estado se encontra inerte. Para tentar sanar essa pane no sistema de aplicação da justiça criminal, são notórias as recentes alterações legislativas e ativismo judicial por parte dos tribunais superiores, contudo, apesar de todo esse esforço ainda é preciso estabelecer na consciência coletiva o sentimento de cooperação com vistas à solução do problema da violência de gênero no Brasil, pois apesar do

ordenamento jurídico pátrio ser regido pelo direito positivado, no caso em apreço está demonstrado que o mero inchaço legislativo não trará o resultado almejado.

Considerações finais

Os dados aqui analisados buscaram resgatar a história da violência contra a mulher e contextualizar os reflexos sociais hodiernos. Observando, a partir do progresso jurídico-social, a necessidade de criação de mecanismos de controle, surgindo assim, como marco, a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Contudo, percebe-se que o atual modelo de aplicação da referida lei não reflete o sentido protetivo que norteou sua criação. A partir dessa reflexão, a eficácia do referido diploma normativo passou a ser questionada, uma vez que a inércia que culmina dos reiterados casos de impunidade tem acarretado o descrédito social.

Na tentativa de sanar a dissonância exposta alhures, em 09 de março de 2015 foi sancionada a Lei 13.104, denominada Lei do Feminicídio, que altera o artigo 121 do Código Penal e estabelece sanções mais rigorosas a quem assassina mulheres pelo simples fato de serem mulheres. Não sendo ainda suficiente, surgiu a necessidade de criminalizar o descumprimento das medidas protetivas, bem como aumentar a pena do crime de feminicídio quando proveniente do descumprimento das mesmas, o que ocorreu com a edição das Leis 13.641 e 13.771, ambas de 2018. Contudo, os números demonstram que, até agora, a importante interferência legislativa, por si só, não tem sido capaz de se quer amenizar o problema.

Tendo em vista a inflação legislativa relacionada ao tema, concluo, assim, que a ineficácia da Lei Maria da Penha, bem como de todo arcabouço legal que se refere à violência de gênero, não encontra abrigo na seara legal, pois está conexas com a inoperância do poder público no que diz respeito ao binômio aplicação/fiscalização. Visto que a legislação

atende aos anseios da sociedade, porém, o Estado não é capaz de criar os mecanismos necessários à sua efetivação.

A partir do momento em que os imperativos legais saírem da estante onde são exibidos ao público e passarem a integrar efetivamente a dinâmica social, será iniciada uma nova era de respeito aos direitos e garantias fundamentais do público feminino.

Referências

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. Brasil teve 648 casos de feminicídio no primeiro semestre de 2020. IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: [https://www.ibdfam.org.br/noticias/7853/Brasil+teve+648+casos+de+femic%C3%ADdio+no+primeiro+semestre+de+2020#:~:text=Ao%20me nos%20648%20mulheres%20foram,a%20junho%2C%20no%20ano%20passad o](https://www.ibdfam.org.br/noticias/7853/Brasil+teve+648+casos+de+femic%C3%ADdio+no+primeiro+semestre+de+2020#:~:text=Ao%20me nos%20648%20mulheres%20foram,a%20junho%2C%20no%20ano%20passad o.). Acesso em: 03 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.984, de 3 de abril de 2020**. Altera o art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13984.htm. Acesso em: 05 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.641, de 3 de abril de 2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13641.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.771, de 19 de dezembro de 2018**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13771.htm.

CAESAR, Gabrilea; REIS, Thiago; VELASCO, Clara. Mesmo com queda recorde de mortes de mulheres, Brasil tem alta no número de feminicídios em 2019. G1, Monitor da violência. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/03/05/mesmo-com-queda-recorde-de-mortes-de-mulheres-brasil-tem-alta-no-numero-de-femicidios-em-2019.ghtml>. Acesso em 06 jan. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. Texto publicado em formato de imagem. Instagram. Publicado em 02 de jan. 2021. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CJiky9YF-Fs/?igshid=thn1u2f8qxvx>

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

INSTITUTO DE PESQUISA DATA SENADO. Observatório da Mulher Contra a Violência. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. Pesquisa DataSenado, Junho/2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>. Acesso em: 21 dez. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)** – vol. 1 / Cleber Masson. – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MINAYO, Maria Cecília de S. **A inclusão da violência na agenda da saúde: trajetória histórica**. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 11 (Sup.), p. 1259 – 1267, 2003.

OLIVEIRA, Sheila. Uma mulher é morta a cada nove horas durante a pandemia no Brasil. Brasil de Fato. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/10/10/uma-mulher-emorta-a-cada-nove-horas-durante-a-pandemia-no-brasil>. Acesso em: 03 jan. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito penal: parte geral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 114.

STJ. HC 277.561/AL, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 13/11/2014.

STJ. HABEAS CORPUS N. 338.613-SC (2015/0257928-7), Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro. DJe 19/12/2017.

1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CAXIAS DO SUL - 010/2.14.0004466-6 (CNJ 0015188-56.2014.8.21.0010) -JUSTIÇA PÚBLICA X E. L. G. DA S. X J.R. (PP. E. A. R. D.). Data de tramitação: 04/04/2014 a 08/02/2019.

Os paradigmas no âmbito jurídico brasileiro sobre o impacto social da Lei nº 13.104/2015

Zenaide Lemos Ribeiro ¹
Abgail Guerra Lemos Neto ²
Valdenor Ferreira dos Santos Júnior ³
Francisco Atualpa Ribeiro Filho ⁴

Introdução

Com essa roupa você tá pedindo pra ser estuprada! Se eu te pego com outro te mato! Se você me largar eu mato você e o outro! Você não vai ter paz! Essas narrativas perseguem não somente o imaginário popular brasileiro, mas muitas relações conjugais e domésticas. Desse modo, a violência contra a mulher não é mais aceita com a normalidade como outrora se observava e a sociedade tem cobrado a criação de instrumentos jurídicos que oferecem a proteção necessária ao gênero feminino. Diante disso, a Lei nº 13.104/2015, tem como objetivo asseverar a aplicação de penas e tentar reduzir o atentado contra esse público.

O histórico desse dispositivo legal teve início em 2012 por meio de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade do Cerrado Piauiense-FCP. E-mail: zenaidelrz@gmail.com

² Licenciado em Ciências Biológicas e Bacharel em Direito, ambos pela UESPI, Especialista em Direito Ambiental, pela PROMINAS, em Gestão em Saúde, e em Gestão Educacional (Administração e Supervisão), pela UESPI, e Mestre em Educação, pela Estácio. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0726296193467985>. E-mail: abgailneto@gmail.com.

³ Graduado em Bacharelado em Direito e em Licenciatura Plena em Física, ambos pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Especialista *Lato sensu* em Direito Administrativo, pela Faculdade Integradas de Jacarepaguá, FIJ. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6203558575944870>. E-mail: valdenorjunior@bol.com.br

⁴ Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Piauí; Licenciado em Filosofia pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Bacharel em Administração Pública pela Universidade Estadual do Piauí. Especializações em: Docência do Ensino Superior (UNOPAR); Gestão Pública Municipal (UESPI); Gestão Educacional em Rede EaD (UFPI); Licenciando em Letras Portuguesas pela Estácio. Atualmente é orientador do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da FCP e professor efetivo da SEDUC-CE. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1491096614911103>. E-mail: farf25@gmail.com.

Mulher (CPMI-VCM) que investigou a violência contra as mulheres nos entes da federação, entre março de 2012 e julho de 2013, tendo como relatora a Senadora Ana Rita. Ao final da emissão do relatório da referida senadora encaminhou relatório favorável ao Projeto de Lei nº 292/2013 para o Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, cujo teor apontava a relevância qualificadora no tocante à visibilidade ao crime contra a mulher, simplesmente pelo fato de ser mulher. Assim, o PL foi redistribuído para a Senadora Gleisi Hoffmann, tendo em vista a saída da Senadora Ana Rita da CCJ. Assim, a Presidente Dilma Rousseff fazendo uso de suas atribuições em 09 de março de 2015 promulgou a Lei nº 13.104.

Desta forma, a Lei do Feminicídio, como é conhecida, transforma em hediondo todo crime violento cometido contra as mulheres. No entanto, a legislação não garantiu o decréscimo nos índices de feminicídio, o que se percebeu foi um aumento devido à resistência das mulheres, denotando que tais alterações no ordenamento jurídico, deve implicar transformações culturais frente a esses avanços. Dessa forma, faz-se necessário analisar e refletir sobre os índices de violência após a promulgação da lei.

Este trabalho tem como escopo o estudo sobre o impacto social frente à Lei nº 13.104/15 e segue uma linha de pesquisa, associada ao estado de direito, violência e segurança pública, tendo em vista sua relação com o feminicídio. Nesse sentido, tal tipificação criminal se relaciona à tentativa ou assassinato de uma mulher, tendo como fator potencializador sua condição de gênero, motivadas pelo ódio, pelo desprezo ou devido à falta de autonomia de seus bens como imóveis, movimentação financeira e, ainda, a tutela de seus filhos. Justifica-se, portanto, a presente pesquisa, pela necessidade de compreensão da Lei nº 13.104/15 que alterou o Código Penal Brasileiro, tendo ainda seu respaldo no texto Constitucional.

Utilizou-se como metodologia de cunho bibliográfico, tendo como pressupostos a análise crítico-reflexiva de artigos, doutrinadores,

jurisprudências e dados estatísticos disponíveis em órgãos internacionais e nacionais. Com isso, o trabalho visa apresentar um apanhado histórico do tema de forma mundial e no Brasil, expor o que a lei brasileira diz acerca do feminicídio, refletir sobre o conceito de feminicídio e suas repercussões doutrinárias, identificar as espécies de feminicídio.

1. Contextualização sobre o feminicídio no Brasil e no mundo

Ao longo da história o termo mulher⁵ evoluiu, possibilitando várias dissonâncias, o que obstaculiza a discussão acerca da temática em questão. Por isso, faz-se necessário distinguir entre os conceitos de sexo, sexualidade e gênero. O primeiro diz respeito ao binarismo macho-fêmea, e é biologicamente definido pelo órgão reprodutor com o qual nasceu. Já a sexualidade tem como características norteadoras os comportamentos sexuais o que se denomina de atração sexual, como por exemplo, do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade), ambos os sexos (bissexualidade) ou nenhum (assexualidade). Assim, a expressão gênero, refere-se comumente à classificação binária homem-mulher, o que não se relaciona à atração sexual ou ao sexo, mas a uma identificação individual.

São várias as definições da palavra “mulher” no contexto sociocultural. Para algumas é ser independente, é ter liberdade de escolher, direito a voz, sem que sofra qualquer tipo de retaliação, têm ainda as que valorizam a coragem, a sensibilidade, e as que se destacam por suas conquistas como brasileira Maria da Penha que mentora da lei homônima nº 11.340/2006, expoente e referência mundial na proteção da violência

⁵ Neste Trabalho de Conclusão de Curso, o vocábulo mulher será atribuído à indivíduos cisgêneros, ou seja, a condição da pessoa cuja a identidade de gênero corresponde ao gênero que se atribuiu ao nascimento da pessoa, pois, o termo cisgênero é oposto ao termo transgênero. Assim, uma mulher que nasceu como mulher e se percebe como mulher, é um indivíduo cisgênero. Entretanto, entende-se que as mulheres trans são vítimas e necessitam de amparo e proteção, haja vista que no Brasil a população LGBTQIA+ é dizimada diariamente.

contra a mulher. Desse modo, faz-se urgente refletir e enfrentar o preconceito que é constante e luta pelo fim da violência em prol de uma sociedade equitativa.

1.1 Aspectos Conceituais sobre o Femicídio

Nas palavras de Paviani (2007, p. 08), “a violência pode ser natural ou artificial. No primeiro caso, ninguém está livre da violência, ela é própria de todos os seres humanos. No segundo caso, a violência é geralmente um excesso de força de uns sobre outros”. Na perspectiva histórica as tipificações de violência se transformaram dando origem a diversas classificações como as revoluções a guerra, a revolução, o terrorismo, o genocídio, o assassinato, o crime organizado, a violência urbana, a violência contra a criança, contra o adolescente, contra a mulher; o estupro, o assédio sexual, o bullying, o vandalismo.

O termo *femicide* conforme Wânia Pasinato (2011) foi empregado pela primeira vez numa conferência em Bruxelas por Radford e Diana Russel expoentes no debate em 1976 sobre a temática no Tribunal Internacional de Crimes contra as Mulheres. Nesse sentido, seria traduzido como femicídio, isto é, consiste no equivalente ao homicídio de mulheres, seria um termo neutro, implicando a análise de todas as mortes sem especificidades.

No entanto, a ativista e antropóloga, Marcela Lagarde esclarece que femicídio transcende a neutralidade do discurso, pois expressa o conjunto de violações aos direitos humanos das mulheres que abarcam os crimes e as truculências, desaparecimento de mulheres e devem ser considerados crimes contra a humanidade. Assim, “[...] verifica se quando o homicídio é cometido contra mulher por razões da condição de sexo feminino, entendendo-se como tal, o crime que envolve violência doméstica e familiar, bem como menosprezo ou discriminação à condição de mulher

(PASCHOAL, 2015, p. 217-219). Tal conceito se tornou consensual entre os países latino-americanos.

De acordo com Renata Bravo “diversas são as definições de feminicídio, sendo que há uma diferenciação entre as autoras que usam o termo femicídio e aquelas que usam feminicídio, sendo este o escolhido para o estudo em questão, todavia, embora existam tais controvérsias entre conceitos e termos, é certo que as teorias possuem um único objetivo: analisar as mortes sexistas de mulheres e buscar romper com esse ciclo vicioso de violência de marcações dos corpos delas (BRAVO, 2019, 86). Com isso, o feminicídio é um qualificador do crime de homicídio motivada pelo ódio contra as mulheres ou crença de inferioridade da mulher, caracterizado por circunstâncias específicas nas quais o pertencimento ao sexo feminino é central na prática do delito.

1.2 Feminicídio no Contexto Mundial e Brasileiro

Além de uma cultura geral de violência, que subsiste na sociedade brasileira e mundial, os assassinatos de mulheres são fortemente impactados por uma cultura machista e patriarcal, em que o valor da vida da mulher é considerado menor e na qual a mulher é vista como propriedade do homem, como objeto a ser apossado ou descartado, conforme a conveniência masculina. Estatisticamente, o Brasil é um dos países, onde os índices de atentado contra a vida das mulheres crescem a cada ano. Conforme, a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe por meio de seu Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe vinculado à Organização das Nações Unidas, o Brasil ocupa a quinta posição ficando atrás apenas de El Salvador, Honduras e Guatemala) e na República Dominicana (CEPAL, 2019).

Em pesquisa anterior pode-se constatar que 5 mil mulheres eram assassinadas ao ano no Brasil, que ocupava o 7º lugar no ranking

internacional de 84 países sobre esse tipo de crime (ONU, 2010). Nesse sentido, o Brasil caminha para assumir a liderança no ranking de crimes contra a mulher. O que se percebe é um crescimento exponencial da taxa desse tipo de crime. No Brasil a taxa de feminicídios passou a ser de 4,8 para 100 mil mulheres – a quinta maior no mundo, segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS, 2019), sendo que em 2015 foram registradas 4,4 mortes para cada 100 mil brasileiras. O estado de Roraima lidera a lista com o dobro de casos: 11,4 homicídios (OECD, 2016). Assim, mesmo o Brasil tendo uma lei como referência para o combate contra esse tipo de crime persiste uma cultura feminicida, o que demonstra a ineficácia desse dispositivo dado o sentimento de impunidade que paira sobre os agressores.

De acordo com o Atlas da Violência (2019) outro fator atenuante é a cor da pele, pois enquanto entre as mulheres negras a taxa de homicídio ficou em 5,3 por grupo de 100 mil em 2016, entre as não negras, englobando brancas, amarelas e indígenas, a taxa foi de 3,1, uma diferença de 71%. Em contraposição com dados aferidos pelo o Mapa da Violência, elaborado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO, 2015), aponta um aumento de 54% em dez anos no número de homicídios de mulheres negras, passando de 1.864, em 2003, para 2.875, em 2013. No mesmo período, a quantidade anual de homicídios de mulheres brancas caiu 9,8%, saindo de 1.747 em 2003 para 1.576 em 2013. O assassinato de mulheres cresce em proporções maiores que a de homicídios. Enquanto o masculino cresce 8%, os casos de feminicídios crescem 17% (IPEA, 2019). E foi diante desse panorama assustados que se viu a necessidade de uma alteração no Código Penal para regulamentar apenas casos de homicídio que envolvam mulheres.

Desse modo, tais índices contribuem para a comprovação que o Sistema de Segurança Pública Brasileiro não conseguiu implementar

efetivamente os procedimentos⁶ que a Lei nº 11.340/2006 postula. Lucas Antunes Leão (2019, p. 189) afirma que “temos um problema mais profundo de desigualdade entre homens e mulheres, sendo que, os primeiros, quando praticam um crime são motivados menos pelo ‘ódio’ e mais pela cultura de que a mulher não deve sair da sua posição mais submissa”. Nessa perspectiva, observa-se com essas estatísticas que a discussão ultrapassa a esfera legal, repercutindo, assim, no âmbito sociocultural.

2. Da tramitação à Lei 13.104/2015

No que diz respeito à violência praticada contra a mulher, Greco (2015) destaca vários fatores, a saber: a impunidade dos agressores, o silêncio das mulheres agredidas, a suposta inferioridade das mulheres e a transformação das vítimas em suspeitas. A violência doméstica e familiar contra a mulher é uma verdadeira afronta aos direitos e garantias fundamentais da mulher, direitos esses que foram conquistados ao longo dos anos.

O percurso para a composição da Lei 13.104/2015 teve seu início em 2012 com a instauração de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre a Violência contra a Mulher (CPMI-VCM), cuja relatoria foi protagonizada pela Senadora Ana Rita. Nesse sentido, como apresentou-se no Relatório Final da CPMI: “a finalidade foi de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência” (CPMI-VCM, 2013). Diante disso, Angelin e Martins (2019, p. 07) esclarecem que:

⁶ Sugere-se ao leitor para mais informações sobre tais procedimentos e para ampliação das chaves reflexivas sobre o referido dispositivo legal a análise dos artigos 13 ao 17 do Título IV: dos procedimentos - Capítulo I - Disposições Gerais da Lei nº 11.340/2006.

Parece estar naturalizado na cultura popular e jurídica o fato de que as mulheres merecem ter seus corpos violentados por não se adequarem a padrões patriarcais de dominação e exploração impostos ao longo dos séculos, autorizando os homens a agredi-las e até matá-las. Assim sendo, não é novidade que a violência doméstica e familiar contra as mulheres vem gerando um crescente cenário de homicídio no Brasil.

O Relatório Final da CPMI-VCM (2013, p. 07) foi claro ao ratificar que essa ascensão dos casos de violência contra a mulher se deve à alguns fatores como a tolerância do Estado diante desses fatos, anestesiando às vítimas (mulheres) a procurarem refúgio nos órgãos competes, haja vista a certeza da impunidade.

A curva ascendente de feminicídios (o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres), a permanência de altos padrões de violência contra mulheres e a tolerância estatal detectada tanto por pesquisas, estudos e relatórios nacionais e internacionais quanto pelos trabalhos desta CPMI estão a demonstrar a necessidade urgente de mudanças legais e culturais em nossa sociedade. Conforme mostra a pesquisa intitulada Mapa da Violência: Homicídios de Mulheres, mais de 92 mil mulheres foram assassinadas no Brasil nos últimos trinta anos, 43 mil delas só na última década.

Devido a saída da Senadora Ana Rita da CCJ o PL foi redistribuído à Senadora Gleisi Hoffmann que promoveu alterações no texto como o impedimento de interpretações que relativizassem essa tipificação criminal, dando origem ao Projeto de Lei nº 292/2013, cuja a aprovação pela CCJ (Comissão, Justiça e Cidadania), tendo como redação:

“Homicídio simples
Art. 121.
.....
Homicídio qualificado
§ 2º

.....
Feminicídio

VI – contra a mulher por razões de gênero.

.....
§ 7º Considera-se que há razões de gênero em quaisquer das seguintes circunstâncias:

I – violência doméstica e familiar, nos termos da legislação específica;

II – violência sexual;

III – mutilação ou desfiguração da vítima;

IV – emprego de tortura ou qualquer meio cruel ou degradante.

O projeto passou por comissões permanentes como por exemplo: Direitos Humanos e Legislativa Participativa (CDH), Assuntos Sociais (CAS), somente assim, foi levada à discussão, votação pelo plenário do Senado, em seguida foi apreciada e revisada pela Câmara dos Deputados que sofreu alteração em 2014 e seguiu-se para sanção e/ou veto do executivo (Presidente da República). O texto do PL nº 8.305/2014 pela Câmara de Deputados, sob a relatoria da Deputada Maria do Rosário, alterando o termo “gênero” por “condição de sexo feminino” (CÂMARA, 2014). Tal mudança terminológica não altera a substância do texto original, pois, conforme Mello (2015, p. 221-227) entende-se que

[...] essa modificação não altera a interpretação, já que a expressão ‘por razões da condição de sexo feminino’ se prende, da mesma forma, a razões de gênero. Observa-se que o legislador não trouxe uma qualificadora para a morte de mulheres. Se assim fosse, teria dito: ‘Se o crime é cometido contra a mulher’, sem utilizar a expressão ‘por razões da condição de sexo feminino’.

O feminicídio pode ser definido como uma qualificadora do crime de homicídio motivada pelo ódio contra as mulheres, caracterizado por circunstâncias específicas em que o pertencimento da mulher ao sexo masculino é central na prática do delito. A hediondez feminicida está

prevista também nas discussões da comissão, tendo em vista o agravamento da pena em circunstância que o crime foi praticado em situações mais severas. De acordo com a CPMI-VCM (2013):

O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante.

A interpretação que repousa sobre o termo gênero é consensual, pois não é uma questão de sexo, no entendimento biológico, mas a compreensão cultural do termo. Nesse sentido, o legislador trouxe à tona uma questão cultural atinente à sociologia, à antropologia, à padrões sociais sobre o que cada sexo desempenha para a sociedade. Portanto, a Lei 13.104/2015 tendo como ementa a alteração do artigo 121⁷ do Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio e o artigo 1º da Lei nº 8.072/1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos, tipificando-o como nova modalidade de homicídio qualificado (BRASIL, 2015). Segue a redação da Lei 13.104/2015:

⁷ Com o intuito de promover comparação entre o texto do Código Penal segue redação: "Homicídio simples Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. Caso de diminuição de pena § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Homicídio qualificado § 2º Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: Pena - reclusão, de doze a trinta anos" (BRASIL, 1940).

Art. 1º O art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Homicídio simples

Art. 121.

.....
Homicídio qualificado

§ 2º

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

.....
§ 2º - A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Aumento de pena

.....
§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.” (NR)

Art. 2º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 1º

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI);

.....” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

No entanto, cabe pontuar que a qualificadora do feminicídio não poderá ser provada por um laudo pericial ou exame cadavérico, porque nem

sempre um trucidamento de uma mulher será considerado feminicídio. De acordo com Greco (2014) para ser configurada a qualificadora do feminicídio, a acusação (Ministério Público, assistente ou querelante, no caso de Júri privado) a prova deve ser incontestável de que o crime foi cometido contra a mulher, “por razões da condição de sexo feminino. A própria Lei nº 13.104/2015 definiu objetivamente, que “razões de gênero” ocorrem quando o crime envolve: a) violência doméstica e familiar; b) menosprezo ou discriminação à condição de mulher, Código Penal Brasileiro, artigo 121, § 2º - A (BRASIL, 2015).

Deve-se salientar que a Lei do Feminicídio declinou no inciso segundo do artigo sétimo, sendo alterada pela Lei nº 13.771⁸, de 19 de dezembro de 2018 e acrescida de outras especificações acerca do grau e intensidade do crime contra idosos, portadores de doenças degenerativas, por exemplo. Assim, agressões físicas e psicológicas, como abuso ou assédio sexual, estupro, escravidão sexual, tortura, mutilação genital, negação de alimentos e maternidade, espancamentos, entre outras formas de violência que provoquem a morte da mulher, podem configurar feminicídio.

Mello (2015, p. 221-227) elucida que “de maneira específica, a Lei nº 13.104/2015 considera feminicídio quando o crime é praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: quando envolver violência doméstica e familiar ou menosprezo e discriminação contra a condição de mulher”. Com isso, a Lei nº 13.104/2015 visa impedir os crimes que atentam contra as pessoas do sexo feminino. O feminicídio é configurado

⁸ Segue o texto da referida lei para apreciação: Art. 1º O § 7º do art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 121..... § 7º II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; III - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima; IV - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.” (NR) Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 2018).

quando resta comprovado que a causa do assassinato é exclusivamente questão de gênero.

2.1 Espécies de Femicídio: físico, simbólico e psicológico

A evolução do conceito de violência repousa em “uma dessas políticas públicas para o rompimento do ciclo de diversas formas de violência sofridas pelas mulheres ao longo da vida é, especificamente, a tipificação dos crimes de mulheres de forma violenta em razão do gênero, sexo ou condição feminina” (BRAVO, 2019, p. 91). A partir disso, pode-se classificar o feminicídio como *Femicídio íntimo*: quando há uma relação de afeto ou de parentesco entre a vítima e o agressor; *Femicídio não íntimo*: quando não há uma relação de afeto ou de parentesco entre a vítima e o agressor, mas o crime é caracterizado por haver violência ou abuso sexual; *Femicídio por conexão*: quando uma mulher, na tentativa de intervir, é morta por um homem que desejava assassinar outra mulher. Contudo, Barros e Souza (2019, p. 33-35, grifos dos autores) ampliam o leque de classificações, a saber:

Femicídio “intra lar”: Ocorre quando as circunstâncias fáticas indicam que um homem assassinou uma mulher em contexto de violência doméstica e familiar. **Femicídio homoafetivo**: Ocorre quando uma mulher mata a outra no contexto de violência doméstica e familiar. **Femicídio aberrante por aberratio ictus**: O feminicídio aberrante por *aberratio ictus*, quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o homem ou a mulher, ao invés de atingir a mulher que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, respondendo, portanto, como se tivesse praticado o crime contra aquela. No caso de feminicídio aberrante por *aberratio ictus*, não são consideradas as qualidades da vítima, mas da mulher que o agente pretendia atingir. **Femicídio simbólico homogêneo**: Ocorre quando uma mulher assassina outra mulher, motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição feminina. **Femicídio simbólico heterogêneo**: Ocorre quando um homem assassina uma mulher, motivado pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher,

reportando-se, no campo simbólico, a destruição da identidade da vítima e de sua condição em pertencer ao sexo feminino.

Nessa última classificação o Superior Tribunal de Justiça entende que o sujeito ativo do crime pode ser tanto o homem quanto uma mulher, desde que esteja presente o estado de vulnerabilidade caracterizado por uma relação de poder e submissão. A decisão pontua sobre a não obrigatoriedade do gênero do agressor ser masculino. Como observa-se na jurisprudência:

O STJ admitiu a aplicação da Lei Maria da Penha (11.340/06) *numa agressão contra mulher praticada por outra mulher* (relação entre mãe e filha). Isso porque, de acordo com o art. 5º da Lei 11.340/2006, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Da análise do dispositivo citado, infere-se que o objeto de tutela da Lei é a mulher em situação de vulnerabilidade, não só em relação ao cônjuge ou companheiro, mas também qualquer outro familiar ou pessoa que conviva com a vítima, *independentemente do gênero do agressor*. Nessa mesma linha, entende a jurisprudência do STJ que *o sujeito ativo do crime pode ser tanto o homem como a mulher*, desde que esteja presente o estado de vulnerabilidade caracterizado por uma relação de poder e submissão (HC 277.561-AL, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 6/11/2014; HC 310.154-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 28/04/2015, grifo nosso).

