



ISSN 1806-8723

EXEQUATUR

REVISTA JURÍDICA

Ano XX - Nº 36, jan/jun 2022



editora
papervest

NRO **36**





EXEQUATUR

REVISTA JURÍDICA

Publicação Oficial do Curso de Direito da Unifacvest
Lages/SC

Ano XX - Nº 36, Lages: UNIFACVEST - jan/jun 2022
EXEQUATUR - ISSN 1806-8723

**EXEQUATUR - Revista Jurídica
do Centro Universitário UNIFACVEST**
Lages: Papervest Editora, nº 36, janeiro a junho de 2022,
195p.

Circulação Nacional





**centro universitário
unifacvest**

Mantenedora: Sociedade de Educação Nossa Senhora Auxiliadora

Editores - Renato Rodrigues (Presidente) e Arceloni Neusa Volpato

**Conselho Editorial e Científico
Doutores**

Alceu Pinto da Luz (Brasil)
Alejandro Villalobos Clavería (Chile)
Alexandre Teixeira (Uruguay)
Andreia de Bem Machado (Brasil)
Camilla Volpato Broering (Brasil)
Doris Dukova (Colombia)
Eduard Marquardt (Brasil)
Fabio Eduardo Grunenwald Soares (Brasil)
Gustavo Capobianco Volaco (Brasil)
José Endoença Martins (Brasil)
José Ricardo Mariano (Brasil)
Juan Martin Ceballos Almeraya (México)
Juscelino Francisco do Nascimento (Brasil)
Lourival Andrade Junior (Brasil)
Luis Miguel Cardoso (Portugal)
Ramon Hernandez de Jesus (Venezuela)
Rita Borges (Brasil)
Soeli Staub Zembruski (Brasil)

Diagramação: Marcelo Antonio Marim e Grafica Princesa
Curso de Direito - Unifacvest
Coordenadora - **Caroline Ribeiro Bianchini**

CATALOGAÇÃO NA FONTE

EXEQUATUR; Revista Jurídica do Centro Universitário UNIFACVEST. Centro Universitário UNIFACVEST. v. 36. n. 1
(jan./jun. 2022) – Lages, SC: Papervest, 2022.

ISSN: 1806-8723

Semestral

Disponível em: <<http://periodicos.unifacvest.edu.br/index.php/exequatur/>>.

1. Educação – Pesquisa - Periódicos. 2. Direito – Estudo e ensino – Pesquisa - Periódicos. I. Centro
Universitário UNIFACVEST

CDU 340

Bibliotecário responsável: Jeronimo Silva da Costa – CRB 14/1614



centro universitário
unifacvest

Reitor

Geovani Broering

Pró-Reitora de Administração e Finanças

Soraya Lemos Erpen Broering

Pró-reitor de Pesquisa e Extensão

Renato Rodrigues

Pró-reitor Acadêmico

Ricardo Leone Martins

NEAD – Núcleo de Produção EAD Unifacvest

Felipe Boeck Fert

Procuradora Institucional

Franciele Vieira Castanha

**Presidente da Comissão Permanente de
Supervisão e Acompanhamento**

Renata Maria Freitas Machado





PALAVRA DOS REITORES

Caro Leitor

É com muita satisfação que nos dirigimos a você em nome de nossa Instituição de Ensino Superior.

Estamos sempre dando novos passos na direção de aperfeiçoar a qualidade e a abrangência dos nossos serviços educacionais. Saiba que temos seguido à risca a legislação e as normatizações emanadas e supervisionadas pelo Conselho Nacional de Educação e pelo Ministério da Educação. Essa é a maior razão de termos aprovados e reconhecidos nossos Cursos Presenciais e a Distância com os melhores conceitos.

A nossa estrutura tem qualidade e os nossos colaboradores e professores tem a determinação de fazer a diferença na formação de profissionais que precisam ser de excelente qualidade e reconhecidos como os melhores pela sociedade e pelos empregadores e usuários dos serviços por eles prestados.

Somos jovens, quando comparados com instituições milenares europeias, estamos no caminho da terceira década, mas nossa garra é peculiar deste tempo. Não temos medo dos desafios, sabemos que podemos crescer e oferecer as melhores opções no setor educacional em nossa cidade sede, em nosso Estado e nos lugares em que estivermos presentes com a nossa estrutura ou nossos serviços.

Queremos salientar que este material de produção científica é fruto dos esforços dos nossos acadêmicos e professores e está estruturado para atender necessidades de informação e formação acadêmica. Da mesma forma, queremos agradecer pela confiança neste trabalho que você tem em mãos. A nossa credibilidade é você quem garante.