Esta previsão vem contida no §3º do artigo 20 do Código Penal que salienta que o erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não a isenta de pena. Todavia, não se incluem na hipótese as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime (Art. 20, § 3º). Assim, o autor responderá por homicídio qualificado e majorado pelo feminicídio. Segundo Rafael Ricardo Xavier (2019,

p. 56) “coadunando o exposto com a análise da qualificadora de feminicídio. Observa-se que este consiste no homicídio praticado contra mulher, justamente pelo fato da vítima ser mulher, por supostamente estar em uma condição inferior e por pertencer ao sexo feminino”. Portanto, o percurso da Lei 13.104/2015 foi lapidar para coibir e asseverar agressões contra o público feminino, tornando assim o Direito Penal Brasileiro menos sexista.

3. Os impactos da Lei nº 13.104/15 no ordenamento jurídico brasileiro frente aos paradigmas socioculturais

Com a Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/2015), mitiga-se o problema da invisibilidade, visto que o crime, agora tipificado, passa a ser visto pela sociedade. A tipificação é vista por especialistas como uma oportunidade para dimensionar a violência contra as mulheres no país, quando esta, chega ao desfecho extremo do assassinato, havendo uma punição mais grave para os que cometem tal crime e permitindo o aprimoramento das políticas públicas a fim de coibir a violência contra as mulheres.

Conforme Ricci e Galvão (2016) o referido dispositivo encontra seu amparo nos termos constitucionais dos artigos 5º, inciso I e 226, § 5º, tendo significativa conquista dos direitos das mulheres, expondo à isonomia entre o homem e a mulher entre direitos e obrigações, referentes também, à sociedade conjugal e o § 8º que assegurará assistência à família na pessoa de cada um, criando mecanismos para coibir cenários de violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988). Assim, o legislador brasileiro criou em observância à Constituição Federal a lei 11.340/2006, com o objetivo de potencializar a proteção às mulheres e resguardar seus direitos fundamentais.

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos das Mulheres teve sua culminância com a responsabilização do Brasil pela OEA (Organização dos Estados Americanos) devido o ‘martírio’ de Maria da

Penha. Constata-se três são os impactos de importantes, que conforme Xavier (2019) são esperados com a tipificação penal, a saber: Trazer visibilidade: para conhecer melhor a dimensão e o contexto da violência mais extrema contra as mulheres; Identificar através na aplicação da Lei Maria da Penha: para evitar ‘mortes anunciadas’; Ser instrumento para coibir a impunidade: refutar teses comuns – não só no Direito, mas em toda a sociedade, incluindo a imprensa – que colocam a culpa do crime em quem perdeu a vida. Contudo, não obstante a lei 13.104/2015 ter alterado a linguagem sexista do Código Penal Brasileiro, o que se percebe nas deliberações dos tribunais torna-se patente para a involução no processo de aplicação dessas leis, por exemplo a jurisprudência que segue conferindo decisão favorável ao agressor alegando bons antecedentes criminais:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE FEMINICÍDIO, ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER, INCÊNDIO E COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME. GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS. PERICULOSIDADE DO AGENTE QUE MANIFESTOU INTENÇÃO DE FUGA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. O Paciente confessou a prática de feminicídio contra ex-namorada gestante, o crime de incêndio para destruir o cadáver da vítima e as provas do delito, a comunicação falsa de crime para assegurar sua impunidade, bem como teria manifestado a intenção de se evadir do distrito da culpa, de modo a justificar a segregação cautelar por garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a lei penal. 2. Esta Corte de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que não há ilegalidade na "custódia devidamente fundamentada na periculosidade" do agente "para a ordem pública, em face do modus operandi e da gravidade em concreto da conduta" (HC 146.874 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2017, DJe 26/10/2017), bem como na intenção de

se furtar à aplicação da lei penal configuram motivos suficientes para que seja mantida a prisão preventiva. 3. A existência de condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema. 4. Demonstrada pelas instâncias ordinárias, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não se mostra suficiente a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, dada pela Lei n.º 12.403/2011. 5. Ordem de habeas corpus denegada (STJ - HC: 500667 SP 2019/0085159-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 05/12/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/12/2019).

Com isso, a criação de institutos que inibem a violência contra a mulher não é sinônimo de segurança pública ou proteção para esse público, pois o ordenamento jurídico depara-se com paradigmas socioculturais, ou seja, fatores estes que povoam o imaginário popular e contaminam decisões. É consensual entre os doutrinadores a positividade do direito brasileiro, no entanto, fatos como esse, tendo como alegação a inexistência de antecedentes criminais inviabilizam os dispositivos legais que protegem a mulher. Nesse sentido, Guimarães e Pedroza (2015) pontuam que o aniquilamento das mulheres é um problema estrutural, cuja a motivação repousa numa suposta neutralidade da justiça. Com isso, Guimarães e Pedroza (2015, p. 261) destacam ainda que:

[...] essa invisibilidade da violência estruturante de nossa realidade alia-se às desigualdades de gênero e, dessa maneira, ao negar direitos às mulheres e atribuir força e autoritarismo aos homens, acaba-se por legitimar e naturalizar muitas das violências sofridas por elas. Violências que são demarcadas na intersubjetividade entre masculinidade (s) e feminilidade (s). Violências que surgem nesse encontro com a alteridade e na própria negação da mesma.

Outra prática recorrente é a morosidade processual diagnosticada pela CPMI-VCM (2013), haja vista a escassez de profissionais qualificados, ausência de delegacias especializadas e má distribuição de recursos. Além disso, um fator impulsionador desse problema foi a facilitação do acesso às armas de fogo, apesar da lei 11.340/2006 prever a suspensão do porte, as taxas de feminicídio cresceram segundo relatório produzido a pedido do Banco Mundial, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) destaca que os casos de feminicídio cresceram 22,2%, entre março e abril deste ano, em 12 estados do país, comparativamente ao ano passado, sendo o Acre com o agravamento mais crítico, onde o aumento foi de 300%

4. Metodologia

A metodologia utilizada nesta pesquisa foi a dialética, com pesquisa bibliográfica e documental em doutrinas, com autores como: Bravo (2019), Ricardo Xavier (2019) e Dirceu Barros (2019) e periódicos eletrônicos e jurisprudência. Com tratamento quantitativa, pois existem leis e normas específicas que fomentam as discussões a respeito do tema, a partir dos pressupostos teóricos sobre a proteção à condição feminina.

Considerações finais

Ao ignorar o feminicídio o legislador e a sociedade assumem simbólica e historicamente os atentados contra as mulheres no âmbito de suas relações pessoais, lesando assim, a humanidade. Nesse sentido, a pesquisa visou ampliar as reflexões acerca do conceito e historicidade dos crimes contra o ser humano pelo simples fato de assumir a condição de mulher. Não obstante as inúmeras pesquisas denunciarem o galopante crescimento da criminalidade urbana e seu impacto na vida das mulheres, perpetua-se uma noção arcaica de que a mulher não detém de capacidades

para se autogovernar. Como se pode observar, a violência contra a mulher sempre esteve presente na sociedade, fazendo com que os mais truculentos crimes fossem cometidos contra a mulher.

O estudo comparou estatisticamente dados de medidores internacionais para oportunizar uma visão impessoal acerca dessa temática. Tal resultado foi a ascensão do Brasil para a quinta posição no ranking que mensura a violência contra a mulher. Isso se deve a alguns fatores como a flexibilização do porte de armas, discursos ideológico-político de cunho misógino que acaba influenciando grande parte da população devido sua fácil disseminação em redes sociais, com o intuito de estimular a inferiorização da mulher.

A criação da Lei nº 13.104 de 2015, conhecida como Lei do Feminicídio, deve ser encarada como um grande avanço no combate a esse tipo de barbárie. Desse modo, a CPMI-VCM (2013) elenca uma série de posturas que o Brasil poderia adotar como possibilidades de promover a equidade entre homens e mulheres, como por exemplo a preparação dos servidores, sobretudo SOS agentes da lei (judiciário e militar) no tema da violência contra mulheres e a Lei Maria da Penha; Destinação de recursos financeiros para a ampliação do número de delegacias, dos centros de referência, casas-abrigo; Criação de mecanismos, pelo governo federal, de monitoramento das ações dos governos municipais e estadual destinadas ao enfrentamento da violência, com punição para o descumprimento dos acordos; Elaboração de ações emergenciais para atender as mulheres vítimas de tráfico, sobretudo as mais vulneráveis.

Notou-se que o crime de feminicídio está atrelado ao homicídio cometido contra mulheres, principalmente por conta da sua condição de ser mulher, o que pode, a princípio, causar confusão em sua tipificação e dificultar o agravamento da pena previsto pela lei ora em estudo. Assim, o crime de homicídio praticado contra a mulher, devido ao seu gênero, passa

a ser tipificado como crime hediondo, sendo agravado ainda mais, servindo, assim, como forma de coibir a violência contra a mulher.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 mai. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 20 mai. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Brasília, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 mai. 2020.

_____. **Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm>. Acesso em: 25 mai. 2020.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 25 mai. 2020.

_____. **Lei nº 13.771, de 19 de dezembro de 2018**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13771.htm#art1. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. **Decreto nº 9.847, de 25 de junho de 2019**. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9847.htm.
Acesso em: 14 set. 2020.

BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó. **Feminicídio**: controvérsias e aspectos práticos. São Paulo: JH Mizuno, 2019.

BRAVO, Renata. **Feminicídio**: tipificação, poder e discurso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CAMÁRA. **Projeto de Lei nº 8.305 de 2014**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E8E71821DA606D24876C73A53DF99FB6.proposicoesWebExterno1?codteor=1306141&filename=Tramitacao-PL+8305/2014. Acesso em: 14 set. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. Editora: Impetus, 2014.

GUIMARÃES, M. C.; PEDROZA, R. L. S. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. In: **Psicologia & Sociedade**, 2015, nº 27, v. 2, 256-266. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/psoc/v27n2/1807-0310-psoc-27-02-00256.pdf>. Acesso em 14 de set. 2020.

LEÃO, Lucas Antunes. A criminalização do feminicídio no Brasil: aspectos históricos, legais e doutrinários. In: **Meritum** – Belo Horizonte, v. 14, n. 2, p. 188-216 – Jul./Dez. 2019. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/download/6837/pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

MELLO, Adriana. O feminicídio e a lei nº 13.104/2015. **Revista Fórum de Ciências Criminais**: RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 221-227, jul./dez. 2015. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume23/volume23_49.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

PASCHOAL, Janaina Conceição. Feminicídio: um crime contra a equidade. In: **Revista Fórum de Ciências Criminais**: RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 217-219, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/feminicidio-um-crime-contra-a-equidade/>. Acesso em: 14 set. 2020.

- PAVIANI, Jayme. Conceitos e formas de violência. In: **Conceitos e formas de violência** [recurso eletrônico]: org. Maura Regina Modena. Caxias do Sul, RS: Educus, 2016. Disponível em: https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-conceitos-formas_2.pdf. Acesso em: 14 set. 2020
- RICCI, Camila; GALVÃO, Danielly M.2. Femicídio. In: 4º SIMPÓSIO DE SUSTENTABILIDADE E CONTEMPORANEIDADE NAS CIÊNCIAS SOCIAIS, 2016. Disponível em: <https://www.fag.edu.br/upload/temporaneidade/anais/5937057bedfc8.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.
- SENADO. **Projeto de Lei do Senado nº 292, de 2013**. Altera o Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Acrescenta parágrafo ao art. 121 do Código Penal, para estabelecer o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113728>. Acesso em 14 de set. 2020.
- BRASIL. STJ - HC: 500667 SP 2019/0085159-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 05/12/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/12/2019). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859975717/habeas-corpus-hc-500667-sp-2019-0085159-4?ref=serp>. Acesso em 14 de set. 2020.
- BRASIL. HC 277.561-AL, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 6/11/2014; HC 310.154-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 28/04/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859975717/habeas-corpus-hc-500667-sp-2019-0085159-4?ref=serp>. Acesso em 14 de set. 2020.
- PASINATO, W. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. In: **Cadernos Pagu**, n. 37, p. 219-246, 14 abr. 2016. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8645012>. Acesso em: 14 set. 2020.
- XAVIER, Rafael Ricardo. **Feminicídio**: análise jurídica e estudo em consonância com a Lei Maria da Penha. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- ANGELIN, Rosângela; MARTINS, Paulo Adroir Magalhães. Se te agarro com outro te mato: Reflexões sociojurídicas sobre o feminicídio no Brasil. In: **Coisas do Gênero**. São Leopoldo, v.5 n. 2, p. 06-20, Jul./Dez. 2019. Disponível em: <http://periodicos.est.edu.br/index.php/genero/article/view/3872>. Acesso em: 14 set. 2020.

CEPAL. **Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe**. Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e Caribe Relatório Mundial de Violência e Saúde. Genebra: ONU, 2019. Disponível em: <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/feminicidio-ou-femicidio>. Acesso em: 14 set. 2020.

ONU. **Organização das Nações Unidas**. Relatório Mundial de Violência e Saúde. Genebra: ONU, 2010. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relatorio-da-onu-sobre-violencia-sexual-em-areas-de-conflito-lista-piores-criminosos/>. Acesso em: 14 set. 2020.

OCDE. **Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico**. OCDE, 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/latin-america/countries/brazil/brasil.htm>. Acesso em: 14 set. 2020.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Relatório Mundial sobre Violência e Saúde**. OMS, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/7619294/Relat%C3%B3rio_mundial_sobre_viol%C3%Aancia_e_sa%C3%BAde. Acesso em: 14 set. 2020.

FBSP. Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Atlas da Violência 2019. In: IPEA, **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, IPEA. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

FLACSO. **Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais**. Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil. FLACSO, 2015. Disponível em: <http://flacso.org.br/?p=13485>. Acesso em: 14 set. 2020.

Guarda do incapaz no direito internacional em distinção às normas brasileiras

*Valtaneis Lustosa de Sousa*¹
*Abgail Guerra Lemos Neto*²
*Maria José Fernandes do Carmo*³
*Francisco Atualpa Ribeiro Filho*⁴

Introdução

O presente estudo sobre guarda compartilhada internacional, tendo como propositura norteadora uma análise crítica sobre essa modalidade de guarda, tratada por institutos jurídicos diferentes. Desse modo, a problematização que impulsiona a presente pesquisa sobre a guarda compartilhada entre pais binacionais consiste no fato de que em razão da distinção entre os institutos jurídicos que tratam sobre esse tema não apresentam um posicionamento consolidado. Assim, abre precedentes para entendimentos evasivos o que em muitos casos o incapaz fica à mercê das decisões estrangeiras.

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade do Cerrado Piauiense-FCP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9916382826583581>. E-mail: valtaneisl@gmail.com

² Licenciado em Ciências Biológicas e Bacharel em Direito, ambos pela UESPI, Especialista em Direito Ambiental, pela PROMINAS, em Gestão em Saúde, e em Gestão Educacional (Administração e Supervisão), pela UESPI, e Mestre em Educação, pela Estácio. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0726296193467985>. E-mail: abgailneto@gmail.com.

³ Bacharel em Direito, pela Faculdade do Cerrado Piauiense (FCP). Licenciada em História, e também em Sociologia, ambos pela Faculdade de Ciências da Bahia (FACIBA). Especialista em Direito Civil e Processual Civil, pela Faculdade do Cerrado Piauiense (FCP). Especialista em Ensino de História, pela Faculdade Evangélica do Meio Norte (FAEME). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1977582500338239> E-mail: mariajfcarmo@bol.com.br

⁴ Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Piauí; Licenciado em Filosofia pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Bacharel em Administração Pública pela Universidade Estadual do Piauí. Especializações em: Docência do Ensino Superior (UNOPAR); Gestão Pública Municipal (UESPI); Gestão Educacional em Rede EaD (UFPI); Licenciando em Letras Portuguesas pela Estácio. Atualmente é orientador do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da FCP e professor efetivo da SEDUC-CE. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1491096614911103>. E-mail: farf25@gmail.com.

Observa-se, que os relacionamentos entre pessoas de nacionalidades opostas se tornaram algo corriqueiro. Entretanto, o litígio entre os cônjuges fragiliza as relações familiares. A legislação brasileira estabelece como prioridade a guarda compartilhada do menor sempre que possível aos pais para cuidarem dos filhos em conjunto, sempre preservando o melhor interesse do infante. Todavia, sua aplicação não é absoluta e deve ser levado em consideração a efetiva cooperação entre os genitores. Desse modo, a maturidade entre os pais ou responsáveis é imprescindível para que tal modalidade de guarda seja eficaz em prol do incapaz.

A Lei nº 13.058/2014 que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 ambos do Código de Civil de 2002, tornou a guarda compartilhada como regra geral, determinando como obrigatória a participação efetiva dos pais ou responsáveis na educação e no interesse dos filhos, garantindo a estes o convívio equilibrado com seus genitores. O juiz ainda poderá se basear em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para estabelecer as atribuições e períodos de convivência sob a guarda compartilhada. Nesse sentido, a modalidade de guarda ora mencionada somente deixará de ser aplicada quando um dos genitores declarar que não deseja a guarda do filho ou se o magistrado entender que os pais não revelam compatibilidade para exercerem a guarda compartilhada.

Diante disso, a guarda do menor (criança e adolescente) encontra sua fundamentação na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 1990, no Código Civil, Lei nº 10.406 de 2002 e no Código de Processo Civil, Lei nº 13.115/2015. Constatou-se que tais dispositivos internos colidem com a legislação internacional. Com isso, propõe-se um diálogo com os institutos internacionais como Convenção de Haia, a Convenção de Nova York e a Convenção Interamericana.

A metodologia utilizada foi de cunho bibliográfico à luz de um viés crítico acerca das jurisprudências, estatísticas e tratados internacionais. Nessa perspectiva, objetiva-se explanar sobre a evolução do conceito de família à luz da legislação brasileira, compreender quais as modalidades de guarda, analisar reflexivamente acerca dos entendimentos jurisprudenciais nacionais com os institutos internacionais, observando suas discrepâncias, para assim, apresentar possibilidades de intervenções, com o intuito de sanar a problemática.

1. Breve histórico do conceito família

O conceito de família sofreu muitas alterações no decorrer da história. Os primeiros grupos sociais que existiram não constituíram efetivamente a família nos moldes convencionais do ocidente atual. Cabe analisar que ao longo da história a composição da família assumiu diversas significações. Nesse sentido, os princípios foram construídos e desconstruídos no decorrer dos tempos, deixando de lado aquela a imagem convencional, pois tal concepção entende que família consiste na junção de pai, mãe e sua prole. Contudo, houve o reconhecimento no percurso histórico de outros modelos familiares. Assim, com o intuito de assegurar a liberdade, a isonomia e oportunizar o direito de todos poderem construir uma família e manter laços estáveis como assegura o texto constitucional.

1.1 Aspectos históricos e conceituais sobre o direito das famílias: entre o divórcio e a guarda

No início do século a família era vista como uma entidade fixa, sendo formada pelo pater (pai) o detentor do poder e seu provedor. As atividades maternas consistiam em zelar pela prole e operar as atividades domésticas com êxito. Com o advento do período medieval e por sua vez com o

Cristianismo, a noção de família⁵, teve seu fortalecimento. Desse modo, o que corrobora esse paradigma, segundo Noronha; Parron (2012, p. 3) consiste no fato de que “com a ascensão do Cristianismo, a Igreja Católica assumiu a função de estabelecer a disciplina do casamento, considerando-o um sacramento. Assim, passou a ser incumbência do Direito Canônico reger o casamento, fonte única do surgimento da família”. Diante disso, diversos Concílios como o de Trento (2013), e das Constituições do Arcebispo da Bahia, inclusive a Lei do Marques de Pombal (1769) contribuíram para a formulação estrutural familiar.

Tais argumentos são importantes para a consolidação em, 1916, do Código Civil Brasileiro, dando uma atenção maior às famílias, visto que até então vinha sendo aplicado o Direito Civil Português. Todavia, o Código Civil de 1916 ainda era patriarcalista e tinha muito que melhorar. Apenas em 1962, a mulher começou a ver seus direitos serem respeitados, com a criação do Estatuto da Mulher Casada, sob égide da Lei nº 4.121 do mesmo ano. O dispositivo tratava também da guarda dos filhos, em seu artigo 326, dando direito ao cônjuge inocente ficar com a prole, e em caso de culpa recíproca, o filho ficava com a mãe. Em suma, o incapaz não tinha seus direitos protegidos, haja vista que a lei tratava da pessoa dos pais e não da pessoa dos filhos.

Em seguida, adveio a Lei nº 6.515/1977, permitindo a extinção por inteiro dos vínculos de um casamento, permitindo a pessoa divorciada se casar novamente sem nenhum impedimento. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) os direitos do homem e da mulher começaram a se equiparar, trazendo em seu artigo 5º o princípio da

⁵ O presente estudo não se propõe a refletir de forma pormenorizada o conceito de família, mas analisar em linhas gerais suas formações durante os principais momentos históricos. Com isso, entendemos que o paradigma de família nos moldes orientais (pai, mãe e prole) teve seu aparecimento durante o Império Romano. Essa estrutura de convivência foi cunhada na Roma Antiga para significar o novo grupo social que se originou entre as tribos latinas, tendo como referência o direito romano que classifica como família natural àquela baseada no casamento e nos vínculos sanguíneos.

isonomia, da dignidade, equidade sem distinção em sua aplicabilidade. Os direitos fundamentais expostos na Constituição não foram conquistados e reconhecidos de uma só vez, grandes movimentos de liberdade civis e políticos contribuíram para a sua evolução.

O Código Civil, vigente de 2002, alude sobre a dissolução da sociedade conjugal no capítulo X e logo em seguida, no capítulo XI fala da proteção a pessoa dos filhos e das modalidades de guarda. Com isso, o Código Civil atual veio regulamentar direitos já tutelados pela constituição Federal de 1988. Nessa perspectiva, o incapaz passou a ser sujeito de direito e proteção por parte dos pais, sociedade e Estado, conforme o artigo 227 da Constituição Federal. O referente artigo estabelece que a família tem participação acentuada na educação e cuidado de suas crianças e adolescentes, como segue:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Dessa forma, tem-se a família como elo indissociável e entidade responsável em cooperação com a escola, representante do Estado, por transmitir valores, ensinamentos que irão conduzir sua conduta resguardando os deveres e direitos. Com isso, em dispositivo 1990 foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 que dispõe sobre os direitos, cuidados e medidas socioeducativas em caso de desvio de conduta (atos infracionais), como estabelece o artigo terceiro e seu parágrafo único:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata

esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) (BRASIL, 1990).

No entanto, Pinheiro e Silva (2011, p. 42) advertem que se atualmente é perceptível a preocupação do Estado, da sociedade e da família com as crianças e os adolescentes, vale lembrar que nem sempre foi assim, pois cabe mencionar a descendência de descaso que pairou sobre os infantes durante muito tempo e o que se agravou com o contexto pandêmico, “[...] principalmente aquelas menos favorecidas economicamente”. Com isso, nota-se que a discussão acerca da tutela dos menores faz-se urgente, tendo em vista que muitas vezes são tratados como seres invisíveis pelo Estado, não obstante o texto constitucional garante sua segurança.

Nesse contexto, um dos principais conflitos que necessita de tutela jurisdicional é quanto a guarda dos filhos, pois os progenitores não respeitam⁶ os interesses do infante. Ademais, ao dissolverem a sociedade conjugal, muitos usam o filho como objeto no meio da separação, cometendo assim alienação parental⁷. Diante de uma situação dessa, o juízo deve analisar os fatos e se a modalidade de guarda interposta atende todos os preceitos legais exigidos em prol do incapaz.

⁶ Mostrar aqui uma estatística e dizer que irá comentar mais adiante sobre a temática relacionada aos números.

⁷ Na alienação parental os pais usam o filho como objeto no meio da relação, sem se preocupar com o bem-estar do infante. O artigo 2º da lei nº 12.318/2010 traz o conceito legal de alienação parental.

1.2 Modalidades de guarda no Brasil

O ordenamento jurídico brasileiro traz algumas modalidades de guarda, as quais serão decididas pelo juízo sempre visando o bem-estar do menor. Nesse sentido, decidirão qual modalidade atenderá os interesses do incapaz. Cabe ressaltar quais classificações que o Código Civil constitui sobre o instituto da guarda. Com isso, são duas as modalidades de guarda prevista na Lei nº 10.406/2002, a saber: a compartilhada e a unilateral. Tais formas de tutela foram inseridas pela Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008 que conforme sua ementa, altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada (BRASIL, 2008).

1.2.1 Guarda unilateral

Prevista no artigo 1.583 do Código Civil (CC/2002), essa modalidade de guarda é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. Essa é a modalidade de guarda em que um dos pais detém exclusivamente a guarda, cabendo ao outro o direito de visitas. O texto do Código Civil/2002 estabelece o que segue:

Art. 1583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (BRASIL, 2002).

Segundo Lôbo (2011, 2011, p. 190) “a guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Quando é exercida por um dos pais, diz unilateral ou exclusiva; quando por ambos, compartilhada”. Nessa situação, há uma

integração da guarda na estrutura familiar para o exercício da convivência harmônica entre os envolvidos. Porém, essa modalidade de guarda não supre as necessidades de uma criança ou adolescente, visto que o incapaz fica privado da convivência contínua com um dos seus genitores, o que não é indicado, já que para um crescimento saudável a prole necessita da participação de ambos os pais.

Diante disso, o texto constitucional é esclarecedor quanto a isso em seu art. 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988). Assim, não é razoável que o menor não conviva com os dois progenitores, tendo em vista a importância de ambos em sua formação.

1.2.2 Guarda alternada

Nessa modalidade de guarda, os pais se alternam na guarda dos filhos, exercendo com exclusividade a sua guarda, não se confundindo com a compartilhada. Quando fixada, o menor convive periodicamente com cada genitor, alternando-se as residências, enquanto um exerce a guarda, ao outro é assegurado o direito de visitas. Entretanto, essa modalidade de guarda traz sérias consequências para a criança, pois ela não possuirá estabilidade emocional e psicológica. Assim, como Sousa e Obregon (2019, p. 263) elucidam que a guarda:

[...] alternada trata do tempo de convívio entre os genitores e o menor, que deve ser dividido de forma igual. Ocorre que, esta divisão exata de tempo acaba interferindo na rotina da criança, prejudicando-o. Já na compartilhada a preocupação não é com o tempo, mas, sim, com a ampla participação dos pais na vida dos filhos, através da divisão dos deveres e obrigações, sem modificar a rotina da criança e gerando uma maior aproximação e união da família como um todo.

Diante disso, o que se observa consiste na ausência de um instituto que inclua essas modalidades para que evitem dissonâncias entre os entendimentos e se pacifique a questão. Essas divergências ocorrem devido a interpretação do convívio. Ademais, a guarda alternada fragmenta as relações, ou seja, não resguarda o princípio da continuidade do lar, tendo em vista que o menor oscila de casa em casa, região em região, não consolidando seus laços de amizades e comprometendo sua rotina de estudos e valores.

1.2.3 Guarda compartilhada ou conjunta

Os artigos 227 e 229 da Constituição Federal de 1988 regulam que a convivência que a educação é exercida conjuntamente pelos pais, ou por duas ou mais pessoas que sejam responsáveis pelo menor. Dessa forma, a regulação da guarda compartilhada foi instituída pela Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, cuja o ementário relata que houve alterações nos “arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão ‘guarda compartilhada’ e dispor sobre sua aplicação” (BRASIL, 2014). Com isso, a guarda compartilhada entre os pais, tanto em situações de anormalidade patrimonial como nos casos de ruptura, tendo como característica fundamental a constância do relacionamento afetivo dos genitores, cujo exercício do poder familiar ocorre de forma simultânea.

Diniz (2010, p. 290) esclarece que a guarda compartilhada ou conjunta oportuniza ao menor o convívio entre os pais de maneira equivalente, possibilitando a construção e fortalecimento de vínculos, sem prejuízo na dimensão afetiva, emocional e formativa dos infantis. Desse modo,

[...] na guarda compartilhada ou conjunta prevalece uma forma de custódia em que, os filhos têm uma residência principal, para garantir sua estabilidade

emocional e seu bom desenvolvimento, psíquico e educacional, não comprometendo sua necessidade de experiências contínuas no cotidiano, evitando uma desorganização na rotina pessoal e escolar, e ambos os pais tem responsabilidade conjunta na tomada das decisões e igual responsabilidade legal sobre os filhos.

Todavia, sabe-se que existem ainda desvantagens quanto à guarda compartilhada ou conjunta, pois em muitos casos uma das partes não consegue conviver com o filho (a), existe situações em que um dos genitores é privado desse direito. De tal modo que, Sousa e Obregon (2019, p. 264) esclarecem que “o maior problema no que tange a aplicação da guarda compartilhada se refere ao consenso dos pais. Isso porque, após a ruptura conjugal existem vários problemas envolvendo brigas entre os genitores, que acabam criando uma resistência, dificultando [...] o consenso”. Diante disso, essa modalidade guarda é a que melhor atende ao interesse do incapaz, a mesma visa a convivência contínua igualitária e a responsabilidade mútua, visando o bem-estar e o seu desenvolvimento saudável. Sendo assim, além de introduzir um novo paradigma para educação dos filhos, o compartilhamento da guarda confere mais autonomia ao exercício do poder familiar.

1.3 Entendimento sobre o Instituto da Guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente Lei nº 8.069 de 1990 estabelece princípios da proteção integral e melhor interesse do menor, diante da cessação do matrimônio, o que não significa dizer que houve o rompimento definitivo dos laços afetivos. Nessa perspectiva, os progenitores devem entender que com a separação faz-se necessário a manutenção dos vínculos para que o menor não absorva traumas, tendo assim um convívio harmônico e edificante. Assim, o ECA pontua que é assegurado à criança e

ao adolescente todos os direitos sem fazer acepções, haja vista a garantia de atendimento, políticas públicas e proteção:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade 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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990).

O Estado e a sociedade são corresponsáveis em cooperação com a família pela formação do menor na infância e juventude. Martins (2019, p. 124) pontua que “assegura-se ao menor o direito à proteção e à observância do que melhor lhe beneficiará em seu desenvolvimento, haja vista que, enquanto menores, estão desenvolvendo sua personalidade, não possuindo discernimento que os torne capazes”. Com isso, a guarda além de ser constar no Código Civil de 2002 (CC/2002), também é expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu artigo 33, trata da assistência material, moral e educacional respeitando sempre os dois princípios basilares do estatuto, princípio da proteção integral e do melhor interesse do incapaz.

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público (BRASIL, 1990).

Dessa forma, de acordo com Sousa e Obregon (2019) cabe ressaltar que o “poder familiar” traz uma ideia de poder, de soberania e domínio, e não as responsabilidades abarcadas por tal expressão, que diz respeito a todas as questões necessárias para criação e desenvolvimento do filho que se encontra em uma situação de fragilidade, por exemplo, dever de assistir, educar, exercício de guarda, decisões atinentes a criança, dentre outros, sendo de suma importância todos esses cuidados. Portanto, a guarda seja alternada, seja compartilhada deve ser conduzida de forma leve e desprendida de lide desde o processo de divórcio ao convívio com os menores.

2. Dissonâncias entre as convenções internacionais sobre o instituto da guarda

O Direito Internacional Privado é representado por normas que definem qual lei deve ser aplicada em padecimentos internacionais. Desse modo, há algumas possibilidades de o direito estrangeiro ser aplicado em território nacional, a depender do conflito levado a juízo. Diante disso, cabe

ressaltar que devido o Brasil ser signatário em diversas convenções e tratados internacionais, pode defender interesses nacionais, promovendo intervenções junto aos órgãos internacionais, a depender do teor da matéria. Assim, no Brasil o Direito Internacional Privado se baseia na Lei nº 4.657/1942 Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) para saber qual lei será aplicada, se a do foro ou a estrangeira.

Segundo o artigo⁸ 7º da referida lei estabelece que o regulamento do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, a capacidade e os direitos de família. Contudo, essa regra não é absoluta, visto que há situações em que muitos fatores precisam ser analisados, como no caso da retirada ilícita do infante para o estrangeiro, portanto, é necessário se valer de uma convenção internacional para solucionar tal litígio. Nesse sentido, as convenções internacionais são criadas para temas específicos, podendo assim, criar normas de direito internacional privado uniforme.

Observa-se que as convenções internacionais procuram dialogar com o direito internacional privado dos Estados signatários, sem usurpar sua autonomia de versar sobre os seus protegidos. Percebe-se tal assertiva na

⁸ O artigo mencionado trata acerca do casamento civil Art. 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

§ 1º Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração. § 2º O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957) § 3º Tendo os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal. § 4º O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal. § 5º O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977). § 6º O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1 (um) ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais. (Redação dada pela Lei nº 12.036, de 2009). § 7º Salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda. § 8º Quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre (BRASIL, 1942).

Convenção de Haia (1980) que determina o retorno da prole retirada ilícitamente do país que não seja o seu habitual. Desse modo, o Direito Internacional Privado precisa solucionar os conflitos das normas e garantir a segurança jurídica.

Vale mencionar a cooperação internacional prevista no Código de Processo Civil (2015):

Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:

- I - O respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;
 - II - A igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados;
 - III - a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou não do Estado requerente;
 - IV - A existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação;
 - V - A espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras. § 1º Na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática.
- § 2º Não se exigirá a reciprocidade referida no § 1º para homologação de sentença estrangeira.
- § 3º Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro.
- § 4º O Ministério da Justiça exercerá as funções de autoridade central na ausência de designação específica.

Entretanto, a cooperação será negada se a prática dos atos irem de contra às normas fundamentais do sistema jurídico brasileiro, sendo o Ministério da Justiça autoridade central competente na ausência de designação específica. Neste sentido, o Brasil se dispõe a cooperar com estados estrangeiros, observadas as condições de respeito ao devido processo

legal, a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros e a publicidade do devido processo legal.

2.1 Prestação de alimentos à luz da convenção de Nova York

Concluída em 10 de junho de 1956, a convenção sobre a cobrança internacional de alimentos para criança e outros membros da família, denominada Convenção de Nova York (1956) trata-se de um conjunto de normas que visam a solução de conflitos em colaboração com outros países. Frente a isso, para que essa convenção seja utilizada, é necessário a propositura de uma ação judicial se não houver acordo homologado ou decisão condenatória, e sua principal finalidade é proteger os menores de 21 anos, e aqueles que, atingindo a maioridade, continuam como credores de alimentos.

Desse modo, em 2017 por meio do Decreto nº 9.176, de 19 de outubro houve a “promulgação da Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007” (BRASIL, 2017). Ademais, aplica-se às obrigações matrimoniais entre cônjuges e ex-cônjuges, conforme preceitua seu artigo⁹ 2º. Dessa forma, o meio de comunicação entre os juízes é feito através de carta rogatória, por se tratar

⁹ O referente artigo estabelece como segue: Artigo 2º - Âmbito de aplicação: § 1º A presente Convenção será aplicada: a) às obrigações de prestar alimentos derivadas de uma relação de filiação, em favor de uma pessoa menor de 21 anos; b) a reconhecimento e execução ou a execução de decisão relativa a obrigações de prestar alimentos decorrentes de relação conjugal, quando o pedido for apresentado juntamente com a solicitação de que trata a alínea a deste artigo; e c) às obrigações de prestar alimentos decorrentes de relação conjugal, com exceção dos capítulos II e III. § 2º Qualquer Estado Contratante poderá, em conformidade com o artigo 62, reservar-se o direito de limitar a aplicação da Convenção, no que tange ao parágrafo 1º, alínea a, às pessoas que não tenham alcançado a idade de 18 anos. O Estado Contratante que fizer essa reserva não poderá exigir a aplicação da Convenção para pessoas de idade excluída por sua reserva. § 3º Qualquer Estado Contratante poderá, em conformidade com o artigo 63, declarar a extensão da aplicação, no todo ou em parte, da Convenção a outras obrigações de prestar alimentos derivadas de relação familiar, filiação, casamento ou afinidade, incluindo, especialmente, as obrigações relativas a pessoas vulneráveis. Tal declaração somente criará obrigações entre dois Estados Contratantes na medida em que suas declarações incluam as mesmas obrigações de prestar alimentos e as mesmas partes da Convenção. § 4º As disposições desta Convenção serão aplicadas às crianças independentemente do estado civil de seus pais (BRASIL, 2007).

de países diferentes, sendo imprescindível a utilização de documentos essenciais ao propósito a que se destina, cumprindo, assim, todos os requisitos exigidos para validação dos procedimentos legais. O artigo¹⁰ 12, §1º da Convenção de Nova York determina que a autoridade central do estado contratante deve certificar de que o pedido esteja acompanhado de todas as informações e documentos necessários para a análise processo.

A intermediação em favor das partes interessadas é realizada através das autoridades administrativas ou judiciárias indicadas pelos países signatários e designadas pelo Secretário Geral das Nações Unidas. Nessa perspectiva, o artigo¹¹ 5º frisa que, as autoridades centrais deverão procurar fluidez processual para evitar qualquer óbice na aplicação da convenção. Com isso, no Brasil, quem exerce essa função como autoridade central é a Procuradoria Geral da República e concentra as demandas que envolvem a cooperação jurídica internacional para a prestação de alimentos.

Outrossim, é importante ressaltar que é preciso analisar às leis do país onde o alimentando e alimentado se encontram, visto que por serem jurisdições diferentes, há casos em que as disposições legais não assemelham. Um exemplo disso é o caso da prisão civil por dívida de alimentos permitida no Brasil, como consta no artigo 528¹² do Código de Processo

¹⁰ O artigo mencionado segue *ipsis verbis*: Artigo 12 - Transmissão, recepção e processamento de pedidos e casos por meio de Autoridades Centrais. § 1º A Autoridade Central do Estado Requerente assistirá o demandante a certificar-se de que o pedido esteja acompanhado de todas as informações e documentos que, no entender dessa Autoridade, sejam necessários para a análise do pedido (BRASIL, 2007).

¹¹ O artigo mencionado segue *ipsis verbis*: Artigo 5º - Funções gerais das Autoridades Centrais - As Autoridades Centrais deverão: a) cooperar entre si e promover a cooperação entre as autoridades competentes de seus respectivos Estados para alcançar os objetivos da Convenção; b) procurar, na medida do possível, soluções para as dificuldades que surjam na aplicação da Convenção (BRASIL, 2007).

¹² O artigo mencionado segue *ipsis verbis*: Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo. § 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses (BRASIL, 2015).

Civil (CPC/2015), já em outros países não existe essa previsão legal, o que intensifica a morosidade procedimental dos trâmites. Sendo assim, a legislação brasileira não pode ser aplicada em outro país que não trate da prisão civil da mesma forma.

2.2 Panorama sobre o rapto internacional de crianças e adolescentes segundo a Convenção de Haia

A Convenção de Haia (1980) tem como objeto os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Com isso, através do Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000 houve sua promulgação, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Desse modo, a guarda do menor pode ser morosa e definida no seu país de origem, no âmbito estadual, mas a o retorno ou não do incapaz é competência da Justiça Federal do país, onde o menor se encontra. Este, no entanto, não pode discutir a guarda do menor, uma vez que a criança enviada ao país, foi retirada ilicitamente. A análise da conduta praticada é feita com fulcro no artigo 3º, considerado núcleo central da convenção, a saber:

Art.3º A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando: a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido (BRASIL, 2000).

Deste modo, se comprovado que a conduta foi ilícita e a parte teve seus direitos violados, esta poderá se valer da Convenção de Haia (1980) para uma solução rápida e eficaz, todavia, a guarda da criança é definida

pela justiça estatual do país habitual do infante. Seu artigo¹³ 5º institui o direito de o guardião responsável pela prole decide sobre o lugar de sua residência, enquanto ao outro é facultado o direito de levar o filho a lugar não habitual durante o período de vistas, direito este, expresso no artigo¹³ 21 da convenção. Às autoridades centrais dos estados contratantes, incumbe, promover o exercício pacífico do direito de visitas, removendo qualquer obstáculo que impedem o desempenho desse mesmo direito.

A Convenção de Haia (1980) trata dos aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Entretanto, essa nomenclatura “sequestro internacional de crianças” não se trata precisamente do sequestro tal como o conhecemos no direito penal. Trata-se, de um deslocamento ou retenção ilegal da criança de seu país habitual. O Brasil optou pela utilização do termo “sequestro” o que, vem causando perplexidade entre os operadores do direito, visto que o objetivo não é obter vantagem financeira, mas sim ficar com a criança sem regulamentação legal ou acordo com o outro genitor. Esse dispositivo tem dois grandes objetivos, os quais se baseiam no retorno da criança e o respeito ao direito de guarda e de visitas. Todavia, na prática, o que prevalece é o desejo de garantir o restabelecimento da situação alterada pela ação do sequestrador, dessa forma, a principal providência considerada pelas autoridades requisitadas é o retorno da criança.

¹³ O artigo mencionado segue *ipsis verbis*: Nos termos da presente Convenção: a) o “direito de guarda” compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência; b) o “direito de visita” compreenderá o direito de levar uma criança, por um período limitado de tempo, para um lugar diferente daquele onde ela habitualmente reside (BRASIL, 2000). ¹³ O artigo mencionado segue *ipsis verbis*: Direito de Visita - Artigo 21 - O pedido que tenha por objetivo a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita poderá ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retorno da criança. Às Autoridades Centrais, incumbe, de acordo com os deveres de cooperação previstos no Artigo 7, promover o exercício pacífico do direito de visita, bem como o preenchimento de todas as condições indispensáveis ao exercício deste direito. As autoridades centrais deverão tomar providências no sentido de remover, tanto quanto possível, todos os obstáculos ao exercício desse mesmo direito. As Autoridades Centrais podem, diretamente ou por meio de intermediários, iniciar ou favorecer o procedimento legal com o intuito de organizar ou proteger o direito de visita e assegurar a observância das condições a que o exercício deste direito esteja sujeito (BRASIL, 2000).

3 Jurisprudências e entendimentos sobre a guarda dos filhos mediante discussões internacionais

Em âmbito nacional a guarda é tratada em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, leis que visam proteger o melhor interesse do menor, garantindo a este o essencial para uma vida digna e saudável. Existe aqui um conjunto¹⁴ de leis nacionais que se completam em prol do incapaz. Entretanto, quando se trata da guarda dos filhos mediante discussões internacionais, em regra, não levam em conta apenas as leis nacionais, visto que envolve um elemento estrangeiro, mas também as convenções, tratados e acordos dos quais o Brasil é signatário. A guarda do filho envolvendo pais binacionais é um tema que causa divergências, haja vista o envolvimento de inúmeros fatores e um enorme compilado de leis. Assim, em regra, não se pode aplicar uma lei fora do seu território e, desse modo, existem os acordos internacionais, para facilitar a resolução de conflitos que envolvem pessoas amparadas por institutos jurídicos diferentes.

Em 2011, foi celebrado um acordo¹⁵ intermediado pela Advocacia Geral da União e a Secretária de Direitos Humanos no estado de Santa Catarina, finalizando, assim, uma batalha judicial entre o pai estrangeiro e a mãe brasileira. O conflito foi solucionado por meio da conciliação em âmbito administrativo com a presença dos pais da criança, cuja a mãe tinha trazido para o Brasil sem autorização do genitor.

Dessa forma, ficou acordado o exercício da guarda compartilhada da criança e sua permanência em solo brasileiro, assegurando ainda, o direito de visitas ao pai e o contato semanal com a criança através de redes sociais. Ademais, a sede da Procuradoria da Procuradoria da União em Santa

¹⁴ Constituição Federal/1988; Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB, 1942), dentre outras.

¹⁵ Com o intuito de proteger a integridade moral dos envolvidos o processo tramita em sigilo. Com isso, não iremos mencionar maiores nuances para corroborar a decisão judicial.

Catarina ofereceu todo aparato necessário para a realização do acordo, que teve como auxiliares, representantes da Advocacia Geral da União, bem como a presença de dois representantes da Secretaria de Direitos Humanos, sendo esta autoridade central para os fins da Convenção de Haia (1980), dentre eles, um psicólogo para auxiliar na mediação.

No ano seguinte, a corte especial do Superior Tribunal de Justiça (2012) indeferiu a homologação de sentença estrangeira proferida pela Secretaria Municipal do menor de Munique-Alemanha, ratificando acordo extrajudicial sobre a guarda compartilhada do menor, filho de mãe brasileira e pai alemão, residentes em Florianópolis-Rio Grande do Sul quando dissolvida a sociedade conjugal.

No momento da decisão estrangeira a mãe já tinha conseguido no Brasil a guarda uniliteral do infante. A ministra Laurita Vaz entendeu que, mesmo tendo sido celebrado um acordo no estrangeiro antes da decisão brasileira, as competências são concorrentes entre ambas jurisdições, ressaltando que as decisões acerca da guarda de menor e respectivos alimentos não submetem os efeitos de coisa julgada.

Em contrapartida, a justiça é morosa quando se trata de um caso não amparado pela convenção de Haia. Em 2017 uma mãe brasileira que teve sua filha no Brasil, entrou com o pedido de guarda provisória na Justiça Estadual do Piauí, alegando dificuldade de acesso a filha que no momento se encontrava na China com os avós paternos, enquanto seus genitores estavam no Brasil resolvendo problemas de trabalhos, cujo objetivo do consistia em visitar a família do genitor que reside no referido país. A autora relata que quando chegou ao Brasil o pai da criança sumiu sem dar nenhuma satisfação, e só depois de uma semana entrou em contato via e-mail pedindo a separação e proibindo o contato da mãe com a filha.

Diante disso, a Justiça Estadual e Federal se declarou incompetentes para tal demanda, enviando o conflito para o Superior Tribuna de Justiça,

este decidindo que a competência seria da justiça estadual, uma vez que a criança se encontra em estado não signatário da Convenção de Haia. Até o presente momento a parte ré nunca foi citada, visto que só no ano de 2019 foi pedida a tradução da documentação para mandarim ou inglês, depois de ter tentado citar a parte contrária utilizando o idioma brasileiro. O pedido de tradução foi deferido em outubro de 2020 e a mãe continua esperando uma solução por parte da justiça brasileira, visto que a mesma está a cinco anos sem ter contato físico com a filha. Segundo a autora, o pai da criança é naturalizado brasileiro e continua com livre acesso ao país.

Diante do exposto, identifica-se a violação de princípios constitucionais, como o princípio da razoável duração do processo e do devido processo legal, previstos no artigo 5º, incisos LIV e LXXVIII da Constituição Federal de 1988. Em decorrência disso há uma facilidade para o cometimento do crime de alienação parental, tipificado na Lei nº 12.318/2010. Os princípios contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente também estão sendo descumpridos, acarretando assim diversos traumas psíquicos e emocionais na criança. Analisando o caso em âmbito internacional o princípio da dignidade da pessoa humana está sendo esquecido. A genitora e sua prole estão sendo ceifadas de um direito necessário para uma existência digna e saudável.

3.1 Posicionamento dos tribunais acerca da convenção de Nova York

A Convenção de Nova York sobre a prestação de alimentos no estrangeiro necessita da atuação do Ministério Público Federal como autoridade intermediária na transmissão oficial dos documentos. Em consequência disso, fica ao encargo do Superior Tribunal de Justiça a homologação de sentenças estrangeiras no Brasil, conforme estipula o artigo¹⁶ 105, I, da

¹⁶ O artigo mencionado segue *ipsis verbis*: Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional

Constituição Federal de 1988 e artigo¹⁷ 960 do Código de Processo Civil (2015), salvo disposições especial em sentido contrário prevista em tratado. Portanto, a decisão estrangeira obedecerá ao que dispuserem os tratados em vigor no Brasil e o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça.

Observa-se que existe uma grande quantidade de jurisprudências sobre a prestação de alimentos no estrangeiro, não há muita diferença entre as mesmas, visto que esse instituto não admite análise de mérito, apenas requisitos essenciais e princípios fundamentais para que a sentença do exterior seja homologada aqui no Brasil sem oferecer risco à soberania nacional. Recentemente foi publicada a jurisprudência que trata da homologação de sentença estrangeira sobre a prestação de alimentos no estrangeiro, a saber:

HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA. DIVÓRCIO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. ACORDO POSTERIOR ENTRE AS PARTES. SUPERVENIENTE CONCORDÂNCIA DA PARTE REQUERIDA COM A HOMOLOGAÇÃO. PEDIDO DEFERIDO. 1. É devida a homologação da sentença estrangeira de divórcio, porquanto foram atendidos os requisitos previstos nos arts. 963 e 964 do CPC de 2015 e 216-C e 216-D do RISTJ, bem como constatada a ausência de ofensa à soberania nacional, à dignidade da pessoa humana e à ordem pública (CPC/2015, 963, VI; LINDB, art. 17; RISTJ, art. 216-F). 2. Uma vez cumpridos os requisitos exigidos pela legislação aplicável e não havendo mais resistência por parte da requerida ao pedido homologatório, não há óbice

nº 45, de 2004). I. um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988).

¹⁷ O artigo mencionado segue *ipsis verbis*: Art. 960. A homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado. § 1º A decisão interlocutória estrangeira poderá ser executada no Brasil por meio de carta rogatória. § 2º A homologação obedecerá ao que dispuserem os tratados em vigor no Brasil e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. § 3º A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e em lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo (BRASIL, 2015).

à homologação da decisão estrangeira de divórcio. 3. Pedido de homologação da decisão estrangeira deferido (BRASIL, 2020).

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que havia sido cumpridos todos os requisitos necessários para homologação, não podendo adentrar ao mérito, mas apenas verificar os requisitos exigidos em lei. Assim, o que se percebe consiste dos órgãos nacionais no tocante à guarda compartilhada entre pais binacionais, minando o direito de a prole conviver e construir sua personalidade tendo influências de ambos.

3.2 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da Convenção de Haia

A Convenção de Haia (1980) trata do retorno da criança, por meio de mandado de apreensão e restituição e ação de busca de menores, quanto a guarda, a depender da situação, isso fica a cargo da Justiça Estadual do país de origem do menor. Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça já emitiu informativos favoráveis e desfavoráveis quanto ao retorno da criança e adolescente embasado na Convenção de Haia (1980). Tal dispositivo reitera o combate a ruptura dos direitos dos menores.

Nessa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça publicou o informativo nº 0559/2012 negando o conflito de competência entre o juízo federal, no qual tramitava o processo de busca e apreensão ajuizada pelo genitor com fundamento na convenção de Haia e o juízo estadual da vara de família que apreciava ação demandada pela genitora na qual discutia a guarda e regulamentação de visitas. Recomendou-se apenas que suspendesse o processo de guarda até a resolução final do processo em tramite na justiça federal.

Em 2016 o Superior Tribunal de Justiça emitiu o informativo de nº 0525/2016 sobre a convenção de Haia, alegando não ser possível o retorno da criança que foi retida ilicitamente no Brasil por sua genitora. Frente a

isso, por ter decorrido mais de um ano entre a transferência do menor e a data do início do processo, além disso, ficou demonstrado, por meio de avaliação psicológica, que a criança já estaria integrada ao novo meio em que vive e que uma mudança domiciliar poderia causar malefícios ao seu desenvolvimento. Portanto, a Convenção de Haia (1980) não garante o retorno da criança de forma absoluta, ou seja, deve ser analisado todo o contexto, levando em consideração diversos fatores, como o amor e os laços afetivos construídos durante a situação e ponderar os princípios fundamentais para poder prevalecer o melhor interesse da prole, evitando o desenvolvimento transtornos emocionais ou até mesmo alienação parental.

A guarda compartilhada é um tema bastante importante na atualidade, porém restrito quando se trata de pessoas que moram em países diferente, ou até mesmo em cidades distantes. Todavia, os tribunais brasileiros não aderem a essa modalidade, por entenderem que a distância dificulta a relação, como por exemplo, as formas de deslocamento, os horários, a rotina da criança, a mudança abrupta de ambiente, de país. Nesse sentido, Brito (2013, p. 24) esclarece que “não há que se falar em guarda compartilhada quando os genitores residem em cidades diversas”. Entretanto, no âmbito internacional a distância não é vista como um obstáculo para a concessão da guarda compartilhada. Pode-se mencionar a título de exemplificação o caso de uma brasileira que conseguiu a autoridade parental conjunta na França, modalidade correlata a compartilhada no Brasil. A guarda foi exercida por meio do contato a distância, tendo a participação do pai nos assuntos de interesse do filho, mesmo o pai residindo na França e a mãe com o filho no Brasil.

Metodologia

A metodologia utilizada nesta pesquisa foi a dialética, com pesquisa bibliográfica e documental em doutrinas, periódicos científicos e jurisprudência. O trabalho de cunho qualitativo e literário, cuja intenção consiste em analisar leis nacionais e internacionais, normas específicas que fomentam as discussões a respeito do tema. Assim, a partir dos pressupostos teóricos como convenções internacionais, institutos nacionais, acórdãos pode-se compreender acerca da guarda internacional dos filhos, principalmente àqueles que discutem a aplicação da convenção de Nova York (1956) e da Convenção de Haia (1980), em diálogo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Considerações finais

Com o presente estudo constatou-se que a lei brasileira é omissa quando se trata da guarda dos filhos envolvendo pais binacionais. Mesmo levando vários fatores em consideração, a legislação e entendimentos atuais não são suficientes para lhe dar em matéria internacional envolvendo os menores. Dessa forma, o legislador não observou a problemática (guarda compartilhada entre pais binacionais) o que impõe uma realidade aos menores, impossibilitando-os o direito de conviver com seus pais de maneira salutar. Diante disso, o que observa a lei nacional difere quando envolve o direito estrangeiro. Consequência disso, os tribunais brasileiros não têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor. Os relacionamentos plurinacionais tornaram algo corriqueiro e os estudos jurídicos precisam acompanhar tal evolução. Portanto, é necessário que o Estado preserve, assegure os direitos do menor e promova a segurança jurídica às partes envolvidas no âmbito do direito internacional.

No caso francês, citado como exemplo, os interesses da criança foram respeitados, mesmo com a distância, pois ambos, os genitores, procuraram

priorizar o bem-estar da criança, utilizando todos os meios tecnológicos disponíveis para ajudar a preservar o vínculo do pai, enquanto a mãe que estava presente fisicamente contribuía para que isso ocorresse da melhor forma. Com isso, houve maturidade por parte dos pais e a decisão jurídica favorável ao superior interesse do menor prevaleceu e a guarda foi exercida com êxito por ambos os guardiões.

É sabido por todos que a criança necessita da convivência conjunta com os pais para o seu inteiro desenvolvimento, e os menores envolvidos em litígios internacionais também fazem jus a esse direito. A ausência de acordos internacionais que versam sobre o assunto deixa as partes violadas desamparadas juridicamente. Não há que se falar em respeito aos direitos humanos e constitucionais no último caso apresentado, o direito em si não está acompanhando a sociedade como esperado. Desse modo, cabe salientar que os direitos do menor são negligenciados. Observa-se ainda, que quando os pais residem em países diferentes, a realidade da guarda compartilhada torna-se cada vez mais distante, o que ocorre é a guarda unilateral sem anuência do outro genitor.

Com isso, as esperanças que nutre alguém que perdeu a guarda do filho para seu ex-cônjuge é bastante reduzida em razão do processo burocrático, lento e ineficiente. Além disso, a morosidade processual internas e internacionais podem prolongar o processo, acarretando mais sofrimento ainda ao pai não guardião e ao filho que não goza da presença conjunta dos pais, gerando assim sérios danos psíquicos e emocionais para estes. Tratar de uma temática tão delicada e pessoal exige ponderação para tentar amenizar as consequências advindas em decorrência de um fato indesejado.

Sendo assim, se faz necessário a elaboração de uma norma que trate de maneira prioritária acerca dos menores advindos de relações plurinacionais. Desse modo, os órgãos competentes no âmbito nacional como o

Ministério das Relações Exteriores, Itamaraty e a Advocacia Geral da União, com o intuito de promover uma pacificação dessa problemática devem propor o desenvolvimento de uma *Comissão de Guarda entre Pais Plurinacionais* em cooperação com entidades internacionais como o Serviço de Cooperação Internacional e a Secretaria de Direitos Humanos, objetivando entendimentos e acórdãos que garantam o bem-estar do menor. Com isso, os filhos de brasileiros não ficarão à mercê do direito estrangeiro e poderão conviver harmonicamente, eliminando qualquer traço de alienação parental e possível trama devido à ausência de seus progenitores.

Referências

BORGES, Franciele Santos; FERNANDES, Rogério Mendes. A aplicabilidade da guarda compartilhada e a observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: **Revista Atenas**. Disponível em: <https://bityli.com/Xg6cH>. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 mai. 2020.

_____. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

_____. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1969**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/19501969/L4121.htm. Acesso em 25 mai. 2020.

_____. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras

providências. Brasília, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em 25 mai. 2020.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 11 mai. 2020.

_____. **Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000.** Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 mai. 2020.

_____. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.** Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

_____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, 2008. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

_____. **Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017.** Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos, firmados pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 23 de novembro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ) - **HDE: 277 EX 2017/0021000-0**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 04/05/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859826007/homologacao-de-decisao-estrangeirahde-1963-ex-2018-0187246-2/inteiro-teor-859826017?ref=serp>. Acesso em: 21 out. 2020.

_____. Não homologada sentença estrangeira sobre guarda de filhos. In: **Supremo Tribunal Federal**. STJ, 2012. Acordo extrajudicial sobre guarda compartilhada de menor, filho de pai alemão e mãe brasileira, foi proferido pela Secretaria Municipal do Menor, em Munique, na Alemanha. Disponível em: <https://jornal-ordem-rs.jusbrasil.com.br/noticias/3109746/nao-homologada-sentenca-estrangeira-sobre-guarda-de-filhos?ref=serp>. Acesso em: 21 out. 2020.

_____. Apelação Cível nº 0006030-96.2013.4.03.6104/sp. In: **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. TRJ, 2016. Relator Exmo. Desembargador Federal Hélio Nogueira. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/4946889>. Acesso em: 21 out. 2020.

BRITO; Leila Maria Torraca de; GONSALVES, Emmanuela Neves. **Guarda compartilhada**: alguns argumentos e conteúdos da jurisprudência. In: Revista Direito GV, São Paulo 9(1), p. 299-318, Jan-Jun 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100011. Acesso em: 21 out. 2020.

CONVENÇÃO de Haia sobre os aspectos civis do Sequestro Internacional de Crianças, em 1º de dezembro de 1980. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/onu/convencao_haia_sequestro_internacional.pdf. Acesso em: 21 out. 2020.

CONVENÇÃO sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras feita em Nova York, em 10 de junho de 1958. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/legislacaointernacional/convencao-de-nova-iorque/>. Acesso em: 21 out. 2020.

DE SOUSA, Deisiane Araujo; OBREGÓN, Marcelo Fernando Quiroga. O Direito Internacional e a influência externa para a aplicação da guarda compartilhada como regra no Brasil. In: **Derecho y Cambio Social**, n. 57, p. 260-275, 2019. Disponível: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7014398>. Acesso em: 21 out. 2020.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 23 ed. 2010.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 4º ed. São Paulo, Saraiva. 2011.

MARTINS, Laessa Carvalho. A Guarda Compartilhada no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: **Virtuajus**, v. 4, n. 7, p. 121-137, 2019. Disponível: <http://200.229.32.43/index.php/virtuajus/article/view/22107/16184>. Acesso em: 18 out. 2020.

NORONHA, Maressa Maelly Soares; PARRON, Stênio Ferreira. A evolução do Conceito de Família. **Revista Pitágoras**, v. 3, n. 3, p. 1-21, 2012. Disponível em: http://uni-esp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170602115104.pdf. Acesso em: 21 out. 2020.

PINHEIRO, Thaise de Paula; SILVA, Maria Izabel da. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. Bimestral v.23 (ago./set. 2011).

SILVA, Cláudia Silvestre da. As inovações trazidas ao direito de família brasileiro pela lei nº 13.058/2014-guarda compartilhada. In: **Revista Multidisciplinar Pey Këyo Científico**, v. 6, n. 2, p. 25-35, 2020. Disponível em: <http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/pkcroraima/article/viewArticle/8224>. Acesso em: 21 out. 2020.

A constituição de família dentro da ótica pós-moderna do Direito das Famílias: as novas entidades familiares e a proteção constitucional

*Isabelly de Castro Machado da Silva*¹
*Sheila de Andrade Ferreira*²

Introdução

A clássica canção da banda Titãs revela o conceito de família no imaginário popular brasileiro: “Família, família, papai, mamãe, titia”³. Com isso, é nítido que a luta contra os preconceitos às formas não usuais dentro da cultura brasileira conservadora assume relevante papel, posto que tutelar a proteção a essas formas de família é garantir a construção do respeito, principalmente dentro do viés da dignidade da pessoa humana, basilar em qualquer relação entre pessoas ou diante da relação vertical entre Estado e indivíduos.

A Constituição Federal de 1988, apesar de não reacionária às mais variadas formas de família não aceitas culturalmente no final do século XX⁴, estabeleceu a ampla proteção ao núcleo familiar, reconhecendo sua

¹ Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Piauí. Membro da Comissão de Direito Homoafetivo e Gênero do IBDFAM-PI. Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do>. E-mail:

² Doutoranda em Direito Constitucional pela UNIFOR. Mestra em Família na Sociedade Contemporânea pela UCSAL. Defensora Pública do Estado do Piauí. Diretora Cível da DPE-PI. Professora da Universidade Estadual do Piauí. Membro da Diretoria do IBDFAM-PI. Presidente da Comissão Estadual de Direito Homoafetivo e Gênero do IBDFAM-PI. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5273543965619386>. E-mail: sheila.af.1019@gmail.com.

³ Composição de Tony Bellotto e Arnaldo Antunes, foi lançada em 1987, poucos antes da inovação constitucional da Constituição Cidadã, demonstrando o imenso significado social trazido dentro da Carta Política, que revolucionou dentro de seu tempo.

⁴ A Constituição de 1988 apesar de ter inovado ao expressamente prever a família convivencial e a monoparental, além de conferir igualdade entre os cônjuges e filhos havidos durante a sociedade conjugal ou não, se manteve silente em relação às outras diversas formas de família já existentes no Brasil à época de sua promulgação. Exemplo disso é a não previsão expressa das famílias homoafetivas, mesmo com movimentos sociais fortes buscando o reconhecimento dessas entidades.

posição de base da sociedade. Assim, ainda que nossa Carta Política não verse sobre as famílias mononucleares, ou ainda sobre as famílias homoafetivas, o constituinte entendeu por bem não limitar tal proteção com base na visão de família da canção da banda Titãs.

Por assim ter feito, o Direito Brasileiro alcançou, no âmbito constitucional⁵, a ampla e inovadora proteção à entidade familiar, não restringindo em lei as formas de família a serem protegidas, preferindo, no entanto, garantir que a proteção alcançasse a todos os núcleos familiares, ainda que não usuais dentro da visão conservadora da compreensão brasileira.

Dessa maneira, é possível vislumbrar um país mais respeitoso com as diferenças, visto que cabe ao Poder Judiciário definir, no caso concreto, o que se encaixa ou não dentro do conceito abstrato de família⁶. Importante frisar também que o constituinte não agiu de bom grado em resposta à inércia do povo brasileiro, mas assim o fez por movimentos e realidades sociais que muito demonstram a distância do povo brasileiro em relação aos paradigmas criados e preservados na cultura conservadoras.

A obra *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda, lançada em 1936, dentro de uma realidade jurídica e social aquém do avanço hoje conquistado, demonstra que a clássica visão de família com o núcleo composto por marido, esposa e seus filhos e filhas nunca seguiu o correto padrão imposto, visto que traições e filhos havidos fora do casamento (chamados de adúlteros ou ilegítimos pelo Código Civil da época) eram comuns e aceitáveis dentro da relação de hierarquia entre homem-mulher.

Imperioso, conforme o pensamento do ilustre sociólogo, manter o “homem cordial”, que seria aquele capaz de esconder suas verdadeiras

⁵ Inclusive sendo umas das Constituições mais avançadas do mundo, por elevar à posição constitucional amplos direitos sociais, conforme observa o jurista italiano Luigi Ferrajoli.

⁶ Em relação a isso, é imperioso destacar o fundamental papel do Supremo Tribunal Federal em conferir “status” de entidade familiar às famílias homoafetivas, por realizar interpretação conforme à Constituição Federal de 1988 do artigo 1723 do diploma civilista, no julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132.

intenções com o propósito de se enxergar nos outros, isto é, pertencer à sociedade brasileira. Assim ele denota: “Equivale a um disfarce que permitirá a cada qual preservar inatas suas sensibilidades e suas emoções”.

Nesse viés, o homem brasileiro, ou homem cordial⁷, necessita de uma relação afetiva com os demais integrantes da sociedade para manter a aproximação, escondendo os aspectos do cotidiano que se mostrarem capazes de minar sua vida social e vivendo em bandos para não suportar o peso de ser indivíduo sozinho. Com essa relação, o preconceito transparece no povo brasileiro, que se une aos demais como fuga e perpetua ideais objetivando a aceitação do meio em que vive.

Sendo assim, discutir as formas de exteriorização do núcleo familiar também é discutir gênero, tendo em vista que as mulheres foram reprimidas e subjugadas ao papel secundário na relação durante séculos, impondo a elas o dever de educar e sustentar moralmente a entidade familiar, ainda que em detrimento de sua liberdade sexual e patrimonial, suportando infidelidades conjugais em nome da manutenção da imagem clássica de “papai, mamãe, titia”⁸.

A noção de entidade familiar como núcleo de pessoas constituído por laços afetivos, estabelecendo entre si um sentimento de solidariedade não remonta aos séculos passados, posto ser fruto de intenso trabalho social para reconhecimento de família como união e afeto, distanciando-se da ideia de coabitação como pressuposto para esse reconhecimento da entidade familiar, inclusive.

A obra de Aluísio Azevedo, “O Cortiço”, ainda mais remota que a de Sérgio Buarque de Holanda, põe em xeque a questão econômico-social, que reflete na visão de pertencimento entre os sujeitos, principalmente

⁷ Expressão utilizada por Sérgio Buarque de Holanda ao se referir ao homem brasileiro, que necessitaria de aprovação do meio social em que vive.

⁸ Na visão sempre machista da mulher que não se casava jovem, usando a expressão sexista “vai ficar para titia”.

dentro da sociedade do século XIX que ainda se acostumava com a recente abolição da escravatura no país, perpetuando sentimentos de segregação racial e superioridade de pessoas brancas.

Analisando sob tal ótica, a influência do Naturalismo proposto pelo clássico autor demonstra que os indivíduos são movidos por seus instintos naturais, como a sobrevivência e reprodução da espécie. Assim, os personagens são retratados por seus instintos, enquanto se relacionam e estabelecem a relação de influenciar e ser influenciado pelo meio social em que vivem.

Aluísio de Azevedo, quando retrata a personagem Estela, que vive um casamento infeliz e marcado de infidelidades por parte dela, a caracteriza como a mulher pecadora, sexualizada, real, seguindo seus instintos de mulher, não como a mãe sacramentada da imagem de Virgem Maria. Com isso, a visão da mulher dentro da sociedade permite que esta se posicione acerca da sua capacidade materna, com pré-conceitos de que a figura materna não pode se corromper com os instintos humanos, mas deve ser preservada pela fé no divino.

De igual maneira, a sociedade atual brasileira lutou avidamente pelas conquistas femininas, principalmente no que tange a sua autodeterminação. A chegada da pílula anticoncepcional no Brasil, em 1962, teve importantes reflexos na construção do novo paradigma familiar, que não mais via a mulher apenas como genitora, mas possibilitava o planejamento familiar como pressuposto de uma carreira profissional.

No entanto, conforme a ideia de políticas públicas, ainda que com viés social, serem voltadas para o impulso econômico do país, o planejamento familiar não foi proposto com o objetivo de salvaguardar as mulheres e preservar sua posição laborativa, mas foi voltado com o fito de controlar os nascimentos, que no século XIX ameaçavam a demografia nacional.

Por essa razão, a realidade socioeconômica de um país reflete nas relações interpessoais de seu povo, por estabelecer hierarquias sociais e padrões do que é certo e errado, com normas a serem respeitadas exclusivamente por motivações de ordem da economia social, como o planejamento familiar iniciado na segunda metade do século XIX.

Sendo assim, conclui-se que a análise da aceitação das novas formas de família (muitas nem tão novas assim, mas recém desnudas na sociedade, por antes serem invisíveis) mantém íntima relação com os aspectos culturais, sociais, históricos e econômico-financeiros. Ou seja, o Estado cede à pressão social quando o setor econômico é movido naquela direção, como foi no país e em diversas outras sociedades a conquista da abolição da escravatura, do voto feminino e outros.

Com isso, de maneira introdutória, resta sopesar a atuação legislativa e jurisprudencial no sentido de coibir que as mudanças sociais sejam postas em segundo plano diante de assuntos de cunho financeiro, garantindo que a dignidade da pessoa humana seja respeitada assim como elencada em nossa Constituição Federal: fundamento da República.

Portanto, a visão ampla, reacionária e atual do núcleo familiar, com sua proteção constitucional garantida, é conquista e luta ao mesmo tempo, haja vista diversas entidades familiares, ainda que sob o amparo legislativo, encontrarem embaraços no cotidiano brasileiro, oriundos de uma cultura conservadora que impede a igualdade entre as formas de família, subjugando a maioria não usual em prol de uma minoria que não reflete o panorama da sociedade brasileira.

1. A proteção constitucional à entidade familiar

A Constituição Federal de 1988 inovou ao dispor exaustivamente sobre os direitos fundamentais e as garantias individuais e coletivas, conferindo ao povo brasileiro uma Carta Política atenta aos diversos atos

de abuso e desrespeito aos direitos humanos durante o período da ditadura militar.

Assim, a nova constituição, carinhosamente apelidada de "Constituição Cidadã" por Ulysses Guimarães não só pelo extenso rol de artigos voltados à área social, mas também por representar a redemocratização do país e a possibilidade do efetivo exercício da cidadania, desconhecido pelos brasileiros, que sucessivamente sofreram com governos autoritários e democracias fajutas e mascaradas.

Com isso, a Carta Política expandiu seus horizontes e tutelou direitos até então não inseridos nas antigas constituições, como a proteção à entidade familiar, que nem mesmo estava presente na Carta de 1824, apesar de oriunda em época conservadora.

Dessa forma, a Constituição Imperial nada trouxe acerca da família ou do casamento civil, ao menos não do povo brasileiro, se restringindo às normas relativas à família imperial brasileira, haja vista a linha de sucessão do trono assim exigir. De igual maneira, a recém República também não se preocupou com a proteção ao núcleo familiar, mas estabeleceu que apenas o casamento civil seria válido, como medida de rompimento de laços com a Igreja, acostumada com o excesso de poder proporcionado por um Estado Monárquico.

A Constituição de 1934, consagrando os direitos sociais, estabeleceu a proteção à família em seu artigo 144, mas dispôs que tal entidade seria formada apenas pelo casamento indissolúvel, restringindo amplamente as relações familiares e impossibilitando a aplicação às demais formas de família, como mães e pais solo. Assim o fez também a Carta Política de 1937.

A Carta Política de 1946 apenas estabeleceu novas normas acerca do casamento civil e religioso, permitindo a equivalência dos dois, desde que observadas as prescrições legais e assim desejasse o interessado. As demais

Constituições dispuseram da mesma forma, vindo a surgir as inovações apenas em 1988, com o alívio democrático.

Dessa maneira, o artigo 226 consagrou o efeito civil do casamento religioso nos termos da lei, manteve o casamento como civil, conferiu proteção à união estável entre homem e mulher (categoricamente conservador e invisibilizando as relações homoafetivas), posicionando de forma igualitária homem e mulher diante dos direitos e deveres oriundos da sociedade conjugal, reconhece a entidade familiar como qualquer um dos pais e seus descendentes (abarcando mães e pais solo) e igualando filhos biológicos e adotivos, além de não mais diferenciar a prole havida ou não durante a constância do casamento⁹.

O caput do referido artigo assim estabelece: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Sendo assim, é constitucionalmente reconhecida a posição ímpar do núcleo familiar, por ser a base da sociedade e justamente por este motivo necessitar da mais ampla proteção. Não há mais a previsão do casamento indissolúvel para o reconhecimento da família, mas a visão de que a sociedade conjugal pode chegar ao fim através do divórcio.

É evidente, então, a amplitude conferida aos núcleos familiares pós Constituição Cidadã, proporcionando que os direitos sociais se destinem ao maior número de formas de família, tirando da sombra diversas formas marginalizadas e invisibilizadas.

2. As novas formas de família

A proteção a todas as formas de família, incluindo expressamente as famílias monoparentais e as uniões estáveis, ganhou nova concepção com

⁹ Restando preconceituosa e desarmoniosa com o momento social vivido e o avanço legislativo, principalmente diante do princípio da dignidade da pessoa humana, a classificação entre filhos legítimos e ilegítimos, à época do Código de Clóvis Beviláqua.

a promulgação da Constituição Federal de 1988. Assim, ainda que no final do século XX os avanços sociais não fossem tão engajados como hodiernamente, algumas conquistas já eram celebradas, como o voto feminino e a ascensão cada vez mais veloz da mulher no mercado de trabalho.

Dessa forma, a amplitude conferida pelo dispositivo constitucional permitiu que determinados movimentos sociais ganhassem ainda mais voz, como por exemplo as famílias monoparentais, que apesar de serem realidade no país, sofriam com a invisibilidade.

A Pesquisa sobre Padrões de Vida de 1996-1997 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) revela que na época do estudo havia uma íntima relação entre a maternidade solo e a pobreza.

[...] chega-se à estimativa de que 37% das crianças nascidas durante esses anos nasceram de mães solteiras. Da mesma forma que com as mães adolescentes, existe uma forte associação entre a mãe solteira e pobreza. De fato, 73,8% das mulheres solteiras que tiveram filhos nascidos vivos nesses cinco anos pertenciam aos 50% de domicílios mais pobres. É muito preocupante o fato de se encontrar uma proporção tão elevada de crianças para quem à condição de pobreza se acrescenta a situação desfavorável de terem mães adolescentes e solteiras.

Com isso, é nítido que a proteção constitucional, ainda que ampla, não abarcava por completo essas famílias monoparentais, pois as mães solo não detinham as mesmas oportunidades, condições e privilégios que a família da canção de Titãs. Esse acontecimento é lógico quando posto em confronto com a parentalidade responsável, que há muito vem invadindo as relações de pais e filhos e equilibrando as obrigações de pai e mãe com o fito de atingir patamar igualitário.

Percebe-se, ao analisar a sociedade do final do século XX, que os julgamentos a formas de famílias não usuais era comum e pertencia ao imaginário popular, o que dificultaria o rompimento de barreiras

preconceituosas com a simples promulgação da Constituição, visto que leis, por si só, não são capazes de mudar uma cultura enraizada.

Tendo isto em vista, ainda hoje percorremos o caminho que concederá a equidade aos tratamentos das mais variadas formas de família, protegendo cada qual segundo as suas fragilidades dentro da sociedade. Desse modo, a luta em prol do respeito à monoparentalidade se mantém atual.

Reconhecemos, entretanto, que as constantes dissoluções das sociedades conjugais e aumento exponencial das relações afetivas não formalizadas contribui para a quebra de paradigmas culturais, estimulando que os direitos sociais sejam igualmente conferidos às formas de núcleo familiar que diferem da típica família brasileira composta pelo pai, pela mãe e por seus filhos e filhas.

Essa revolução social é energizada também pela maior ocorrência da monoparentalidade em classes financeiramente mais favorecidas, distanciando a relação entre mãe solo e pobreza, que antes era íntima, conforme estudo do IBGE. Ou seja, o direito dos ricos clamava em conjunto com as vozes silenciadas por maior reconhecimento e menos julgamentos sociais, além de maior segurança jurídica no que tange às decisões judiciais relacionadas a essas famílias.

Além disso, a discussão da monoparentalidade merece especial atenção em sua relação com a desigualdade de gênero e a subjugação da mulher ao papel exclusivo de genitora e mãe, com a função principal de educar os filhos, enquanto aos homens é reservada a possibilidade de se reerguer de um relacionamento frustrado e constituir uma nova família

tradicional, restringindo sua convivência e participação na vida dos filhos às chamadas visitas¹⁰.

Nesse viés, o termo “mãe solteira” deixou de ser usado, cedendo espaço ao termo mais adequado “mãe solo”, em razão da qualidade de estar ou não em um relacionamento não interferir necessariamente no compartilhamento de atribuições decorrentes da criação de um filho. Com isso, é possível entender que ainda há a subjugação das mulheres inclusive dentro da constância matrimonial, reservando a elas o dever indelegável de cuidar da prole.

Por outro lado, se o reconhecimento das famílias monoparentais foi tarefa difícil para o conservadorismo brasileiro, a extensão da proteção às famílias homoafetivas encontrou (e encontra!) duros entraves sociais, jurídicos e políticos. Com a omissão do Poder Legislativo, restou ao Poder Judiciário o papel de conceder o título de entidade familiar também aos casais homoafetivos.

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homoafetiva como família¹¹, importando em visibilidade a esses núcleos discriminados. A conquista, no entanto, está atrasada, tendo em vista o Censo do IBGE 2010 já identificar mais de 60 mil famílias homoafetivas, que até a recente decisão do Supremo não eram enxergadas. Consoante à decisão:

Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao

¹⁰ Diante disso, brilhante e atual o projeto da Defensoria Pública do Estado do Piauí em conscientizar a população piauiense de que pai não é visita. Ao contrário, a relação afetiva entre pais e filhos não se limita a finais de semanas alternados, sendo muito mais adequado tratar de convivência familiar.

¹¹ Julgamento das ADPF nº 132-RJ e ADI nº 4277-DF. A decisão é oriunda de uma interpretação conforme à Constituição do art. 1.723, do Código Civil. O reconhecimento, então, das uniões homoafetivas como entidades familiares representa o avanço constitucional no plano dos costumes, caminhando em direção ao pluralismo social-político-cultural.

utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa”.

A inovadora decisão (ainda que tardia, diante de um Poder Legislativo inerte às questões sociais) do STF oportunizou que o Superior Tribunal de Justiça garantisse o acesso livre ao casamento, sem a necessidade da conversão da união estável. Porém, os avanços e conquistas obtidas através do Poder Judiciário, com mutações constitucionais e interpretações conforme a Constituição, refletem um Poder Legislativo amedrontado diante das novas reivindicações sociais e inerte em relação aos problemas culturais que vivemos.

A possibilidade expressa do divórcio dentro da Constituição Federal reforçou e perpetuou o avanço da Emenda Constitucional 09/1977, regulamentado pela Lei nº 6.515/1977. Assim, houve inusitadamente o reconhecimento das famílias constituídas, que são aquelas em que pelo menos um dos cônjuges possui filhos de uma união anterior.

Ademais, as famílias anaparentais também se beneficiaram com a ampla proteção constitucional. Nesse sentido, a jurisprudência é uníssona no sentido de que “inexiste qualquer intenção restritiva na Constituição Federal ao estabelecer o conceito de entidade familiar como ‘comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes’. Pelo contrário, a interpretação doutrinária e jurisprudencial majoritária aponta pela ampliação do conceito, de forma a abarcar a família anaparental”.

Contudo, é imperioso reconhecer que apesar das inúmeras conquistas o caminho à plena efetivação dos direitos sociais a todas as formas de núcleos familiares ainda é realidade distante, posto que o conservadorismo é o mal da cultura nacional. Em razão disso e de outros fatores político-econômico-sociais, as famílias simultâneas e poliamorosas ainda não são objetos de reconhecimento, tendo sido renegadas ao invisível.

Dessa maneira, a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça¹² demonstrou a imaturidade social e jurídica quanto à aceitação e concessão de direitos às unidades familiares poliafetivas, com a proibição nacional de cartórios registrarem essas uniões em escritura pública.

Em razão disso, é necessário diferenciar as famílias poliafetivas (ou poliamorosas¹³) das famílias paralelas (ou simultâneas). Enquanto estas são, geralmente, havidas de forma a manter o segredo de uma família da outra, segregando-as, aquelas possuem um mesmo núcleo, em que os indivíduos que os compõem trocam afetos entre si de igual maneira.

Apesar da diferenciação, as famílias simultâneas também não são reconhecidas juridicamente, em que pese a sociedade conviva com essa espécie de família desde os primórdios. Desse modo, o plenário do STF decidiu que os ideais monogâmicos ainda permeiam as relações familiares, inclusive em uniões estáveis, que a Constituição Federal não abriu margem para a bigamia, mas apenas conferiu igualdade de tratamento quanto ao casamento.

Importante civilista da Universidade de Direito do Largo São Francisco, José Fernando Simão, em seu artigo sobre o tema conclui que as famílias paralelas são um “nada jurídico”, posto que “a relação afetiva construída entre seu marido/mulher ou companheiro/companheira com um terceiro/terceira não ultrapassa o campo social”, não constituindo, portanto, um núcleo familiar paralelo, sendo válido somente o vínculo de união estável originário ou o matrimônio.

Ao nosso ver, humildemente, discordamos do ilustre civilista, posto que as revoluções sociais e culturais permitiram um maior reconhecimento da entidade familiar, ainda que as novas formas sejam contrárias

¹² A decisão é datada de 26 de junho de 2018, o que demonstra o caminhar retrógrado da sociedade, que apesar de ter ciência da existência dessas formas de família, negou o seu reconhecimento jurídico.

¹³ Importante mencionar que em 2017 a Colômbia já possuía um “trisal” com união reconhecida.

ao paradigma conservador estabelecido¹⁴. Nesse sentido é essencial diferenciar as relações simultâneas e as relações poliafetivas, sendo ainda necessário destrinchar a possibilidade de que dentro de relações simultâneas seja mantido o absoluto segredo entre as duas famílias.

Registre-se, também, que nem os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal foram uníssonos no julgado, tendo em vista o acirrado julgamento, com 5 votos vencidos, demonstrando que a matéria está distante de ser pacífica em nossa Suprema Corte e causas similares, buscando o reconhecimento de uniões paralelas, continuarão a desaguar nos tribunais pátrios.

A tese formulada foi: “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”.

Com isso, é possível enxergar que a justificativa da decisão contrária às famílias simultâneas ocorreu pelo dever de fidelidade e pela monogamia, consagrada não só no direito brasileiro, mas no âmbito social, cultural e político do Brasil.

A teoria defendida por Zygmunt Bauman em sua obra “Amor Líquido” demonstra que as relações entre os indivíduos estariam cada vez mais propensas a durarem menos tempo, não só no campo amoroso, mas em todos os aspectos afetivos, em virtude da liquidez da modernidade, que clama por relacionamentos rápidos, sem adaptações ou cessões mútuas, mas impondo um padrão de certo e errado a se encaixar nas pessoas,

¹⁴ Nesse sentido, a própria autodeterminação do indivíduo e a noção de Direito de Família mínimo em relação às ingerências estatais dentro do contexto privado, mais sensíveis na esfera familiar, deveriam nortear uma posição de maior liberdade para as escolhas individuais, baseadas em relações de afeto e carinho que dizem respeito tão somente às pessoas envolvidas.

definindo que, em caso de diferenças entre parceiros, o mais cômodo é simplesmente arranjar um novo amor.

Dessa maneira, apesar da sociologia apontar para mudanças de paradigmas de socialização e relacionamentos entre indivíduos, o Direito brasileiro ainda persiste em busca de um apelo moral enraizado culturalmente, mas não atento aos novos comportamentos sociais. Exemplo disso é justamente a descriminalização do adultério¹⁵, com a revogação do art. 240 do Código Penal, o qual previa uma pena de detenção de 15 dias a 6 meses, inclusive para o co-réu, ou seja, aquele que nem mesmo estaria imbuído do dever de fidelidade oriundo do matrimônio.

Em uma visão histórica, o crime de adultério iniciou a persecução penal apenas contra as mulheres, cedendo espaço para impunidade da infidelidade dos homens, reflexo de uma sociedade machista em que a mulher era considerada propriedade de seu marido, sendo o crime de adultério muito mais que o descumprimento de deveres conjugais, mas representando um ataque ao direito do homem em relação ao corpo de sua esposa.

Essa descriminalização prova que nem mesmo o Direito Penal foi capaz de impedir que infidelidades e traições acontecessem, visto ainda no século XIX a literatura registrou diversos episódios de adultérios, até mesmo na Família Real Brasileira¹⁶. Tendo isto em vista, a revogação do artigo 240 ocorreu por inúmeros motivos, entre eles o avanço social e a

¹⁵ A descriminalização ocorreu apenas em 28 de março de 2005, pela Lei nº 11.106. Com o objetivo de trazer o mínimo ético à sociedade brasileira, o Código Penal contava com outros elementos normativos de difícil aferição objetiva, como o termo "mulher honesta", que foi retirado dos artigos 215 e 216 pela mesma Lei. Assim, tal termo permitia uma distinção injusta entre mulheres, tutelando o direito de uma parcela considerada honesta pela sociedade da época, enquanto se negava a respeitar e tutelar o direito de mulheres consideradas promíscuas ou prostitutas, que pela antiga expressão utilizada poderiam sofrer lesão à liberdade sexual. Desse modo, além de possuir conotação machista e preconceituosa, o termo em nada influenciava na aplicação efetiva do direito justo, tendo em vista que a honestidade do indivíduo perante o meio social não influencia no crime contra a liberdade sexual.

¹⁶ A literatura da época e registros históricos demonstram que o relacionamento de Dom Pedro I e Leopoldina era conturbado, marcado por traições vexatórias e escancaradas. Impossível nunca ter ouvido falar do símbolo master dessas infidelidades: Domitila de Castro, que foi nomeada Marquesa de Santos e marcou presença em inúmeros eventos da realeza.

inaplicabilidade do dispositivo legal frente aos novos paradigmas de relacionamentos.

Nesse viés, essa alteração legislativa apenas em 2005 prova o descompasso jurídico-social, demonstrando a excessiva preocupação do Direito com o mínimo ético e moral e o desleixo em relação às situações fáticas e à realidade social experimentada, com sucessivos avanços que clamam por um ordenamento jurídico moderno e livre de amarras culturais preconceituosas ou entraves morais que em nada acrescentam.

Assim, já dizia Lulu Santos: “tudo muda todo tempo no mundo”¹⁷. A velocidade de alterações comportamentais e culturais que influenciam nas relações interpessoais é enorme e o Direito não se pode dar ao luxo de tutelar apenas o que gostam e concordam as pessoas que detém o poder. Nossa própria Carta Política inicia com o pronome “nós”. Não são somente os políticos, ou os juristas, ou os de classe abastada. Somos “nós”, o povo brasileiro, o povo miscigenado, que mesclou cultura, religião e política de várias partes do mundo para a criação de um ordenamento jurídico inovador e plural.

Dessa maneira, o acirrado julgamento do STF acerca das relações simultâneas prova que ainda hoje experimentamos o embate entre o Direito e a Moral, em que se busca delimitar até onde a linha tênue da teoria do mínimo ético alcança, em detrimento de pessoas invisibilizadas em razão de uma moral superior à dignidade da pessoa humana.

Por esta razão, o não reconhecimento das famílias simultâneas, em pleno século XXI, não é de assustar, tendo em vista que apenas nesse mesmo século obtivemos a conquista da Lei Maria da Penha, oferecendo

¹⁷ “Nada do que foi será de novo do jeito que já foi um dia”, da mesma canção “Como uma onda” do músico Lulu Santos, demonstra que os avanços já conquistados repercutem na esfera social, propiciando um ambiente mais pacificado para mais conquistas. Assim, é papel do Poder Judiciário decidir de forma cada vez mais justa, servindo o processo como meio e não fim em si mesmo, agregando para que novas decisões justas venham a repercutir no sistema de precedentes.

uma resposta mais dura à violência doméstica enraizada em nossa cultura machista, a revogação do artigo que tratava sobre o crime de adultério, a Emenda Constitucional nº 66/2010, tornando o divórcio um direito potestativo, sem necessidade do instituto da separação judicial, demonstrando o distanciamento do instituto do casamento civil e religioso no que concerne à indissolubilidade do vínculo conjugal.

No entanto, ao analisar os deveres impostos aos casados, como o dever de fidelidade, de mútua assistência e guarda e educação dos filhos, ainda é possível enxergar uma íntima conotação moral, visto orientar todo o rol de obrigações a um par de indivíduos, negando a concepção de que a fidelidade não alcança necessariamente apenas dois indivíduos.

Sendo assim, as famílias poliafetivas, formadas por indivíduos que mantêm entre si um vínculo de união e amor, não desmerecem o dever de fidelidade, pois estabelecem entre eles a confiança necessária à interação sexual e afetiva restrita ao âmbito do núcleo familiar, estendendo a fidelidade a todos os participantes do relacionamento.

De modo diverso, as famílias simultâneas não podem ser condenadas ao não reconhecimento em razão do descumprimento do dever de fidelidade, visto que existe a hipótese do sujeito manter por longos anos relações paralelas em segredo, em que um núcleo familiar desconhece o outro. Visto isso, soa injusto o privilégio do núcleo familiar constituído primeiro em detrimento de um núcleo familiar posterior que pode igualmente ser fruto de uma relação de união, com os mesmos deveres aparentemente respeitados.

Em causas previdenciárias, buscando pensão por morte, tal injustiça é ainda mais alarmante, podendo haver situações em que ambas as companheiras (ou companheira e esposa) somente descubrem a existência do outro vínculo com o falecimento do companheiro. Nessa situação, há de se cogitar na negativa de direitos previdenciários com base no pressuposto

dever de fidelidade? Nos parece que não, haja vista a situação de ambas as relações demonstrarem que o falecido agiu de má-fé nos dois relacionamentos.

Por essa razão, o estudo da boa-fé objetiva¹⁸, consagrada no Código Civil de 2002, intimamente ligada ao princípio da eticidade, deve ser atento às possibilidades de relações paralelas serem supostamente constituídas como relacionamentos únicos.

Em virtude disso, a aplicação da boa-fé é estendida às relações familiares, que prezam por interações leais e honestas. Se caracterizado como contrato, ao matrimônio é expressamente guardado o dever de agir com probidade, lealdade e honestidade, conforme o art. 422 do Código Civil¹⁹.

Ainda que seja defendido que casamento e união estável não configuraram contratos por ausência de conteúdo patrimonial, é inegável que ambos os institutos repercutem na esfera patrimonial, com implicações jurídicas particulares e extensas, como a pensão e alimento ao cônjuge, a partilha de bens, a qualidade de herdeiro necessário, etc.

Por isso, o artigo 422 pode ser perfeitamente aplicável ao casamento e à união estável, estabelecendo que a formação desses vínculos e a perpetuação desses relacionamentos devem guardar a probidade e a boa-fé. E, em virtude do Direito Civil se empenhar em perseguir a justiça social, a boa-fé exerce importante papel nos casos envolvendo institutos familiaristas.

Assim sendo, as famílias simultâneas aparentemente mantidas como único núcleo familiar não podem ser prejudicadas em razão da má-fé de apenas um indivíduo, que agiu fraudando o instituto e descumprindo o

¹⁸ No atual diploma civilista, a boa-fé é impulsionada, não se limitando à averiguação da intenção das partes, no campo das ideias, mas assumindo efetivo papel de práticas de lealdade e honestidade, concebida de forma integral no âmbito dos negócios jurídicos.

¹⁹ Assim diz: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

dever de fidelidade, de mútua assistência e de agir com probidade e honestidade. No mesmo sentido, a poliafetividade não retira necessariamente do vínculo constituído entre os indivíduos unidos por laços de afeto o caráter da boa-fé objetiva, nem necessariamente implica no descumprimento do dever de manter postura fiel, posto que este não é relacionado exclusivamente com a monogamia²⁰.

Dessa forma, no caso concreto, há de se averiguar se o dever de agir com boa-fé foi descumprido por quaisquer dos interessados em pleitear o reconhecimento do núcleo familiar. Ou seja, age de má-fé a amante que sabendo ser amante e sabendo que a esposa de seu parceiro desconhece sua existência ajuíza ação em busca de benefícios previdenciários em razão do caso extraconjugal.

Do mesmo modo, age de má-fé a esposa que, sabendo, aceitando e convivendo com o marido adúltero alega os deveres conjugais como forma de se proteger de ações movidas em decorrência de relacionamentos simultâneos.

Ao contrário, no entanto, não de ser respeitadas as relações paralelas mantidas em segredo, em que os núcleos familiares desconhecem a existência da infidelidade conjugal, sob pena de agir injustamente, beneficiando um núcleo em detrimento do outro exclusivamente em razão do maior tempo de convivência. Ou seja, ambos os relacionamentos deverão de ser protegidos e reconhecidos como entidades familiares autônomas.

Conclui-se, portanto, que o julgamento acerca das famílias simultâneas e poliafetivas não expurgou futuras discussões sobre o tema no judiciário brasileiro, mas apenas tornou ainda mais controverso o tema,

²⁰ Dessa forma, se monogamia e fidelidade estivessem intimamente ligadas, as traições somente ocorreriam em relacionamentos poliafetivos. No entanto, conforme exaustivamente já destrinchado, até mesmo a realeza brasileira, conservadora e religiosa, presenciava casos de adultério.

com juristas divididos entre o reconhecimento ou não, em virtude do acirrado placar vencedor. Assim, como Lulu Santos, “tudo muda o tempo todo” e o cenário social irá refletir em novos julgamentos acerca do tema, em um Brasil mais plural, menos conservador e mais aberto a decisões jurídicas afastadas da moral predominante.

Considerações finais

Desse modo, conforme visto acima, apesar da Constituição Federal de 1988 ter se limitado a prever expressamente apenas as famílias matrimoniais, convencionais e monoparentais, o avanço social representou, ainda pela especial proteção conferida às entidades familiares, o Direito das Famílias em seu sentido plural, como assim preleciona a pioneira dessa expressão, Maria Berenice Dias.

Assim, Conrado Paulino assevera: “a coexistência de modelos leva a uma abertura à diversidade e à necessidade de aceitar e conviver com o diferente”, consoante justamente com a impossibilidade das ingerências estatais em assuntos tão privados e sensíveis como a sexualidade, a afetividade e o *animus familiae*, que diz respeito ao próprio indivíduo e não aos impedimentos e legislações que tutelam o instituto da família e a maioria das vezes engessam os sentimentos envolvidos.

Nesse sentido, é evidente que as bases tradicionais centenárias do patriarcalismo foram abaladas com os avanços legislativos que buscaram emancipar as relações familiares e conferir nova roupagem ao instituto e aos papéis sociais do homem e da mulher. Posto isso, a aplicabilidade do princípio da autonomia privada familiar assegurou o Direito de Família mínimo, uma vez que o próprio diploma civilista assevera que “é defeso a

qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”²¹.

É sedimentado na doutrina moderna, então, que a autodeterminação do indivíduo é norteadora das constituições das mais variadas formas de família, fundadas não em preceitos legais, ainda que necessitem ou alcancem os efeitos jurídicos previstos, mas alicerçadas em afetividade, lealdade, fidelidade e assistência, sentimentos que jamais poderão ser engessados em conceitos jurídicos prontos e determinados.

Portanto, o Direito das Famílias moderno reconhece sua própria fluidez e sua incapacidade para restringir as liberdades individuais frente à velocidade das modificações sociais, políticas, culturais e religiosas. Dessa maneira, as recentes conquistas de reconhecimento como entidade familiar das formas distintas do conservadorismo revelam que a tutela do Estado deve ser mínima nesse quesito, tão somente para assegurar os direitos fundamentais nas relações privadas de família e garantir o respeito à dignidade da pessoa humana frente à sexualidade, à afetividade, à liberdade de autodeterminação e de escolha da forma familiar.

Referências

BBC NEWS. **Como relacionamentos poliafetivos estão quebrando tabus.** Disponível em: www.bbc.com/portuguese/internacional-40687468. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal. Centro Gráfico, 1988.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília: ano 139.

_____. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro: 1940.

²¹ Conforme expõe expressamente o próprio art. 1513 do Código Civil de 2002, em privilégio à intimidade e à liberdade de autodeterminação dentro do seio familiar.

CNJ. **Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas.**

Disponível em: www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/. Acesso em: 14 set. 2021.

COSTA, Dilvanir José da. **A família nas Constituições.** Disponível em:

www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92305/Costa%20Dilvanir.pdf?sequence= Acesso em: 13 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** JusPODIVM: 14 ed, Salvador, 2020.

IBDFAM. **Reconhecimento das famílias homoafetivas pelo STF comemora dez anos.**

Disponível em: www.ibdfam.org.br/noticias/8427. Acesso em: 12 set. 2021.

IBGE. **Pesquisa sobre padrões de vida: 1996-1997.** Disponível em:

www.biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv6974.pdf. Acesso em: 12 set. 2021.

JUSBRASIL. **IBGE detecta 60 mil famílias homoafetivas pelo Brasil.** Disponível em:

www.arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100043162/jornal-o-globo-ibge-detecta-60-mil-familias-homoafetivas-pelo-brasil. Acesso em: 14 set. 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo.** 7 ed. JusPODIVM:

Salvador, 2020.

SIMÃO, José Fernando. **Sim, eu tinha razão e o STF confirmou que não há famílias paralelas no Brasil.** Consultor Jurídico. Disponível em: www.conjur.com.br/2020-dez-20/processo-familiar-stf-confirma-nao-familias-parallelas-brasil. Acesso em: 13

set. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF rejeita reconhecimento de duas uniões estáveis**

simultâneas. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457637&ori=1>. Acesso em: 15 set. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível**

10079140205307001 MG. Disponível em: www.tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864030635/apelacao-civel-ac-10079140205307001-mg/inteiro-teor-864031067. Acesso em: 15 set. 2021.

A adoção por casais homoafetivos: filiação de amor superando preconceitos

*Alessandra de Souza Arraes*¹
*Cristiano Roberto Brasileiro*²
*Francisco Atualpa Ribeiro Filho*³

Introdução

A adoção parece ser um comportamento tão antigo quanto a história da humanidade. Chaves (1994) destaca que o próprio vocábulo adoção tem origens remotas e que pode ter sido originado na Mesopotâmia, em Atenas e no Egito, por motivações religiosas, políticas e econômicas. Este autor destaca ainda que a prática da adoção já se encontrava regulamentada no Código de Hamurabi, revelando assim que era algo importante no Direito Romano. Gomes (2013) destaca que a adoção surgiu com o objetivo de perpetuar o culto doméstico, isto é, nos casos em que o casal não conseguia gerar filhos, a adoção era o meio viável para manter os laços familiares, haja vista que os adotados poderiam continuar a tradição de cultuar os antepassados. Nota-se então que o interesse ao qual envolvia a adoção era voltado ao adotante, o qual manteria a perpetuação de seu nome e de sua

¹ Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade do Cerrado Piauiense, Corrente-PI, ingressante em 2017. Estagiária da Defensoria Pública do Estado do Piauí, Comarca de Corrente. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9746142039363132>. E-mail: alessandrasarraes@gmail.com.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí-UFPI, Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Faculdade do Cerrado Piauiense-FCP e Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Estadual do Piauí-UESPI. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8345613069339279>. E-mail: cristianobrasileiro999@hotmail.com.

³ Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Piauí; Licenciado em Filosofia pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Bacharel em Administração Pública pela Universidade Estadual do Piauí. Especializações em: Docência do Ensino Superior (UNOPAR); Gestão Pública Municipal (UESPI); Gestão Educacional em Rede EaD (UFPI); Licenciando em Letras Portuguesas pela Estácio. Atualmente é orientador do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da FCP e professor efetivo da SEDUC-CE. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1491096614911103>. E-mail: farf25@gmail.com.

família. Portanto, a origem da adoção pode estar ligada à necessidade de se perpetuar a família e o culto à memória dos ancestrais, por meio da criação de um vínculo de filiação com um estranho, assim entendido porque não possuía ligação sanguínea com aquele círculo familiar. Chaves (1994) recorda ainda que segundo o Código de Manu estabelece ainda que a quem a natureza não deu filhos pode adotar um para que as cerimônias fúnebres não cessem. Ou seja, de acordo com a legislação hindu, a adoção somente era permitida para aqueles que não tinham filhos.

Distante da antiguidade, em civilizações mais recentes, como o Império Romano, a adoção também ocupou espaço no sistema jurídico, com normas muito bem estabelecidas de acordo com o tempo e o legislador. No entanto, há de se destacar aquilo de Kaser (1999), segundo o qual a adoção durante o Império Romano também seguia uma visão antiga, cujo objetivo era permitir a continuidade da associação familiar, bem como a perpetuação do nome da família e a conservação do culto doméstico. Assim, a adoção representava a possibilidade de sucessão no poder, pois permitia, por um processo político, que o melhor colaborador do líder estatal fosse por ele adotado como seu filho e, assim, pudesse sucedê-lo no poder, sem a necessidade de seguir a linha sucessória sanguínea para a transmissão do controle estatal. Esta mentalidade desapareceu com a Idade Média e o avanço do cristianismo e as regras do sacramento do matrimônio e a necessidade. Também é da Idade Média a mentalidade de que os títulos de nobreza deveriam ser transferidos por hereditariedade e, portanto, as adoções poderiam interferir nas linhas sucessórias.

O presente trabalho tem por objeto abordar a importância da adoção homoafetiva no Brasil, além da valoração da luta e da bravura das famílias tidas como “famílias não tradicionais”, resgatando crianças e adolescentes de orfanatos, proporcionando um lar, amor e dignidade humana a seres tão carentes e desiludidos. É um tema rodeado de tabu, de preconceitos e

polêmicas, enraizado na sociedade atual e discutido em todas as esferas do direito brasileiro, com valores morais distorcidos e/ou irrealistas, muitas vezes voltados para a religiosidade, apesar de a homossexualidade estar presente em todos os lugares e já ser comum entre as pessoas.

O objetivo geral deste trabalho é verificar a existência de normatização jurídica e a necessidade da adoção por casais homoafetivos. O objetivo específico é mostrar as condições em que casais homoafetivos têm dificuldades na adoção e que os mesmos possuem condições para adotar como quaisquer casais heteronormativos

O artigo está estruturado do seguinte modo: a primeira parte abordará os conceitos de família; a segunda versará sobre a união homoafetiva reconhecida como família; a terceira abrangerá os benefícios de uma adoção homoafetiva, os preconceitos sofridos pelos casais, e, por fim, apresentar a visão jurídica no Brasil. O presente artigo encerra-se com as Considerações Finais, nas quais serão demonstrados os benefícios de uma adoção homoafetiva, como é o caso de adoções de crianças maiores e irmãos, os preconceitos sofridos pelos casais e a visão jurídica no Brasil, a fim de estimular a adoção homoafetiva e divulgar a importância de uma família substituta na vida de crianças órfãs.

1. Conceito de família

A sociedade, ainda na atualidade, carrega muito presente no imaginário a definição de família constituída de uma mulher, um homem e filhos. É a chamada família tradicional, a qual é defendida por uma ala política de ideologia de direita, como se essa estrutura familiar fosse algo imutável desde a criação da humanidade. No entanto, através de um estudo mais atento da formação familiar ao longo da história, percebe-se que a família convencional é algo bem recente que surge com a burguesia do século XIX, como aponta Engels (2002), para quem a centralização na

figura masculina está atrelada ao poder econômico e à posição pública do homem, que se apresenta na figura do pai-professor-patrão, ou seja, na posição de autoridade masculina. Assim, a responsabilidade do marido era manutenção econômica, sendo este, autoridade dominante na família. À esposa cabia a tarefa de cuidar dos filhos e toda a responsabilidade em relação ao desempenho destes lhe era cobrada. A casa desvincula-se do trabalho, com isso a figura do pai está ausente na maior parte do dia.

Os estudos do antropólogo Lévi-Strauss (1976, p. 177-178) abalariam de vez a ideia de uma família enquanto fato substancialmente natural, fundado sobre uma essência biológica. Com efeito, Lévi-Strauss demonstrou que “a família biológica é uma abstração indeterminada, sem relação mais profunda com a realidade histórica”, em outro momento afirma que a família representa mais uma “invasão da cultura no campo da natureza”. do que algo biologicamente dado. Este antropólogo chegou a esta conclusão após observar em diferentes culturas que a família se constitui de forma totalmente diferenciada, como o modelo de poliginia nas tribos bantos na África, em que um mesmo homem desposa várias mulheres e vive com cada uma delas. Outro exemplo é do Tibete e do Nepal em que as famílias são constituídas com base na poliandria, isto é, vários maridos compartilham a mesma esposa, ficando para um deles o encargo de ser o “pai legal” das crianças por ela geradas.

Até mesmo no Brasil, a estrutura familiar vem sofrendo grandes transformações desde a chegada dos portugueses, como constata Costa (1999), ao afirmar que fora somente com a chegada o Príncipe Regente ao Brasil em 1808 que as famílias passaram a ser hierarquizadas e centradas no homem, como descreve Costa (1999, p. 93):

Os instrumentos de reafirmação de poder se tornaram outros. O dinheiro não mais bastava. Era necessário se aristocratizar. Houve, assim, uma corrida pelos títulos nobiliárquicos, que traziam prestígio junto ao príncipe e privilégios

estatais, possibilitando a participação na vida da corte. Pressuposto para sua obtenção, entretanto, era a aquisição de certos hábitos culturais, novos costumes e modos de viver.

É importante destacar também que até mesmo o sentido de família enquanto sacramento, o modelo cristão católico, só foi estabelecido no século XVI com o Concílio de Trento. Observando estas variações da formação familiar conforme a cultura e a período histórico é possível definir a família conforme a definição de Lévi-Strauss (1976), para quem a família é um grupo social, originado em um casamento (entendido como união de duas ou mais pessoas), constituído pelas pessoas casadas e sua prole, cujos membros são ligados entre si por laços legais, direitos e obrigações econômicos e religiosos, direitos e proibições sexuais, e sentimentos psicológicos, tais como o amor, o afeto, o respeito.

Do ponto de vista jurídico no ordenamento brasileiro, o conceito de família passou por grandes modificações a partir da Constituição Federal de 1988 e pelo Novo Código Civil de 2002, deixando de ser um aparelhamento à ideia de sacramento ao qual só é considerado família o homem, a mulher e os filhos, e passa a ser concebido como família outros tipos de organização, tornando-se assim mais plural, com várias configurações possíveis. Nas palavras de Farias e Rosendal (2011, p. 13), a partir da *Lex Fundamentallis* de 1988, refletindo também no Código Civil de 2002, a família passa a ser “pluralizada, democrática, igualitária substancialmente, hétero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, com unidade socioafetiva e caráter instrumental”.

2. A união homoafetiva como forma de família à luz da dignidade da pessoa humana

Tendo como fundamento a Constituição de 1988 que em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF), corte suprema do Poder

Judiciário brasileiro, julgou a ADPF 132 e a ADI 4277, cujo resultado foi a decisão que reconheceu a união de homossexuais como entidade familiar merecedora da mesma proteção jurídica que a união estável. Um dos princípios aos quais levou o STF a tornar essa decisão foi o disposto no inciso III do Art. 1.º da Constituição que trata da dignidade da pessoa humana e o Art. 5.º que trata a igualdade perante a lei.

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, é importante a lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 63), segundo o qual:

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Portanto, a partir do princípio da dignidade humana, casais do mesmo sexo também têm o direito de constituir uma família. Em relação da igualdade, tem-se a contribuição de Celso Antonio Bandeira de Mello (1999, p. 21) que coloca que:

Por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.

Ou seja, o reconhecimento da união homoafetiva como a constituição de uma família tem a importante função de destacar a igualdade entre as famílias. No entendimento deste jurista, toda e qualquer forma de diferença que se estabelece no campo jurídico entre grupos de pessoas só faz aumentar o abismo da desigualdade e é, portanto, inconstitucional.

Desta forma, ao julgar a ADI 4277, o Ministro Ayres de Britto se apoiou nos princípios constitucionais maiores da dignidade da pessoa humana e igualdade, como é possível perceber em todo o seu julgamento, conforme se destaca abaixo:

Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal [...] Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou “homoafetivamente”, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biogenicidade (STF, 2011, p. 8)

Percebe-se, assim, que o Ministro quebra o paradigma de que família seja apenas composta por laços de sangue e união entre pessoas do sexo oposto. Isto consiste em um reconhecimento de uma realidade social que poderá ser precedente para maior proteção legislativa e jurisprudencial para minorias segregadas. O Ministro Ayres Britto termina seu julgamento esclarecendo que:

Tem-se, pois, que a proteção constitucional da família não se deu com o fito de se preservar, por si só, o tradicional modelo biparental, com pai, mãe e filhos. Prova disso é a expressa guarida, no § 4.º do art. 226, das famílias monoparentais, constituídas apenas pelo pai ou pela mãe e pelos descendentes;

também não se questiona o reconhecimento, como entidade familiar inteira, dos casais que, por opção ou circunstâncias da vida, não têm filhos. Bem ao contrário, a Constituição de 1988 consagrou a família como instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais, de modo que, independentemente de sua formação – quantitativa ou qualitativa –, serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros. Dessa forma, o conceito constitucional pós-1988 de família despiu-se de materialidade e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais, merecendo importância tão-somente naquilo que se propõe à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Em síntese, não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesqui-nhamento de direitos fundamentais (STF, 2011, p. 12).

Apesar do julgamento da ADI 4.277 não ter legitimado a união homoafetiva como casamento, conferindo-lhe somente o grau de união estável, foi o primeiro grande passo para o tão batalhado reconhecimento da união homoafetiva e sua posterior conversão em casamento. Também foi importante o julgamento de Ayres Britto que serviu de base para de fato reconhecer a união homoafetiva como casamento, o que ocorreu no ano de 2011, estendendo à união homoafetiva 112 direitos que até então eram exclusivos dos casais heterossexuais que vivem juntos, conforme destaca Dias (2011).

3. A adoção no ordenamento jurídico brasileiro

A questão da adoção começa a ocupar o ordenamento jurídico em 1804 com o Código Civil Francês que passou a regulamentar boa parte das legislações modernas, entre elas a brasileira. Com efeito, o Código Civil de 1916, reproduzia quase que as mesmas regras do direito francês, que permitia a adoção por casais que não possuísem filhos, regulando o instituto com o objetivo de suprir as necessidades daqueles que não tinham a capacidade de gerar sua prole. Percebe-se assim, que o sentido

da adoção consiste em solucionar um problema do adotante, tendo raízes no Direito Romano, como destaca Takahashi (2011, p. 270):

No Brasil, no início do século XX, a adoção apresentava reminiscências no Direito Romano, base de todo o pensamento civilista ocidental. Arnaldo Wald explica que em Roma a adoção era uma espécie de paliativo utilizado por casais estéreis para dar continuidade ao nome da família, exigindo-se para tanto uma idade já madura por parte dos adotantes, quando já não haveria mais esperanças do nascimento de filhos naturais nem do risco do arrependimento.

Esta realidade começa a mudar em 1957 com a Lei n. 3.133, que busca alterar a conceituação da adoção, atribuindo-lhe um caráter assistencial, já que permitiu a adoção por casais que já tivessem filhos naturais. No entanto, esta lei marca uma diferenciação entre os filhos advindos do casamento e aqueles advindos da adoção, sendo que estes últimos não tinham direito à sucessão hereditária. Outra inovação deste dispositivo é a redução da idade mínima para os adotantes, que passou a ser de trinta anos e não mais cinquenta.

A Constituição Federal de 1988 romperia todos os paradigmas até então estabelecido para a adoção na história do país ao estabelecer que a adoção era uma questão de direitos humanos. Assim, o artigo 226 reconhece que a proteção por parte do Estado a todos os arranjos familiares que fossem diferentes do casamento entre homem e mulher, conferindo a todas as famílias brasileiras proteção constitucional, não importando se monoparental, formada por união estável ou por casamento.

Conforme Dias (2014) as principais inovações trazidas pela Constituição de 1988 para a adoção têm como características a instauração da igualdade entre o homem e a mulher, o esgarçamento do conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Desse modo, estendeu igual proteção à família constituída pelo

casamento, bem como a união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não fora do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico.

Assim, a adoção passa a ter natureza jurídica de ato complexo, por precisar de sentença judicial e caráter de medida excepcional, apenas sendo realizada quando sanadas todas as tentativas de manter a criança em sua família de origem ou na chamada família extensa.

4. O instituto da adoção por família homoafetiva

Ao tratar da união homoafetiva, agora a partir do direito de família, impõe necessariamente proporcionar aos homossexuais o direito à paternidade/ maternidade. Uziel (2007, p. 197) pontua que

a pertinência em se tratar de homossexualidade quando o tema é família não tem uma resposta simples. É fato que hoje homossexuais ocupam não apenas o lugar de filhos, mas o de pais, na estrutura familiar. A discussão a respeito não inaugura essa realidade social, dá apenas visibilidade a tal condição e a inclui na pauta da conquista de direitos, concorrendo para a extensão da concepção de entidade familiar.

Desta forma, aqueles mesmos princípios que regulamentaram a união homoafetiva podem ser empregados agora para que os casais possam ter o direito de adotar. No entanto, acrescenta-se agora que no processo de adoção o interesse não recai mais sobre o adotante, mas sobre o adotado, conforme destaca Leite (2005, p. 118): “Entre o direito das crianças, de terem pai e mãe, e a eventual pretensão do casal homossexual, em adotar, o legislador não vacilou e priorizou aquele direito, em

detrimento deste”. Ou seja, o escopo perseguido pela legislação atual é o interesse da criança e esse escopo está na maioria das legislações estrangeiras, não é um ato isolado, está no direito interno e no direito internacional. O interesse da criança ou adolescente é um dos fundamentos para se deferir ou não a adoção, isto é, a orientação sexual não deve ocasionar o deferimento, ou indeferimento, da adoção, até mesmo porque, conforme Dias (2014, p. 396):

A restrição não mais se justifica. As únicas exigências para o deferimento da adoção (CC 1625 e ECA 43) são as que apresente reais vantagens para o adotado e se fundamente em motivos legítimos. Ora, vivendo o adotado com quem mantém um vínculo familiar estável, excluir a possibilidade de adoção, e mantê-lo institucionalizado, só vem em seu prejuízo.

Segundo Oltramari (2008), embora as relações homoafetivas e a adoção homoparental não estejam mencionadas no âmbito do direito civil, os Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, assim como o Princípio do Melhor Interesse da Criança, podem e devem ser utilizados para suprir essa lacuna deixada na legislação. Nesse sentido, a mesma não faz nenhuma proibição à adoção em função da orientação sexual, bastando apenas que o adotante preencha os requisitos legais e procedimentais e que esteja presente o princípio do melhor interesse do menor, considerando sempre os fins sociais e o bem comum.

Considerações finais

Como se observa, tanto o tema da adoção, quanto a constituição dos novos moldes de família, vem passando por constantes transformações ao longo da história. No âmbito da adoção, na história do ordenamento jurídico brasileiro, as transformações mais importantes foram aquelas trazidas pela Constituição de 1988, que passa a conceber a criança e o

adolescente como ser humano e, portanto, dotado de direitos. Neste sentido, a adoção é realizada não mais para satisfazer a necessidade do adotantes, mas do adotado.

Em relação à definição de família, passou-se a considerar uma conceituação mais ampla, levando em consideração não apenas aquele conceito sacramental para fins de procriação, mas aqueles que envolvem a dimensão afetiva. As pessoas homoafetivas puderam ter seus direitos garantidos, tanto no aspecto do reconhecimento do casamento, deixando de ser uma mera união estável ou até mesmo uma união não reconhecida pelo Estado e, portanto, sem direitos garantidos.

Com efeito, um dos aspectos mais relevantes que fora levado em conta para garantir a união homoafetiva foi o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre casais heterossexuais e homossexuais perante a justiça. Nessa perspectiva, soaria retrogrado e inumano negar a união a pessoas do mesmo sexo se elas são constituídas em dignidade perante a Carta Magna.

No mesmo sentido, as pessoas também conquistaram o direito de poder adotar crianças e adolescentes. No entanto, o que lhes garante este direito vai para além de serem homoafetivos, mas em decorrência do princípio do melhor interesse que rege o direito da criança e do adolescente, segundo o qual o processo de adoção deve guiar-se para o interesse do adotado, isto é, a adoção deve priorizar o seu crescimento e desenvolvimento. Esta percepção é totalmente contrária à adoção antes da Constituição de 1988 cujo interesse maior era do adotante. Assim, não importa se o adotante é constituído de casais homo ou heterossexuais, o que prevalece e é observado pela lei é a proteção do adotado.

Fica claro, portanto, que um dos aspectos mais importantes observados durante este trabalho é que a justiça pode ser uma importante ferramenta de combate ao preconceito e a discriminação à medida que

lança um olhar de igualdade para todos os grupos não privilegiando esse ou aquele. Foi o que se observou ao aprovar a união homoafetiva como sendo um direito independente da orientação sexual.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Publicação original.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

CHAVES, Antônio. **Adoção**. **Belo Horizonte**: Deley, 1994.

COSTA, Jurandir Freire. **Ordem médica e norma familiar**. Rio de Janeiro: Edição Graal, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Direito Civil Aplicado**: Direito de Família. V. São paulo: Revista dos Tribunais, 2005

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Petrópolis: Vozes. 1976.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

OLTRAMARI, Fernanda. **Adoção por homossexuais**: Possibilidade da formação de um novo núcleo afetivo. Revista IOB de Direito de Família, São Paulo, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STF, **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**, Min. Rel. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, p. 11.

TAKAHASHI, Estela Mayumi. **Adoção no Brasil**. Grandes Temas de Direito das Famílias e Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011.

UZIEL, Ana Paula. **Homossexualidade e adoção**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

Implicações jurídicas da inclusão do gênero “não binário” no registro civil à luz do princípio da dignidade da pessoa humana

*Hana Gomes de Mesquita*¹

Introdução

A diversidade sexual permeia a humanidade desde a antiguidade. Até mesmo o conjunto de leis elaborado pelo imperador Hammurabi na antiga Mesopotâmia em cerca de 1750 a.C., contém referências homossexuais associadas às práticas religiosas.

Avançando no tempo, na Grécia e na Roma Antiga havia certa normalidade entre o relacionamento homoafetivo como forma de compartilhamento de cultura, conhecimento e filosofia. Segundo Dias (2000, p. 24-25) “existiam manifestações homossexuais nas representações teatrais, em que os papéis femininos eram representados por homens transvestidos de mulheres ou usando máscaras com feições femininas”, o que denota relativa aceitação quanto à participação masculina em papéis femininos, pelo menos no aspecto cultural.

Com a expansão do cristianismo e sua adoção como religião oficial pelo imperador Constantino no século 4, alterou-se a percepção coletiva sobre a temática. Rodrigues e Lima (2019) sustentam que nesse período o sexo passou a ser entendido apenas como forma de gerar filhos, a homossexualidade passou a ser tratada como algo antinatural.

¹ Graduada em Bacharelado em Direito pela Faculdade do Cerrado Piauiense; Especialista em Gestão Educacional em Rede pela UFPI; Pós-graduanda em Direito Processual Civil pelo Instituto Prominas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6095490521649251>. E-mail:

Moreira Filho e Madrid (2008) destacam que no fim do Império Romano, a aceitação de relações homossexuais mudou completamente de sentido, e com Justiniano, em 533 a.C., passou-se a punir a homossexualidade com a fogueira e a castração.

O marco moderno movimento homossexual se deu em 28 de junho de 1969, quando o bar Stonewall Inn, frequentado por homossexuais em Nova York, foi invadido por policiais, no episódio houve confronto entre os policiais e os frequentadores do estabelecimento. A reação contra aos policiais durou alguns dias, com o uso de palavras de ordem como “poder gay”, “sou gay e me orgulho disso”, entre outros (FRY & MACRAE, 1991).

Em 1990, a Organização Mundial de Saúde retirou de seus catálogos médicos (DSM – Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais e CID – Código Internacional de Doenças), o homossexualismo (o sufixo *ismo* remete à doença), passando-se a denominar *homossexualidade*, como condição de ser e orientação individual do desejo (CANABARRO, 2013).

A matéria da orientação sexual acabou por ampliar o debate e trazer consigo questões relacionadas à identidade de gênero. Embora consideravelmente distintos, a abordagem desses dois temas se tornou próxima e usual porque no cenário social contemporâneo ambos se situam como algo fronteiriço, que contorna as margens morais dos preconceitos sedimentados na sociedade.

Integrantes do movimento LGBTI+², as pessoas trans ganharam visibilidade e espaço para promover discussões sociais e jurídicas acerca de sua identidade e seus direitos. Inserida nesse contexto, adveio a figura do não binário, que não se amolda à divisão dicotômica de gênero comum, demandando uma reconstrução social acerca da identidade de gênero.

² Optou-se pelo uso da sigla LGBTI+ por ser a mais encontrada na jurisprudência das cortes superiores.

Essa nova percepção social envolvendo a pessoa não binária acarretou a possibilidade jurídica, por meio de decisão judicial, da alteração do registro civil no tocante ao gênero não binário. Diante desse panorama, importa ao operador do direito se debruçar sobre os efeitos jurídicos decorrentes do gênero não binário no registro civil e de que modo a questão deve ser abordada para preservar os direitos do indivíduo não binário sem violar o ordenamento jurídico vigente.

1. Conquistas jurídicas do movimento LGBTI+ no Brasil

Observando o panorama jurídico voltado para comunidade LGBTI+, percebe-se que os avanços vieram à medida em que progredia a desconstrução do pensamento social sobre a temática. Os êxitos mais relevantes partiram da via judicial, uma vez que a mudança do ordenamento jurídico ocorre de forma mais lenta e árdua em virtude da tramitação morosa de projetos de lei que envolvem essa matéria.

A primeira conquista legislativa sobre direitos LGBTI+ veio silenciosa, discreta e quase passa ligeiramente despercebida por estar embutida dentro do célebre texto do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Embora não contemple nenhum grupo específico, ao dispor que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e garantir “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, as minorias, nas quais se incluem a comunidade LGBTI+, se viram contempladas pela Carta Magna com direitos que possuem grande significado no tocante à preservação da vida, liberdade, defesa da dignidade, da cidadania e do acesso da população LGBTI+ a direitos e às políticas públicas.

Outra singular medida veio como meio de combater o preconceito no meio consumerista, embora também não direcionado especificamente à

comunidade LGBTI+, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º. 8.078/1990), em seu artigo 39, incisos II e IX (acrescido pela Lei n.º. 8.884/1994), vedou aos fornecedores de produtos ou serviços recusar atendimento às demandas dos consumidores ou recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los. Assim, nenhum estabelecimento pode recusar atendimento baseado em preconceito de qualquer natureza, o que reforça a defesa da dignidade já garantida na Constituição Federal e, em termos práticos, visa reduzir a discriminação.

Também como medida que visava erradicar o preconceito, em 1999 o Conselho Federal de Psicologia aprovou a Resolução n.º 01/99, proibindo que os profissionais da Psicologia exerçam qualquer atividade que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoafetivas. Este passo foi essencial para promover uma reflexão sobre discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoafetivas.

Com relevante mudança na esteira do direito previdenciário, em 2005, um homem homossexual teve garantido o direito a receber pensão pela morte do companheiro com quem viveu por 18 anos. A decisão do Superior Tribunal de Justiça considerou que não houve por parte do constituinte a exclusão dos relacionamentos homoafetivos com vistas à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, de modo que a concessão do benefício foi mantida (STJ – Resp: 395904 RS 2001/0189742-2. Jul. 13/12/2005. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa).

No ano seguinte, surge a Lei n.º. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) voltada para o combate à violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. O diploma inova na letra do seu artigo 5º, inciso II, parágrafo único, que dispõe que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. Com essa redação, a Lei Maria da Penha foi

a primeira lei infraconstitucional a abrir margem interpretativa para a união homoafetiva como entidade familiar.

Adentrando o campo das políticas públicas, em um considerável avanço, por meio da Portaria n.º. 457/2008 do Ministério da Saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS) passou a realizar cirurgias de redesignação sexual para mulheres transexuais. Posteriormente, em 2019, a Portaria n.º. 1.370/2019 do Ministério da Saúde autorizou cirurgias de readequação sexual do gênero feminino para masculino.

Outra conquista relevante veio no direito de família: no ano de 2010 o Superior Tribunal de Justiça em decisão histórica reconheceu que casais formados por pessoas do mesmo sexo têm o direito de adotar filhos (STJ – REsp: 889852 RS 2006/0209137-4, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Jul. 27/04/2010. Pub. 10/08/2010).

Ainda sob os holofotes jurídicos, a temática da união homoafetiva foi tratada no ano seguinte, em 2011, quando o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (STF – ADI 4277. Rel. Min. Ayres Britto. Jul. 05/05/2011 e STF – ADPF 132. Rel. Min. Ayres Britto. Jul. 05/05/2011).

A referida decisão produziu reflexos em outros direitos. Por força dela, não há mais diferenças, do ponto de visto jurídico, entre os casais heteroafetivos e homoafetivos, ambos estão em igualdade de condições e direitos. Quase dois anos depois, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º. 175/2013 vedando as autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, o que

representou, também, um marco de extrema relevância no que tange aos formatos de família tradicionalmente apreciados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

As conquistas contemplaram também os direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana. A Secretaria Nacional de Direitos Humanos editou a Resolução nº. 11/2014, que veio a estabelecer os parâmetros para a inclusão dos itens “orientação sexual”, “identidade de gênero” e “nome social” nos boletins de ocorrência emitidos pelas autoridades policiais no Brasil.

Na mesma linha, o Decreto nº. 8.727/2016 garantiu o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, bem como a inclusão do nome social em documentos oficiais e nos registros dos sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades da administração pública.

Visando coroar o direito à alteração do nome, o Supremo Tribunal Federal reafirmou jurisprudência para autorizar a alteração do registro civil de pessoa transgênero, diretamente pela via administrativa, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Desse modo, o Excelso Pretório entendeu que o transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo para tanto nada além da manifestação de vontade do indivíduo (STF – RE 670422. Rel. Min. Dias Toffoli. Jul. 11/09/2014. Pub. 21/11/2014).

Prestigiando, ainda, o direito à honra, à vida e a liberdade da comunidade LGBTI+, bem como o combate à violência, o STF decidiu pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei nº. 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei

sobre a matéria (STF – ADO nº. 26. DF 9996923-64.2013.1.00.0000 Rel. Min. Celso de Mello. Jul. 13/06/2019. Pub. 06/10/2020).

2. Noções conceituais acerca de sexo, identidade de gênero e orientação sexual

Embora estejam em debate na mídia e redes sociais atualmente, percebe-se que ainda há pouco esclarecimento acerca das nuances que envolvem o sexo biológico, a identidade de gênero e a orientação sexual.

O sexo do indivíduo possui uma conotação estritamente biológica. Money (1998), entende que ser macho ou fêmea, ou ainda intersexo, são categorias que se estruturam a partir do critério da genitália com qual o indivíduo nasceu. A identidade de gênero, por sua vez está relacionada ao social, a percepção do indivíduo sobre si mesmo. Jesus (2012, p. 15) coloca que gênero vai além do sexo: “o que importa, na definição do que é ser homem ou mulher, não são os cromossomos ou a conformação genital, mas a autopercepção e a forma como a pessoa se expressam socialmente”.

Lando e Souza (2020, p. 30) ampliam a ideia ao afirmar que “a identidade de gênero está relacionada com os desejos e as necessidades experimentados por alguém, e que possivelmente estejam em discordância com a aparência física de seu corpo”. Vale acrescentar, que ser transgênero não implica possuir o desejo de mudar de sexo biológico, nem a existência de atração por pessoas do mesmo sexo.

Já a definição de orientação sexual é muito fluída e varia de acordo com o ponto de vista de cada área de estudo. No entanto, o ponto comum é que esse conceito está relacionado ao sentido do desejo sexual: se para pessoas do gênero oposto, do mesmo gênero, para ambos ou nenhum deles.

Merecem destaque as definições conceituais trazidas nos Princípios de Yogyakarta, que é um dos mais proeminentes documentos elaborados por especialistas em direito internacional dos direitos humanos, de

orientação sexual e de identidade de gênero e que foram adotadas pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos na Resolução nº. 11/2014, em seu artigo 1º, § 1º, incisos I e II:

§ 1º - Para efeitos desta Resolução, considera-se, de acordo com os Princípios da Yogyakarta:

I - Orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas: e

II - Identidade de gênero a profundamente sentida, experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

Nessa mesma toada, o Decreto nº. 8.727/2016, em seu artigo 1º, inciso II, conceitua identidade de gênero como “dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento”.

Embora sucintas, estas linhas gerais já conduzem a compreensão de que a identidade de gênero está desassociada de fatores biológicos. Logo, a título de exemplo, o indivíduo pode ter nascido com o sexo masculino e se autoperceber como pertencente ao gênero feminino, no caso, uma mulher trans. Sobre a fluidez do gênero, são pertinentes as colocações de Butler (2019, p. 26):

Quando o status construído do gênero é teorizado como radicalmente independente do sexo, o próprio gênero se torna um artifício flutuante, com a

consequência de que homem e masculino podem, com igual facilidade, significar tanto um corpo feminino como um masculino, e mulher e feminino, tanto um corpo masculino como um feminino.

Vale reforçar que a orientação sexual desse mesmo personagem tomado como exemplo não está atrelada ao seu sexo e tampouco ao gênero, de forma que a mulher trans anteriormente mencionada pode se entender como heterossexual, homossexual, bissexual.

3. Comentários acerca da transgeneridade e transexualidade

Para a compreensão de linhas gerais acerca da transgeneridade é necessário entender que o gênero é uma forma de determinismo social dos atributos de masculinidade e feminilidade. O desenvolvimento de identidade de gênero ocorre ao longo da vida do sujeito sofrendo influência de fatores genéticos, hormonais e psicológicos, além das circunstâncias sociais e culturais que o indivíduo se insere. Essa parte do desenvolvimento está relacionada com a percepção que o indivíduo tem sobre si e seu papel no mundo, se apoiando em comportamentos e atitudes relacionadas com cada gênero sexual (DIEHL; VIEIRA, 2013).

Assim, entende-se que no curso de sua vida o sujeito passa por uma assimilação quanto a seu sexo e seu gênero, podendo estes não estar em concordância. Repise-se que o gênero está desassociado do corpo e não se atrela a qualquer fator de ordem biológica. Logo, quando o indivíduo não se autopercebe ou se identifica com o sexo biológico, há que se considerar, para todos os fins, o seu gênero.

Nos casos em que o indivíduo não se identifica com o seu sexo biológico, optando por gênero diverso, há que ser reconhecido como transgênero. A título de exemplo, se um indivíduo que nasceu com o sexo biológico feminino se autopercebe como pertencente ao gênero masculino, será considerado como um homem trans.

Quando o indivíduo transgênero realiza a cirurgia de redesignação sexual, diz-se que se trata de pessoa transexual. Aqui, ressalta-se que todo transexual é transgênero, mas nem todo transgênero é transexual (LANZ, 2015). Isso porque o transgênero não precisa realizar a cirurgia de redesignação sexual para ser integrante de gênero diverso do seu sexo biológico. Já o transexual, é transgênero porque se percebe como pertencente a gênero diverso do seu sexo biológico e, além disso, realiza procedimento cirúrgico para modificar sua aparência física de modo que seu corpo corresponda ao gênero com o qual se identifica.

Destaca-se que, por inúmeras vezes, a questão de gênero é confundida com orientação sexual, sendo comum pensar que o indivíduo trans se caracteriza em determinado gênero por conta da sua preferência sexual, deixando de perceber que isso guarda relação com identidade. Desse modo, constata-se que um homem trans – para fins didáticos de compreensão, entenda-se aquele que nasceu com sexo biológico feminino – pode se entender como gay e se relacionar afetiva e sexualmente com outro homem.

O que importa na questão da transgeneridade é a identidade do indivíduo, o seu olhar sobre si mesmo, a percepção do seu próprio eu diante de seus pares, como deseja se apresentar para si e para a sociedade, sua autoconsciência.

4. A identidade do não binário

Goffman (1988) traz o conceito de identidade do eu como sendo a percepção do indivíduo sobre ele mesmo a partir de como o outro, seu semelhante, o enxerga, percebe e o que espera de sua conduta. Essa questão da identidade de gênero está relacionada à percepção subjetiva que um indivíduo tem de si como masculino, feminino ou “ainda uma mescla de

ambos, independentemente do sexo biológico e de orientação sexual” (SECAD, 2007, p. 19).

Observa-se que a estrutura da construção sociocultural dos gêneros se apresenta de maneira binária, tendo como possibilidades o masculino e o feminino. Essa forma de construção advém de um suposto determinismo biológico, no qual os corpos são entendidos no dimorfismo macho-fêmea. Toda a sociedade é sustentada pela dicotomia homem e mulher, gerando um padrão moldador que se reflete nos costumes, na ideologia, nas crenças e comportamentos que muitas vezes desconsideram por completo a identidade de pertencimento.

Nessa percepção, tudo o que se conhece na sociedade atual possui a visão binária do masculino e feminino, inclusive o ordenamento jurídico. O que diverge disso, ainda é encarado com estranheza e cria um abismo entre a realidade social e o sistema normativo.

No que concerne aos não binários, Reis e Pinho (2016) os apresentam como “indivíduos que não serão exclusiva e totalmente mulher ou exclusiva e totalmente homem, mas que irão permear em diferentes formas de neutralidade, ambiguidade, multiplicidade, parcialidade, ageneridade, outrogneridade, fluidez em suas identificações”.

Portanto, repisa-se que os indivíduos não-binários não se identificam com nenhum dos gêneros permanentemente, podendo transitar entre eles, assumir a ambos simultaneamente ou possuir uma identidade completamente neutra diante deles.

5. Implicações jurídicas da identificação “não binária”

No ano de 2020, em sentença célebre e pioneira, oriunda da 1ª Vara de Família da Ilha do Governador – TJRJ e proferida pelo Magistrado Antonio da Rocha Lourenço Neto, um indivíduo não binário obteve o direito de ter o sexo não especificado no registro civil. Também na vanguarda, no

ano de 2021, em um caso similar, a Juíza Vânia Petermann, vinculada ao TJSC, proferiu sentença reconhecendo o direito de um indivíduo declarar que seu gênero é neutro em seu registro civil. Ainda em 2021, o Juiz Igor Rafael Carvalho de Alencar, dos quadros do TJPI na Vara Única da Comarca de Corrente, exarou sentença onde reconheceu o direito à retificação de prenome e alteração do marcador de gênero em registro civil para não binário.

Os referidos julgados criam um precedente no Brasil para adoção do gênero não especificado no registro civil e abrem o debate acerca das implicações jurídicas decorrentes da alteração, especialmente, como serão vistos os não-binários, sob a égide das nuances da legislação pátria atinentes a homens e mulheres.

Ao adentrar nesse aspecto, é imprescindível compreender que a isonomia é um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro e consiste, em uma interpretação pueril, em tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Seguindo essa esteira, considerando apenas a ótica dicotômica, homens e mulheres, na medida das suas diferenças e considerando unicamente o seu gênero, são sujeitos de direitos e obrigações diferentes perante a legislação pátria.

A título de exemplo, destaca-se a Lei nº. 4.375/64, que dispõe sobre o serviço militar obrigatório e isenta as mulheres em tempos de paz. Ainda sob esse prisma, no direito previdenciário são adotados diferentes critérios de idade para aposentadoria de homens e mulheres. Ampliando ainda mais o leque de dissimetrias, há diferenças nos prazos de licença maternidade e paternidade, assim como há legislações mais severas nos casos de violência contra a mulher e feminicídio.

Como demonstrado, o ordenamento jurídico está repleto de normas que colocam homens e mulheres em posições desiguais, considerando,

para tanto, não apenas o sexo biológico do indivíduo, mas o gênero que consta em seu registro civil.

Outrossim, não há grande questão jurídica quando o transgênero opta pela alteração do seu gênero no registro civil escolhendo um dos gêneros binários, masculino ou feminino, o que desde 2018 é possível realizar sem necessidade de cirurgia para mudança de sexo ou decisão judicial, de acordo com Provimento nº 73 do Conselho Nacional de Justiça.

A controvérsia surge quando a pessoa opta pela opção “não binário” ou sexo não identificado, eis que emerge a dúvida sobre como enquadrá-lo diante das leis atuais que fazem diferenciação entre gêneros. Nesse momento, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro não foi desenhado para os não binários.

A jovem Constituição Cidadã celebrou a isonomia e abriu as portas para que o legislador examinasse as desigualdades que emergem na sociedade e desenvolvesse leis para aplacá-las. Avanços se notam no tocante à criança e ao adolescente, à pessoa idosa, à pessoa com deficiência, à mulher, entre outros. Entretanto, nada há positivado que defina quais normas serão aplicadas ao não binário, se o regramento a ser aplicado será o destinado ao homem ou à mulher, deixando um vácuo normativo que precisa ser sanado.

Ainda não se sabe como o legislador ou os tribunais vão decidir as questões desencadeadas pela identidade de gênero não binária no âmbito do direito.

Uma das alternativas seria considerar o sexo biológico do indivíduo. Contudo, optar por este caminho acabaria por invalidar todo sentido da alteração do registro civil, eis que haveria de se manter alguma informação do sexo biológico nos documentos ou, numa hipótese esdrúxula, o indivíduo teria de fazer prova de seu sexo biológico para os fins legais que se fizessem necessários. Esta opção, além de não ser razoável, faria com que

a alteração do registro civil se tornasse demasiadamente penosa para o não binário, uma vez que lhe dificultaria o acesso à direitos e lhe colocaria em situação vexatória, o que certamente não é razoável.

Explorando outra hipótese, o Poder Legislativo poderia trazer uma solução com a edição de uma norma que atendesse todas as demandas jurídicas da pessoa não binária ou editar todas as normas que fazem distinção entre homens e mulheres para enquadrarem o não binário. Saliente-se que as alterações teriam que dispor sobre direitos previdenciários, direitos trabalhistas, acerca da maternidade e paternidade, violência e tudo o mais que o ordenamento jurídico brasileiro produziu até o presente momento e que comporta disposições diferentes para homens e mulheres.

Ainda que essa seja a hipótese que, em tese, solucionaria todas as questões, uma norma ou alteração das normas nessa dimensão levaria muito tempo para ser redigida, editada, debatida e aprovada. É cediço que a tramitação de projetos tão abrangentes e com temáticas dessa natureza não é célere nas Casas Legislativas, o que terminaria por relegar ao Poder Judiciário o preenchimento da lacuna, ante a urgência de prover solução jurídica imediata.

É evidente que não há como antecipar o entendimento que será adotado pelos tribunais. O melhor caminho que se apresenta é que o julgador, na ausência de norma específica, pondere com maior cautela as circunstâncias do caso concreto, extraindo a essência da norma já existente e orientadora do caso.

Seguindo por esta via, deve o operador do direito, ao se debruçar sobre as questões que envolvam os não binários, evocar o princípio da dignidade da pessoa humana, como forma de lhes garantir igualdade na interpretação das normas.

Nesse aspecto, os princípios auxiliam o intérprete a encontrar soluções para aplicação das normas, sobretudo quando elas não trazem em seu texto a solução para o problema. Os princípios possuem duas atribuições, a primeira é a interpretativa, que orienta a interpretação de outras normas, já a segunda é a integrativa, a qual permite que diferentes regras se integrem e atuem juntas (BONAVIDES, 2004).

A dignidade da pessoa humana é um dos cinco princípios constitucionais fundantes da República Federativa do Brasil, conforme o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Sendo um dos fundamentos, infere-se que a nenhum outro princípio ou norma, exceto os outros quatro fundamentos, será dado igual ou maior relevância do que a ela. Em verdade, que o princípio da dignidade da pessoa humana não é detalhadamente conceituado no ordenamento jurídico brasileiro. A doutrina, por sua vez, faz uma interpretação abrangente e extensiva de seu sentido e teor, tornando-o uma espécie de guia, de bússola para onde se deve olhar no intuito de compreender as normas.

Segundo Sarlet (2002), a dignidade da pessoa humana é, pois, um predicado tido como inerente a todos os seres humanos. Acompanhando essa visão, dignidade remete à ideia de respeito, consciência do próprio valor e honra, é o que se extrai também o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos ao dispor que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Comentando esse dispositivo, a Ministra Carmen Lúcia (2004) faz as seguintes considerações: Gente é tudo igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um à sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual.

Percebe-se que a dignidade da pessoa humana implica na valorização do ser humano com suas diferenças e particularidades da situação em que se encontra. Portanto, o que se almeja precipuamente é o respeito ao indivíduo, com as peculiaridades que lhe tornam único, honrando sua identidade, pela simples condição de ser humano.

A dignidade da pessoa humana, seja como valor ou como princípio, independe da vontade do Estado em concedê-la ou positiva-la, ela pode ser inserida no ordenamento jurídico ou não, o que importa é que, pertencendo o indivíduo à espécie humana, ele já a possui (LIMA JÚNIOR; FERMENTÃO, 2012). Sob essa ótica, Galdino e Mazaro (2018, p. 86) afirmam que a dignidade confere à pessoa a proteção e a promoção de seus direitos, apenas por sua condição humana.

O impacto do princípio da dignidade da pessoa humana na legislação infraconstitucional é incontestado, tanto como parâmetro para edição da norma, como lumiar para sua interpretação. Nesse contexto, o Ministro Ayres Britto em um de seus votos salienta:

Sucedo que - este o fiat lux da controvérsia - a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para nossa Constituição que admite transbordamento. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como próprio início e continuidade de um processo que deságue justamente no indivíduo-pessoa (STF: ADI 3.510/DF, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, 29/05/2008).

Reunindo essas considerações e lançando o olhar sobre a pessoa não binária, cuja identidade não se afirma na usual dicotomia homem ou mulher, entende-se que as leis que trazem disposições diferentes para homens e mulheres devem ser aplicadas ao não binário à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em termos práticos, deve o operador do direito considerar como a identidade da pessoa não binária se projeta para o caso concreto. Ante a ausência de norma regulamentadora acerca da inclusão do não binário no registro civil do não binário, ser-lhe-ão aplicados os regramentos existentes na forma em que sua identidade se apresenta naquele momento específico.

Tal solução não é nem de longe o ideal, porque um longo caminho deve ser percorrido pelo legislador e pelo operador do direito para compreender os matizes que envolvem as pessoas não binárias. Outrossim, aplicar as normas existentes é como possuir duas caixas, uma onde se guardam quadrados e outra onde se guardam círculos, porém a peça que se apresenta é um triângulo que por vezes repousará junto aos quadrados e por vezes junto aos círculos, até que possua sua própria caixa.

Em suma, o jurista deve identificar o que almeja o indivíduo não binário e como a sua identidade se projeta no caso específico, aplicando-lhe a norma que mais atende suas necessidades enquanto ser humano, considerando a razoabilidade e proporcionalidade.

Por ser derivado do princípio da dignidade da pessoa humana e de grande valia para interpretação das normas no caso das pessoas não binárias, merece relevo o direito à felicidade. Acerca do tema, Leal (2013, p. 234) afirma que “o direito à felicidade constitui, portanto, o bem jurídico a ser protegido quando se compreende que a vida é mais do que o fornecimento e gozo de bens primários”, ou seja, o direito à felicidade se projeta para além das necessidades básicas do indivíduo, alcançando um nível imaterial, intangível e abstrato ligado à qualidade de vida das pessoas. Dessa forma, o direito à busca pela felicidade deve se tornar um fator preponderante na análise do caso concreto, sobretudo diante do impacto que a aplicação da norma terá no bem-estar da pessoa não binária.

Outrossim, o direito à felicidade se presta a reduzir a dor e o sofrimento, bem como minorar consequências emocionais negativas experimentadas pelos indivíduos em razão de suas decisões pessoais que não repercutem na esfera pessoal de terceiros. Nas palavras do Min. Marco Aurélio, no julgamento da ADPF 132: “ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem”.

Assim, é forçoso concluir que a autopercepção do gênero está diretamente associada à felicidade do indivíduo, ao seu encontro com a essência do seu próprio ser, de modo que os operadores do direito devem contemplar, também, esse espectro de busca pela felicidade ao aplicar as normas existentes ao não binário, observando como sua identidade se delinea no caso concreto e o que lhe trará maior plenitude como ser humano.

Considerações finais

A sociedade hodierna experimenta um momento de ruptura da dicotomia homem e mulher que foi construída e perpetuada durante séculos na história da humanidade. Percebe-se que o padrão moldador dicotômico que se reflete nos costumes, na ideologia, nas crenças e nos comportamentos, aos poucos têm dado lugar à identidade de pertencimento. Essa transformação social tem sido acompanhada pelo Poder Judiciário, que notoriamente tem atendido os anseios das pessoas não-binárias com presteza.

Não obstante, ainda é necessário que o operador do direito busque se familiarizar com os termos e conceitos que envolvem a comunidade LGBTI+, especialmente os que concernem à pessoa não binária, bem como as nuances que a envolvem, eis que pode se deparar em sua atividade jurídica com casos em que o ordenamento pátrio aplicado ao não binário levantará mais dúvidas do que trará respostas.

Nessas lacunas ainda existentes na legislação brasileira, é imperiosa a observância do princípio da dignidade da pessoa humana para aplicar ao não binário em determinada circunstância a norma prevista para a mulher e em circunstância diversa a norma destinada ao homem. Essa interpretação, embora contraditória à primeira vista, não fere o princípio da isonomia, pelo contrário, cuida-se da sua adequada aplicação. Ademais, não se trata de violar ou burlar o ordenamento jurídico para favorecer ou desfavorecer determinado indivíduo e sim interpretar a norma, que não lhe contempla em seu texto, diante da sua realidade em quanto ser humano.

Decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, emerge o direito à felicidade, que transcende as necessidades básicas do indivíduo para atingir um nível imaterial e abstrato ligado às emoções e ao estado de plenitude do ser humano. Não havendo violação ao direito de terceiros, é vedado ao Estado impedir que os indivíduos busquem a própria felicidade, de modo que a interpretação dos dispositivos legais aplicados ao não binário devem avaliar também a plenitude do ser humano no caso concreto.

Por fim, vislumbra-se nesse ponto a premente necessidade do operador do direito em buscar o aprimoramento, não somente no tocante ao ordenamento jurídico vigente, mas também no que concerne à sua compreensão do ser humano, das suas diferenças e, sobretudo, da sua identidade. De outro modo, o direito não acompanhará a acelerada e constante mudança social que se descortina.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jan. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 73 de 28 de junho de 2018**. Dispõe alteração do prenome e do gênero de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2623>. Acesso em: 15 fev. 2021.

_____. **Decreto nº. 8.727, de 28 de abril de 2016**. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero no âmbito da administração pública federal. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%208.727%2C%20DE%2028%20DE%20ABRIL%20DE%202016&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20uso%20do,federal%20direta%2C%20aut%C3%A9rquica%20e%20fundacional. Acesso em: 15 fev. 2021.

_____. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 03 fev. 2021.

_____. **Lei nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 09 fev. 2021.

_____. Ministério da Educação. **Gênero e diversidade sexual na escola: reconhecer diferenças e superar preconceitos**. Secretaria de educação continuada, alfabetização e diversidade (SECAD/MEC). Brasília, 2007. Disponível em: http://pronacampo.mec.gov.br/images/pdf/bib_cad4_gen_div_prec.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

_____. Secretaria Nacional de Direitos Humanos. **Resolução nº. 11, de 18 de dezembro de 2014**. Inclusão dos itens "orientação sexual", "identidade de gênero" e "nome social" nos boletins de ocorrência. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_26579640_RESOLUCAO_N_11_DE_18_DE_DEZEMBRO_DE_2014.aspx. Acesso em 13 de fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial 395904/RS**. Não exclusão dos relacionamentos homoafetivos por parte do constituinte com vistas à

produção de efeitos no campo do direito previdenciário. Recurso especial não provido. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa, 13 de dezembro de 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7177971/recurso-especial-resp-395904-rs-2001-0189742-2/inteiro-teor-12918583>. Acesso em: 27 jan. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 889852/RS**. Adoção de menores por casal homossexual. Recurso especial não provido. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: L M B G. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 27 de abril de 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4>. Acesso em: 09 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4277**. Reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Relator Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>. Acesso em 09 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.510/DF**. Voto do Relator – transcendência do princípio da dignidade da pessoa humana. Relator Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26/DF 9996923-64.2013.1.00.0000**. Enquadramento das práticas de homofobia e transfobia no conceito de racismo. Relator Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/939911266/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-ado-26-df-9996923-6420131000000?ref=serp>. Acesso em 09 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº. 670422/RS**. Retificação do nome e do gênero sexual no registro civil. Relator Min. Dias Toffoli, 11 de setembro de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628936/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-670422-rs-rio-grande-do-sul/inteiro-teor-311628946>. Acesso em 09 fev. 2021.

BUTLER, Judith. **Corpos que Importam:** sobre os limites discursivo do “sexo”. Tradução de Veronica Daminelli e Daniel Yago Françoli. São Paulo. N-1 Edições, 2019

CANABARRO, Ronaldo. **História e direitos sexuais no brasil: o movimento LGBT e a discussão sobre a cidadania.** Anais Eletrônicos do II Congresso Internacional de História Regional. 2013. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/historiaedireitoscanabarro.pdf>. Acesso em 27 jan. 2021.

CFP – Conselho Federal de Psicologia. **Resolução CFP nº. 001/99 de 22 de março de 1999.** Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual. Brasília: Presidência do Conselho, 1999. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf. Acesso em: 27 jan. 2021.

DIEHL, Alessandra; VIEIRA, Denise Leite (Orgs). **Sexualidade do prazer ao sofrer.** São Paulo: Roca/Grupo GEN, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito & a justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FRY, Peter. & MACRAE, Edward. **O que é homossexualidade.** 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

GALDINO, Valéria; MAZARO, Juliana Luiza. **Da tutela jurídica dos indivíduos LGBT sob a perspectiva da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana.**

Revista Jurídica Direito & Paz. Ano X. n. 39. p. 83-101, 2018. Disponível em <http://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/download/956/429/>. Acesso em: 24 mar. 2021.

GOFFMAN, Erving. **Estigma:** notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a identidade de gênero:** conceitos e termos.

Jesus. Brasília: Autor, 2012. Disponível em: https://issuu.com/jaquelinejesus/docs/orienta__es_popula__o_trans. Acesso em: 03 fev. 2021

LANDO, Gorge Andre; SOUZA, Carolina da Fonte Araújo de. **O direito à autodeterminação da identidade para além do tradicional binarismo de gênero.** Cadernos de Gênero e Diversidade. Vol. 06, N. 01 - Jan. - Mar., 2020. Disponível em: <https://cienciasmedicabiologicas.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/32576/20804>. Acesso em 02 mai. 2021.

LANZ, Letícia. **O corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero.** Uma introdução aos estudos transgêneros. 2^a. ed. Curitiba: Transgente, 2015.

LEAL, Saul Tourinho. **O direito à felicidade – história, teoria, positivação e jurisdição.** São Paulo, 2013. Disponível em: <https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/6202/1/Saul%20Tourinho%20Leal.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2021.

LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **A eficácia do direito à dignidade da pessoa humana.** Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 313-340, jan./jun. 2012 - ISSN 1677-6402. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/2400/1651/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

MONEY, John. **Gay, straight and in between: the sexology of erotic orientation.** New York: Prometheus Books, 1988.

MOREIRA FILHO, Francisco Carlos; MADRID, Daniela Martins. **Homossexualidade e a sua história.** Revista eletrônica do ETIC - Encontro de iniciação científica v. 4, n. 4, 2008. ISSN 21-76-8498. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1646/1569>. Acesso em 27 jan. 2021.

REIS, Neilton dos; PINHO, Raquel. **Gêneros não-binários: identidades, expressões e educação.** Revista Reflexão e Ação, Santa Cruz do Sul, v. 24, n. 1, p. 7-25, Jan./Abr. 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/reflex/article/download/7045/pdf>. Acesso em 15 fev. 2021.

ROCHA, Carmem Lúcia. Antunes. **Direito de todos e para todos.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RODRIGUES, Humberto; LIMA, Cláudia de Castro. **Quando ninguém era gay: uma história da homossexualidade**. Aventuras na História. 27/06/2019. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-da-homossexualidade.phtml>. Acesso em 19 fev. 2021.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Advocacia pro societatis: uma luta pela efetivação da legislação ambiental

*Ana Keuly Luz Bezerra¹
Afonso Feitosa Reis Neto²*

Introdução

O homem, durante sua evolução histórico-econômica, comportou-se coerente com a visão antropocêntrica clássica e, por conseguinte, dispôs de todos os bens naturais da forma como melhor lhe aprouvesse. Nesse sentido, essa abordagem ainda é o paradigma que justifica a intervenção humana no meio ambiente.

O desequilíbrio dos oceanos, da fauna e flora, a rápida industrialização, a falta de planejamento urbano cumulado com o crescimento das populações nas cidades e a necessidade de novas fontes de obtenção de energia são fatores que têm fomentado o avanço dos impactos negativos do homem sobre a natureza que, na maioria das vezes, extrapolam o conceito geopolítico de território e as limitações de soberania (denominado princípio da ubiquidade), exigindo assim do Direito e do Estado

¹ Docente do eixo tecnológico de Gestão e Negócios do Instituto Federal do Piauí - Campus Avançado Dirceu Arcoverde. Doutora e Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela UFPI. Graduada em Administração e Direito. Orientadora do Programa de Mestrado em Políticas Públicas da Universidade Federal do Piauí. Instituto Federal do Piauí, Instituto Federal do Piauí - Campus Avançado Dirceu Arcoverde-Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9779727227180112>. E-mail: prof.anakeuly@gmail.com.

² Doutor e Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal de Pernambuco (PRODEMA/UFPE). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Graduado com láurea em Gestão Ambiental pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Pernambuco (IFPE). Advogado (OAB/PE). Docente do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Piauí (IFPI) - Área: Gestão Ambiental. É um dos Editores-Chefes e cofundador da Revista Brasileira de Meio Ambiente - RVBMA (ISSN: 2595- 4431). Líder do Grupo de Pesquisa/CNPQ - Laboratório Interdisciplinar Sociedade, Ambiente e Direito (LISA-D). Estágio pós-doutoral na Universidade Federal do Piauí (UFPI). Possui como principais temáticas de estudo: Direito Ambiental, Direito Ecológico, Gestão Ambiental e Ética Ambiental. Instituto Federal do Piauí - Campus Corrente- Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7382862676934597>. E-mail: afonso.reis@ifpi.edu.br.

intervenção, na tentativa de minimizar os danos, que mesmo sendo provocado por alguns, são sentidos por todos.

Por conta disso, o meio ambiente encontra-se na pauta do dia, fazendo com que o direito ambiental se revele como um dos ramos da ciência do direito que tem chamado a atenção dos operadores e da academia jurídica, exatamente por envolver relações de caráter público e privado. A tutela jurídica do meio ambiente evita que a sua degradação possa ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade da vida humana e, por conseguinte, a sobrevivência de todos os seres.

Nos últimos anos, as políticas de proteção ambiental têm fomentado discussões e reflexões em várias esferas da sociedade sobre sua forma de sustentabilidade para futuras gerações. Neste sentido, o estudo da forma como as questões ambientais estão sendo enfrentadas pelos operadores do direito aponta para aquilo que vem sendo objeto de luta da sociedade em prol do meio ambiente, visto que representam às necessidades da população.

Uma vez que se tem conhecimento dos problemas ambientais que acometem a sociedade, é preciso verificar se os mecanismos de coibi-los ou resolvê-los são existentes ou não. E no caso positivo, por que mesmo diante dos anteparos legais esses problemas ambientais persistem?

O direito ambiental tem potencial de modificar essa realidade dentro da ordem jurídica brasileira diante das diversas investidas aos recursos naturais. Para tanto, precisa-se de juízes competentes que compreendam a complexidade da questão ambiental bem como a necessária urgência de leis e decisões judiciais que alcancem a efetividade.

O direito ao meio ambiente equilibrado é assegurado pela Constituição como um direito fundamental, que está diretamente relacionado com o direito à vida das presentes e futuras gerações. Entretanto, mesmo o Brasil dispendo de uma vasta legislação ambiental infraconstitucional, isso

não tem sido suficiente para a efetiva proteção ao meio ambiente, pois percebe-se um distanciamento entre o que está positivado nas leis e a realidade prática (BEZERRA et al. 2016). As normas jurídicas existem, falta então concretizá-las, mas para tanto é indispensável a conscientização da sociedade de que o homem não é o dono da natureza e sim parte dela.

Buscando a concretização do direito ao meio ambiente como direito fundamental, é imperiosa a necessidade da efetividade da legislação ambiental. É preciso haver punição sempre que haja o uso irresponsável e inconsequente do desenvolvimento tecnológico que provoque sequelas ao meio ambiente. O Brasil dispõe de grande arsenal de atos normativos que regulamentam a questão ambiental, contudo há evidentes dificuldades em sua aplicação.

Sobre o tema, discorre Prado (2012, p. 91):

As leis ambientais, mormente no Brasil, são em sua maioria, excessivamente prolixas, casuísticas, tecnicamente imperfeitas, quase sempre inspiradas por especialistas do setor afetado, leigos em Direito, ou quando muito de formação jurídica não específica, o que as tornam de difícil aplicação, tortuosas e complexas.

Prado (2012) atribui imperfeições as leis ambientais e a dificuldade de aplicação destas ao fato de serem elaboradas por leigos do direito, sendo sobretudo baseadas em especialistas das áreas afetadas e que estes fatores podem constituir uma das causas para a inefetividade da legislação ambiental brasileira. O estado atual do direito ambiental no Brasil e a nível global, resulta na impossibilidade de se falar em efetividade e muitos menos em sua eficiência, daí a importância de determinar as principais causas e seus efeitos a partir do estudo junto aos operadores do direito, com a finalidade de se conhecer a magnitude do problema e propor possíveis soluções.

Sustenta-se ainda de acordo com Chacón (2016) que a legislação ambiental tem experimentado um crescimento significativo tanto no direito interno dos Estados quanto no direito internacional através de declarações ou tratados bilaterais, regionais e globais vinculantes. Apesar disso, os problemas ambientais aumentaram em quantidade e severidade, o que mostra que o direito ambiental, bem com a multiplicação de suas normas, não consegue resolver os problemas ambientais.

Seja por simples desconhecimento dessa legislação pela sociedade, seja pelo descaso dos gestores para com ela, o que se verifica na prática é a completa falta de efetividade de grande parte dos normativos legais de proteção ao meio ambiente, causando uma sensação de completo abandono às causas ambientais.

Nesse sentido, o estudo tem como objetivo geral demonstrar como a atuação da advocacia no enfrentamento das questões ambientais pode se fazer relevante para o avanço na efetividade da legislação ambiental brasileira.

Para atender aos propósitos desta pesquisa, definiu-se como campo de ação a atividade jurisdicional do município de Teresina e como atores os advogados e defensores públicos. Trata-se de estudo com abordagem qualitativa e coleta de dados por meio da pesquisa de campo, com aplicação de análise de conteúdo (BARDIN, 2009) para interpretação dos resultados.

1. A importância da advocacia ambiental para a efetividade da proteção ao meio ambiente

A advocacia é considerada, sob o aspecto constitucional, função essencial à justiça que visa à garantia das liberdades humanitárias, políticas e filosóficas, e ao cumprimento da ordem jurídica vigente, solucionando conflitos com base em normas e princípios jurídicos pré-estabelecidos,

através da mediação, ou por postulação perante os órgãos administrativos ou jurisdicionais (ARAÚJO, 2006).

E para que todos, sem exceção, tenham direito ao acesso à Justiça, o Estado garante aos cidadãos com poucos recursos financeiros um advogado público; o chamado defensor público. A Defensoria é uma instituição pública que presta assistência jurídica gratuita àquelas pessoas que não possam pagar por esse serviço.

Entende-se que estes operadores do direito têm que ter consciência de que são instrumento do poder e saber qual papel estão cumprindo; se estão atrelados à clássica ideologia da neutralidade/imparcialidade, serão um mero instrumento funcional do poder político/positivo/legislado e realizadores das hipertrofias jurídicas/normativas vazias. Contudo, se desejam superar tal ideologia devem ter consciência ética-moral das suas tarefas, constitucionalizando-se e transformando-se assim em instrumento de conexão do direito à justiça e conseqüentemente em instrumento de transformação social.

O comportamento humano é pré-requisito para a construção de uma ideologia individual e organizacional. É nas instituições que se busca acesso a uma posição e função na sociedade, como também é nelas que se procura satisfação e realização social. O meio jurídico tornou-se, por seu caráter tecnicista e burocrata, um ambiente frio e rígido, muitas vezes inerte às transformações sociais ocorridas no meio externo. Mas não se pode esquecer que as instituições jurídicas são formadas por seres humanos, dotados de propriedades fisiológicas e psicológicas, de habilidades e limitações que lhe são peculiares, e de um modo de agir distinto, que define o seu trabalho, sua posição social e sua função (DRUCKER, 1991).

A proteção jurídica do meio ambiente é uma exigência já reconhecida. A evolução normativa que continua e intensamente se desenvolve vem delimitada por um imperativo fundamental de solidariedade: a

responsabilidade pela preservação da natureza e, conseqüentemente, da vida para as presentes e futuras gerações (MEDEIROS, 2004).

A Constituição de 1988 dispõe sobre os deveres do poder público e da sociedade para com o meio ambiente, sem contudo, deixar de mencionar que restou efetuada a repartição das competências entre União, Estados e Municípios, de forma a propiciar maior eficiência à defesa do meio ambiente.

No art. 5º, LXXIII, o texto constitucional dispõe acerca da ação popular como instrumento de proteção de atos lesivos ao meio ambiente, destacando que qualquer cidadão é parte legítima para deduzir pretensão jurisdicional que tenha por escopo a tutela do meio ambiente, legitimando o cidadão a também atuar na defesa do meio ambiente.

A Carta Magna prevê ainda a inserção da proteção do meio ambiente enquanto parâmetro a ser observado no desenvolvimento das atividades econômicas e reconhece no art. 186, II, a proteção do meio ambiente entre as metas a serem alcançadas para que a propriedade cumpra sua função social.

A jurisdição constitucional e infraconstitucional exerce papel relevante para a concretização da proteção ao meio ambiente, principalmente, nos dias atuais. Contudo, a simples previsão do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no texto constitucional e na legislação correlata não significa sua efetiva garantia. Por isso, é possível afirmar que a demanda judicial é um dos meios para a tutela dos direitos ambientais, sendo este seu objeto, quando for a ordem jurídica subjetiva aquela ameaçada ou violada.

Os operadores do direito têm o papel de adequar a jurisdição ambiental com os valores materiais que pedem uma interpretação “justa” da norma ambiental. Logo, os operadores do direito realizam força normativa da legislação ambiental imprimindo nas suas decisões a integração entre

a norma e os valores, costumes e circunstâncias fáticas do caso, tornando efetivo o exercício do direito.

A palavra direito é “o conjunto de leis fundamentais editadas pelo Estado, o ordenamento jurídico da vida, é a atuação concreta da norma abstrata no direito específico de determinada pessoa” (JHERING, 2016, p. 37). O direito é paz social ou luta constante. A paz social é para aqueles que encontram no ordenamento jurídico todos os elementos mínimos que garantem a estabilidade de suas expectativas sobre a permanência do seu *status quo* e/ou de sua visão de mundo. Não precisam mais lutar, pois a infraestrutura e a superestrutura garantem o seu direito.

Outra é a situação dos que não encontram na ordem jurídica a satisfação de suas exigências mínimas. Estes são marginalizados e por isto reagem para mostrar que o direito pode ser escrito de outro modo. A sua vida será de luta e só alcançará o fim quando suas justas pretensões também fizerem parte do ordenamento jurídico, essa é a luta pelo direito ambiental, posto que o mesmo ainda não goza da efetividade de que se deseja e que o bem jurídico tutelado impõe.

O fato do direito ambiental está colocado no eixo comum do direito administrativo, não tendo recebido importância devida, é uma das razões que tem contribuído para um esvaziamento da percepção do direito ambiental como um sistema jurídico autônomo.

Dessa forma, percebe-se que não se tem para os direitos coletivos a mesma maneira aguerrida de luta que se tem para os direitos individuais. A sociedade vive o aqui e o agora, sem vislumbrar o futuro, é um direito que não tem seus defensores. E o que é que falta no direito ambiental para que ele tenha seus defensores e se torne uma luta?

Vale aqui lembrar que os defensores do direito ambiental que hoje se tem, os ambientalistas, não podem ser assim configurados, uma vez que a atuação destes é temática, eles atuam em problemas específicos e não

enxergam o meio ambiente como sistema jurídica interligado. A contribuição dada por eles é inegável, principalmente na questão do engajamento social.

O defensor que se tem hoje ainda não corresponde àquele indivíduo que luta pelo direito ambiental, porque estão em trincheiras específicas. As trincheiras específicas das várias lutas ambientalistas precisam ser integradas em uma visão conjunta. O debate não pode ser limitado aos recursos naturais, mas sim ampliado em uma visão macro da Natureza.

Sendo assim, se torna importante instituir novos valores ambientais, uma nova ética ambiental a partir do direito posto, na sociedade e naqueles que operam o direito, o que ainda não se tem nos defensores que hoje atuam em prol da luta ambiental. Se já tivéssemos defensores assim, a efetividade da legislação iria acontecer “na marra”, porque o direito não é a última palavra em sociedade, mas é o modo de se garantir a validade da luta.

Enquanto não se tem esses defensores, o que fazer? Se se dispõe de uma legislação ambiental considerada adequada, está na hora de torná-la efetiva, ainda que não esteja presente na sociedade, os valores que levem a essa luta, cabe aos operadores do direito atuarem como defensores dentro dos espaços disponíveis nas instituições em que atuam, usando a legislação como “esgrima”.

Para a defesa do meio ambiente precisa-se de uma sociedade consciente dos valores ambientais e da legislação, então os operadores do direito vão atuar numa posição de vanguarda, a ponto de fazer do direito ambiental sua luta, cujo instrumento de defesa é a legislação.

2. Resultados

A pesquisa de campo foi realizada por meio de entrevistas com a utilização de roteiro semi-estruturado. Participaram da pesquisa: dois

advogados da Comissão de Meio Ambiente da Seccional Piauí; dois advogados militantes na área ambiental na cidade de Teresina-PI; um defensor público estadual que atua na defensoria pública de Teresina e um defensor público federal que atua no Estado do Piauí, totalizando seis sujeitos da pesquisa.

Para a seleção dos entrevistados, foram realizadas as seguintes etapas: a) primeiro foi estabelecido o universo de cada categoria de operador que seria entrevistado, no qual ficou definido que seriam entrevistados: dois advogados membros da comissão da OAB, dois advogados representantes de escritórios jurídicos militantes na área ambiental, um defensor público federal e um defensor público estadual; b) em seguida todos os operadores foram numerados por categoria; b) depois procedeu-se ao sorteio dos selecionados através do *app* número aleatório UX; e c) e por fim foram identificados os operadores que constituíram a amostra da pesquisa.

De posse dos dados obtidos a partir do campo, estes foram classificados em categorias pré-estabelecidas obtidas a partir do roteiro de entrevista, são elas: C1 (avaliação do judiciário), C2 (interpretação/aplicação da legislação), C3 (Atuação dos operadores), C4 (formação acadêmica), C5 (contribuições do judiciário), e em categorias inovadoras, que surgiram durante as entrevistas, são elas: C6 (Efetividade/inefetividade da legislação ambiental), C7 (atuação em cooperação dos operadores do direito), C8 (conflito entre o econômico e o meio ambiente), C9 (mecanismos de solução extrajudicial/políticas públicas) e C10 (educação ambiental/conscientização) e C11 (empoderamento da sociedade civil/cidadania ambiental).

A análise dos dados a partir da análise de conteúdo, refletindo sobre o agir institucional de cada grupo de operador, com o intuito de avaliar o

modo como os operadores do direito avaliam sua atuação e os entraves para a efetividade da legislação ambiental.

Para a avaliação do modo como os operadores do direito atuam no enfrentamento das questões ambientais, foram criados três escores para cada categoria: positivo (+1), neutro/indiferente (0), negativo (-1), sendo que para cada categoria os escores podem ter uma métrica diferente, conforme quadro 1.

Quadro 1 - Significado dos escores de avaliação das categorias

CATEGORIA	POSITIVO (+1)	NEUTRO/INDIFERENTE (0)	NEGATIVO (-1)
Avaliação do judiciário (C1)	atuação adequada do judiciário em relação as questões ambientais	para os que não opinaram ou foram indiferentes ao tema e negativo	o judiciário não atua como deveria nas questões ambientais.
Interpretação/aplicação da legislação ambiental (C2)	legislação ambiental de fácil aplicação/interpretação	para os que não opinaram ou foram indiferentes ao tema e negativo	legislação ambiental de difícil aplicação/interpretação.
Atuação dos operadores do direito (C3)	atuação adequada dos operadores do direito nas questões ambientais	para os que não opinaram ou foram indiferentes ao tema e negativo	atuação dos operadores do direito como inadequada e/ou insuficiente nas questões ambientais
Formação acadêmica (C4)	disciplina de direito ambiental é importante para atuação do operador do direito	a disciplina não tem qualquer impacto na formação do operador do direito e negativo	não há necessidade da disciplina de direito ambiental formação do operador do direito.
Contribuições do judiciário (C5)	o judiciário tem contribuído com as questões ambientais	a atuação do judiciário é de acordo com a provocação da sociedade	o judiciário pode contribuir mais com as questões ambientais
Efetividade/Inefetividade (C6)	legislação ambiental efetiva	para os que não emitiram opinião	legislação ambiental inefetiva.
Cooperação dos operadores do direito (C7)	os operadores do direito devem atuar em conjunto,	para os que não emitiram opinião	não há necessidade dos operadores do direito atuarem em conjunto.
Conflito entre o econômico e o meio ambiente (C8)	o conflito entre o econômico e o meio ambiente é um entrave à efetividade da legislação ambiental.	para os que não emitiram opinião	o conflito entre o econômico e o meio ambiente não tem efeitos sobre a

			aplicação da legislação ambiental.
Mecanismos de solução extrajudicial/Políticas Públicas (C9)	é importante a utilização de mecanismos de solução extrajudicial/políticas públicas para dar efetividade a legislação ambiental	para os que não emitiram opinião	a efetividade da legislação só pode acontecer por meio de decisões judiciais.
Categoria Educação ambiental/conscientização (C10)	necessidade de se promover a educação ambiental/conscientização da população e dos operadores do direito	para os que não emitiram opinião	não há necessidade de promoção de educação ambiental/conscientização para a população e operadores do direito.
Empoderamento da sociedade civil/Cidadania ambiental (C11)	necessário o empoderamento da sociedade civil na perspectiva da cidadania ambiental	para os que não emitiram opinião	não há necessidade do empoderamento da sociedade civil na perspectiva de cidadania ambiental.

Fonte: Pesquisadora, 2018.

Após a avaliação das categorias, foi organizada uma espécie de síntese sobre a avaliação de cada categoria a partir do discurso dos entrevistados, podendo ser observado ainda se o posicionamento é comum ao indivíduo ou a um grupo (vide quadro 2).

Quadro 2 - Avaliação das categorias

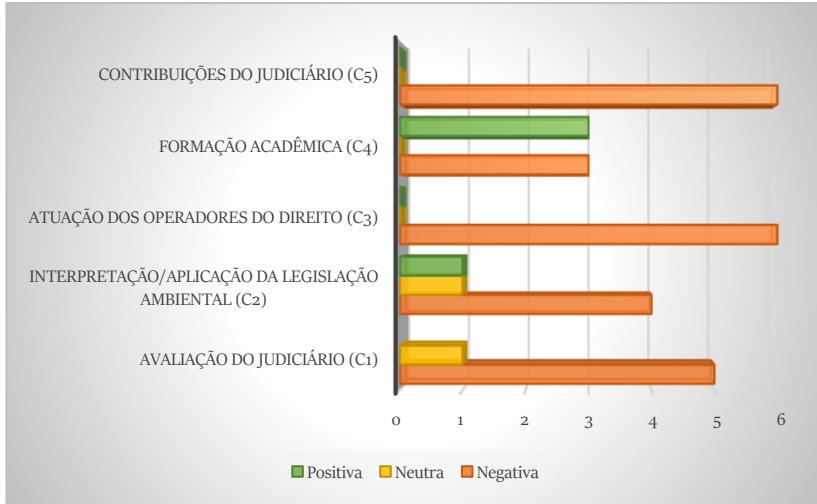
Operador	Categorias pré-estabelecidas					Categorias inovadoras					
	C1	C2	C3	C4	C5	C6	C7	C8	C9	C10	C11
AC1	0	-1	-1	+1	-1	-1	+1	+1	+1	0	0
AC2	-1	-1	-1	+1	-1	-1	+1	+1	+1	+1	+1
A1	-1	+1	-1	+1	-1	-1	+1	0	0	+1	+1
A2	-1	0	-1	-1	-1	-1	+1	+1	+1	+1	+1
D1	-1	-1	-1	-1	-1	0	0	0	0	0	0
D2	-1	-1	-1	-1	-1	0	+1	0	0	0	0

Fonte: Pesquisa de campo, 2017.

Legenda: AC (advogado da comissão de meio ambiente), A (advogado militante), D (defensores públicos)

Os resultados da avaliação das categorias também foram organizados em gráficos como estratégia de melhor apresentação dos dados obtidos, conforme gráficos 1 e 2.

Gráfico 1 – Avaliação das categorias pré-estabelecidas



Fonte: Pesquisa de campo, 2018.

A partir dos dados do gráfico 1, pode-se afirmar que na categoria **avaliação do judiciário (C1)**, apesar de se entender que o papel da justiça é atuar como mecanismo de proteção ao meio ambiente, de dar efetividade a legislação ambiental e respostas à sociedade, pôde-se constatar que sua atuação está muito aquém do que se espera. Foi dito também que a atuação é considerada protelatória, despreparada tecnicamente no que tange à legislação ambiental, e que carece de efetividade dos atos processuais, estimulando o uso de soluções extrajudiciais pelos demais operadores do direito, na tentativa de dar efetividade à legislação ambiental. Por fim, também se avaliou que não existe uma jurisdição ambiental em Teresina, mas que no futuro será necessária a criação de uma Vara ambiental local.

Na categoria **interpretação/aplicação da legislação ambiental (C2)**, os participantes foram unânimes em dizer que a legislação ambiental é complexa e técnica, contudo, foram divergentes quanto a aplicação/interpretação da mesma. Metade dos entrevistados avaliou que mesmo sendo complexa e técnica, é de fácil entendimento e aplicação no caso

concreto, e metade avaliou como difícil a aplicação/interpretação da legislação ao caso concreto. Foi possível verificar ainda, que houve certa homogeneidade de avaliação entre os grupos, a dizer: advogados e defensores, consideraram a legislação difícil e os promotores consideraram a legislação fácil, já entre os magistrados a avaliação demonstrou controvérsias acerca da legislação ambiental. Foi destacado ainda que a dificuldade não está na interpretação e/ou aplicação da legislação no caso concreto, mas no cumprimento das decisões proferidas, que resulta na impressão de inefetividade da legislação ambiental.

Válido destacar a fala de A2 sobre a problemática: *“a dificuldade maior em se trabalhar com a legislação ambiental, é exatamente sua multidisciplinaridade, que há uma conjugação de valores, uma hierarquia de valores, que exige do intérprete exatamente uma modelação, uma ponderação de interesses e valores”*.

Na categoria **atuação dos operadores do direito (C3)**, os entrevistados foram unânimes em dizer que a atuação de todos os operadores do direito aquém do esperado, qualificando-a como inexpressiva ou insuficiente, apesar de todos concordarem que entre as classes de operadores do direito, o Ministério Público é o que melhor vem atuando nas causas ambientais. Mesmo assim, foi observado que da forma como estão atuando não conseguem modificar o panorama atual. A2 reflete que é preciso tratar a questão não como um “discurso”, pois não é um fundamentalismo.

Especificamente sobre a classe dos juízes, foi dito por A1 que *“a atuação dos outros operadores foi abaixo do esperado, especialmente dos magistrados da justiça estadual, que demonstram total desconhecimento das causas e da legislação ambiental, e que isto melhora um pouco na justiça federal”*.

Na categoria **formação acadêmica (C4)**, todos destacaram que não tiveram a disciplina de direito ambiental durante sua formação na

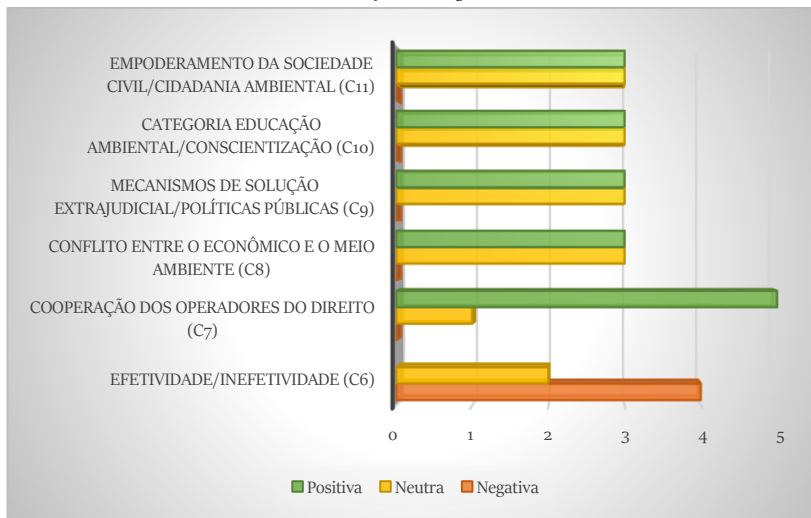
academia e que a formação que obtiveram foi na atuação prática ou por meio de cursos específicos. Foi pontuado ainda, que essa formação deveria fazer parte da formação cultural e não somente da acadêmica. Apesar disso, a maioria avaliou que a ausência da disciplina não interfere nessa formação ambiental, pois o conteúdo está contemplado em outras disciplinas do curso, como por exemplo: direito constitucional, e ainda que este fato não é um requisito para o envolvimento dos operadores nestas causas.

Outros entretanto, a exemplo de D1 consideram que a existência da disciplina no curso poderia sensibilizar e motivar os operadores do direito. D1 relata que *“não existe formação neste sentido, e que isso acaba contribuindo para o desinteresse dos operadores enquanto estudantes, e depois como profissionais pela questão ambiental”*.

Por fim, foi dito que é importante ter a disciplina, mas que somente isto não é a solução para os problemas relacionados à aplicação da legislação ambiental. Foi relatado ainda que não há incentivo das próprias instituições para busca de qualificação pelos operadores do direito nesta área. Nesta categoria só houve consenso entre o grupo dos defensores, que considerou que não há a necessidade da disciplina de direito ambiental, entre os demais grupos, as avaliações foram divergentes.

E por fim na categoria **contribuições do judiciário**, também foi constatada uma unanimidade de posicionamento dos entrevistados, de que o judiciário pode contribuir mais com as questões ambientais, especialmente com mais celeridade e efetividade nos julgamentos. Além disso, foi dito que deveria haver aprimoramento técnico, sensibilização às questões coletivas, estabilidade dessas decisões no aspecto recursal. E ainda que é preciso um novo olhar sobre direito ambiental e sobre a filosofia do direito e mais diálogo entre os atores.

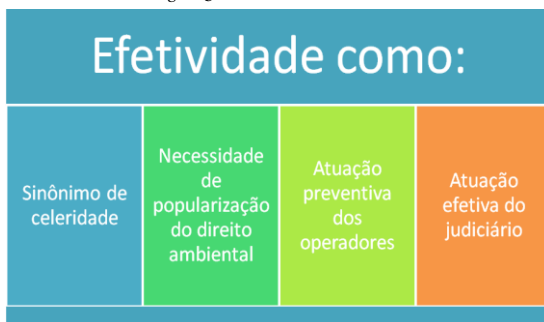
Gráfico 2 – Avaliação das categorias inovadoras



Fonte: Pesquisa de campo, 2018.

No gráfico 2 está apresentada a avaliação dos operadores do direito com relação as categorias ditas inovadoras. A categoria **efetividade/inefetividade da legislação ambiental (C6)** – nesta categoria o posicionamento também foi unânime, e todos avaliaram que a legislação ambiental é inefetiva. E apresentaram conceito sobre o que entendem como efetividade e ainda sobre as razões da inefetividade da legislação ambiental, conforme se observa nas Figuras 3 e 4:

Figura 3 - Conceitos de Efetividade



Fonte: Pesquisa de campo, 2017.

Figura 4 - Causas da Inefetividade



Fonte: Pesquisa de campo, 2017.

Na categoria **atuação em cooperação dos operadores do direito (C7)**, foi avaliado pela maioria dos entrevistados que é importante a atuação em conjunto, de forma sistêmica dos operadores do direito no enfrentamento das questões ambientais. Foi considerada que a atuação isolada de alguns grupos de operadores não consegue mudar o panorama atual.

Neste sentido AC1 destacou que *“os operadores do direito trabalham como um sistema e todos tem que contribuir para que de fato ocorra aquilo que a legislação prevê, não adianta só uma parte atuar, se as demais não se interessarem, não fiscalizarem, não fizerem sua parte”*.

Na categoria **conflito entre o econômico e o meio ambiente (C8)**, alguns dos operadores do direito avaliaram que existe a influência da questão econômica nas decisões ambientais, e que esta atua como um limitador da efetividade da legislação ambiental.

Na categoria **mecanismos de solução extrajudicial/políticas públicas (C9)**, alguns dos entrevistados mencionaram a importância de se estimular o uso de mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos ambientais, colocando-se como uma alternativa à espera da solução judicial e da implementação de políticas públicas ambientais pelo poder executivo,

a fim de se promover a executoriedade das decisões ambientais e por conseguinte dar efetividade a legislação ambiental. Também foi destacado, que as questões ambientais não são situações binárias, que envolvem apenas duas situações, na qual se opta por uma e o problema está resolvido. Na verdade, as questões ambientais são complexas e em sua complexidade devem ser tratadas a partir de um processo estrutural, que prevê a necessidade da atuação em cooperação não só entre os operadores do direito, mas destes com os gestores públicos.

Na categoria **educação ambiental/conscientização (C10)**, a maioria dos participantes considerou que é importante promover a educação ambiental e a conscientização da população e dos operadores do direito a fim de se formarem valores culturais próprios relacionados ao meio ambiente em cada indivíduo, bem como nas palavras de A1: *“promover uma espécie de popularização do direito ambiental que a exemplo do que aconteceu com a legislação consumerista, a fim de aproximá-los, para que a sociedade civil se empodere, conhecendo seus direitos e assim possa cobrar ações de quem é possível cobrar e exigir e reivindicar a tutela do estado dos problemas ambientais, assim como tem feito com o direito do consumidor”*. Foi dito ainda, que é preciso lançar um novo olhar sobre o direito ambiental.

Na categoria **empoderamento da sociedade civil/cidadania ambiental (C11)**, a maioria dos participantes também considerou que é necessário que haja empoderamento da sociedade civil, no sentido de que esta, se aproprie do direito ambiental para fazer valer seus direitos nesta seara.

Foi dito que a sociedade ainda é muito individualista e que as causas de natureza coletiva são “deixadas de lado” porque “não tem dono”. Sendo assim, a proposta é de que a sociedade desenvolva cidadania ambiental a partir do empoderamento das causas ambientais e assim, se torne mais

um “operador do direito” no intuito de cobrar ações dos outros operadores e do poder executivo e de dar efetividade a legislação ambiental.

Por fim, válido mencionar as **questões ambientais locais** destacadas pelos pesquisados, para as quais adotou-se a classificação abaixo:

- a) Água: poluição dos rios, assoreamento dos rios, proteção dos rios, qualidade da água, conservação dos rios e lençóis freáticos, conservação da mata ciliar.
- b) Agropecuária: extensão da atividade de agropecuária e produção de grãos no cerrado piauiense.
- c) Aquecimento local: aumento do calor, preservação do verde, arborização da cidade, desmatamento.
- d) Crescimento urbano: crescimento urbano desordenado, ocupações em áreas de risco, desmatamento para construção de empreendimentos imobiliários, trafegabilidade/mobilidade urbana.
- e) Saneamento básico: despejo de esgotos nos rios, escoamento das águas pluviais/construção de galerias.
- f) Seca: seca no semiárido do Estado, desperdício de água.

Outros problemas citados foram: problemas de licenciamento ambiental irregular, proteção ao sítio arqueológico de São Raimundo Nonato-PI.

3. Discussões

Os resultados da pesquisa de campo levaram a elaboração de categorias que foram consideradas relevantes para o avanço no enfrentamento das questões ambientais e da efetividade da legislação ambiental brasileira.

A categoria de avaliação do judiciário mostrou-se negativa na visão dos operadores do direito entrevistados. Entende-se que ao perceber essa atuação negativa, os operadores estão avaliando a si mesmos também da mesma forma. Foram trazidos argumentos que justificam a avaliação negativa, mas o fato é que para o enfrentamento das questões ambientais o judiciário de Teresina, ainda precisa de grandes avanços.

A categoria interpretação/aplicação da legislação ambiental enfrenta outro aspecto importante na busca da efetividade da legislação, apesar de ter havido equilíbrio nas opiniões quanto à dificuldade de se aplicar a legislação, o que se percebe na prática, é que muitas vezes a morosidade de apreciação destas questões é provocada pelo desconhecimento da legislação ou do próprio problema ambiental que está sendo discutido em toda sua complexidade.

Os operadores do direito têm o papel de adequar a jurisdição ambiental com os valores materiais que pedem uma interpretação “justa” da norma ambiental. Logo, os operadores do direito realizam força normativa da legislação ambiental imprimindo nas suas decisões a integração entre a norma e os valores, costumes e circunstâncias fáticas do caso, tornando efetivo o exercício do direito.

Vale destacar ainda que, além da dificuldade na interpretação/aplicação da norma, outra questão é importante, que se constitui no como. É o cumprimento da decisão judicial, e nesta fase se percebem outros entraves da efetividade que extrapolam a atuação dos operadores do direito e recaem sobre o poder público e a própria sociedade.

A atuação dos operadores do direito em consonância com o que foi dito do judiciário, foi avaliada negativamente, deste modo resta evidente a necessidade (e até a emergência) de uma nova forma de atuar no enfrentamento das questões ambientais, objetivando efetivar o meio ambiente equilibrado por meio da captação de um sentido que seja conveniente com as metas e postulados do direito ambiental.

A formação acadêmica como tratado pelos entrevistados tem relevância na atuação dos operadores, de tal sorte que a inclusão da disciplina direito ambiental na grade curricular dos cursos de direito poderia ter um efeito positivo na sensibilização dos operadores do direito e na sua atuação no enfrentamento das questões ambientais, mas a solução não parece ser

tão simples assim. É necessário a instituição de valores em torno da proteção ambiental, em especial à sustentabilidade, na formação pessoal de cada operador do direito e na própria sociedade.

No que concerne as contribuições do judiciário, constatou-se que a atuação mais célere poderia contribuir com a efetividade da legislação ambiental. Outro aspecto que foi abordado é a possível implantação de uma vara ambiental em Teresina, que é uma tendência que já vem ocorrendo no judiciário brasileiro. Neste sentido, será importante observar os critérios de seleção dos juízes para ocupação destes cargos, em razão da influência inevitável das questões políticas, sob pena de se desvirtuar sua finalidade.

A efetividade foi apresentada sobre quatro aspectos pelos operadores do direito. Como sinônimo de celeridade, sabe-se, contudo, que o simples andamento processual “rápido” não é capaz de por si só garantir a efetividade, são necessários atributos aliados à celeridade. A necessidade de popularização do direito ambiental, no sentido de que a população tome consciência deste direito, passe a exercer pressão sobre o poder público e sobre o próprio judiciário para garantir a defesa do meio ambiente e assim a efetividade da legislação pertinente.

A atuação preventiva seria no sentido de se tentar evitar os problemas ambientais de grandes impactos negativos que acabam refletindo em toda a sociedade. Contudo a cultura brasileira ainda é a de resolução de conflitos por meio da judicialização. É preciso avançar na forma de se buscar a efetividade jurisdicional e os mecanismos de solução extrajudicial, e as atuações preventivas são importantes instrumentos nesse sentido, inclusive, fomentados pela nova sistemática processual civil.

A necessidade de atuação em cooperação dos operadores do direito é uma realidade, e foi apontado pelos próprios entrevistados como uma medida de promover a efetividade da legislação. Destaque-se ainda, a

necessidade de uma abertura à participação popular: assim agiu o legislador do Novo CPC, ao prever tanto o *amicus curiae*, quanto a realização de audiências públicas.

Além dos aspectos abordados outro fator destacado como relevante para a efetividade da legislação ambiental foi a educação/conscientização. Não há dúvida de que, quanto mais se for educado, maior é a capacidade de lutar para exigir e cumprir deveres. Isso é de suma importância para a efetivação do direito e do dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, além dos diversos outros fatores que se interligam com a questão ambiental.

O alcance da efetividade das normas ambientais encontrará alicerce e fundamentação num movimento nacional e internacional por uma sociedade local e global mais justa e ecologicamente sustentável.

Por fim, acerca das questões ambientais destacadas pelos operadores do direito, podemos confrontá-las com o que Rockström et al. (2009) definem como limites físicos para o planeta Terra que a humanidade não deve transgredir. Esses nove limites de segurança são o aquecimento global, a perda de biodiversidade, a acidificação dos oceanos, o ozônio estratosférico, o ciclo biogeoquímico do azoto, o ciclo do fósforo, a utilização de água doce, o regime de utilização do solo, a poluição química e a acumulação de aerossóis na atmosfera. Estimam ainda que a humanidade já ultrapassou três deles: alterações climáticas, perda de biodiversidade e alterações no ciclo do azoto e acrescentam que os limites são interdependentes, pelo que ultrapassar um pode ter implicações nos restantes.

Neste sentido, os operadores do direito, mesmo se referindo às questões ambientais locais, demonstraram sensibilidade com os problemas ambientais de ordem global e que podem limitar a vida no planeta, especialmente no que tange a utilização da água e as mudanças climáticas. O planeta é um sistema autorregulador complexo, e que para que se

mantenha a sustentabilidade da vida humana, é necessária uma mudança de atitude global.

Se não houver uma mudança cultural/consciência global acerca da necessidade de mudança de padrões de consumo e de comportamento, o tema desenvolvimento sustentável não passará de uma utopia. Isto porque, os impactos estão sendo observados, a destruição do planeta está acontecendo, e simplesmente nada eficaz acontece para reduzir ou minimizar as ações antrópicas sobre o planeta.

Partindo do pressuposto de que as mudanças e a transformação necessárias não poderão partir de um único país isolado, nem apenas de legislações rigorosas internas, se os efeitos são comuns a todos, tem-se que o estudo aqui proposto pode ser apresentar como elemento de fomento da necessidade da criação de uma Corte Internacional Ambiental, que julgue a partir de uma legislação transnacional elaborada por uma espécie de parlamento global, com integrantes de todos os países, a transposição destes limites como crime internacional e com sanções que de fato coíbam as ações destruidoras que continuamos a assistir todos os dias e claro de legislação ambiental interna dotada de efetividade processual. Só com a sensibilização de todos é que se poderá ter ações de natureza transformadora e de impactos efetivos.

Considerações finais

A vista de todo o exposto, é possível afirmar que para o efeito de uma efetivação da legislação ambiental, é necessário articulação entre os operadores do direito e os outros atores sociais envolvidos nas questões ambientais, necessitando desde logo atentar para uma adequada compreensão do sentido e alcance de tal direito e dos seus efetivos pontos de contato com a legislação ambiental, preservando sua autonomia e

concretizando de modo fundamentado e a partir de instrumentos vinculados a cada tema específico o seu âmbito de proteção.

Ao estudar as práticas de justiça sobre as questões ambientais estamos fazendo um enorme corte epistemológico, pois apenas algumas poucas agressões ao meio ambiente, tuteladas por nosso ordenamento jurídico, chegam ao judiciário. A grande maioria das agressões ao ambiente é vista apenas como um incômodo semelhante a dezenas de infrações de trânsito que presenciamos no cotidiano e, por não nos atingir diretamente, deixou para alguma autoridade pública tomar as providências.

A proposta metodológica utilizada no estudo permitiu que o objetivo fosse atingido, da seguinte forma: foi possível identificar o modo como os advogados locais avaliam sua atuação no enfrentamento das questões ambientais. De uma maneira geral, a avaliação foi considerada negativa, mas apontou possíveis soluções para que esta atuação avance no sentido que se deseja que é o de proteção ao meio ambiente em sua integralidade.

O estudo revelou ainda as principais questões ambientais locais a partir da visão dos participantes da pesquisa, que envolveram água, agropecuária, saneamento básico, aquecimento local, crescimento urbano, seca, licenciamento ambiental e patrimônio arqueológico.

Ciente de que ainda se está distante de construir um modelo sólido e cooperativo de efetivação da legislação ambiental, o que se busca ao invés de apostar em modelos de interpretação da legislação, é privilegiar formulas dialógicas (até mesmo recorrendo à conciliação e mediação) e que impliquem menor resistência por parte dos operadores do direito. Além disso, o manejo adequado das decisões judiciais ambientais poderá então colaborar para uma cultura de diálogo, de respeito institucional e de efetividade.

Referências

- ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. Conceito e características da advocacia. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8324>. Acesso em: 21 fev. 2018.
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa, Portugal: Edições 70, LDA, 2009.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 21 jul. 2021.
- BEZERRA; Ana Keuly Luz; MOITA NETO, José Machado; SOARES, Francílio Rodrigues. “Laudato Si”: Uma análise da encíclica do Papa Francisco à luz da legislação ambiental brasileira. **Revista Direitos Culturais**, Santo Angelo, v.11, n. 24, p.1-165, maio/ago. 2016.
- CHACÓN, Mario Peña. El camino hacia la efectividad del derecho ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. v. 83/2016, p.39-56, jul-set/2016.
- DRUCKER, Peter. **Introdução à administração**. São Paulo, Pioneira, 1991.
- JHERING, Rudol von. **A luta pelo direito**. Leme/SP: CL Edijur, 2016.
- MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito de dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.
- ROCKSTRÖM, Johan; STEFFEN, Will; NOONE, Kevin. PERSSON, Åsa. Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity. **Nature**, Vol 461|24 September 2009, p-472-475, set, 2009.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org