Um grande abraço, e boa leitura.

Reitores da UNIFACVEST

Geovani Broering

Soraya Lemos Erpen Broering





APRESENTAÇÃO

O curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest orgulha-se em dar continuidade a publicação da Revista Exequatur, oportunizando que professores, acadêmicos, egressos e colaboradores da instituição possam apresentar resultados relevantes de pesquisa. Dessa forma, proporciona uma colaboração com a formação de uma cultura científica sólida.

Esta revista é fruto do envolvimento dos acadêmicos e professores nas atividades de pesquisa e extensão do curso, consolidando-se como um meio de veiculação e divulgação de investigações científicas e reflexões sobre os mais diversos temas jurídicos.

Dessa forma, a revista Exequatur se propõe a divulgar publicações científicas de cunho crítico, contemplando debates acerca dos mais diversos assuntos jurídicos em evidência nas discussões acadêmicas.

As publicações são de extrema relevância para a sociedade, uma vez que os temas e as discussões publicadas são disponibilizadas, proporcionando reflexões acerca dos resultados veiculados.

CAROLINE RIBEIRO BIANCHINI

Coordenadora do Curso de Direito da UNIFACVEST





SUMÁRIO

AS IMPLICAÇÕES ÉTICO-JURÍDICAS DA ENGENHARIA GENÉTICA: SOB A PERSPECTIVA DA BIOÉTICA

Aline Barreto, Caroline Ribeiro Bianchini 01

O INSTITUTO DA INTERDIÇÃO E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA: MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI 13.146/2015 – ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Amanda Pereira Daum 31

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS EM CASO DE FRAUDES PRATICADAS POR TERCEIROS

Claudia Cristina Alves Schinaider,
Caroline Ribeiro Bianchini 53

ANÁLISE DO DIREITO DO CONCUBINO EM RECEBER PENSÃO POR MORTE DO INSS SOB A ÓTICA DO ENTENDIMENTO DO STF

George Gomes Bezerra, Grazielle Cristina
Pinheiro 81

ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Karen Ortiz de Oliveira, Josiane Dilor
Brugnera Ghidorsi 103



O DIREITO DO TRABALHO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL

Neli Citatin, Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi, Ana Flavia Eccard 130

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Suiane Silva dos Santos, Joel Saueressig 147

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO PARENTAL NA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

Géssica de Paula Ramos Simões, Grazielle Cristina Pinheiro 168

NORMAS PARA COLABORADORES 194



AS IMPLICAÇÕES ÉTICO-JURÍDICAS DA ENGENHARIA GENÉTICA: SOB A PERSPECTIVA DA BIOÉTICA

Aline Barreto¹
Caroline Ribeiro Bianchini²

RESUMO

O presente artigo tratará dos avanços no campo da engenharia genética e de que forma esses conhecimentos podem contribuir. A engenharia genética tem sido empregada para permitir a cura de enfermidades, para identificar e minimizar os efeitos colaterais nos tratamentos, ou, ainda, na produção de alimentos geneticamente modificados. Dessa forma é importante refletir sobre os impactos sociais trazidos pela manipulação genética. É a partir desse contexto que se verificará a maneira que a Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) intervém na atuação científica em favor do interesse público.

Palavras-chave: Engenharia genética. DNA. Dignidade da pessoa humana. Lei de Biossegurança. Bioética.

RESUMEN

El presente artículo tratará de los avances en el campo de la ingeniería genética y como estos conocimientos pueden contribuir. La ingeniería genética ha sido desarrollada para permitir la cura de enfermedades, identificar y minimizar efectos colaterales en tratamientos, o incluso, en la producción de alimentos

¹Acadêmica do Curso de Direito, Disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, do Centro Universitário Unifacvest. E-mail: aline.barreto.aluno@unifacvest.edu.br

²Professora e Coordenadora do Curso de Direito, do Centro Universitário Unifacvest. E-mail: prof.caroline.bianchini@unifacvest.edu.br



geneticamente modificados. De esa forma es importante reflexionar sobre los impactos traídos por la manipulación genética. Es a partir de ese contexto que se verificará la forma que la Ley nº 11.105/2005 (Ley de Bioseguridad) interviene en la actuación científica en favor del interés público.

Palabras clave: Ingeniería genética. ADN. Dignidad de la persona humana. Ley de Bioseguridad. Bioética.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho abordará as investigações no campo da engenharia genética, bem como, as implicações e as perspectivas a ela inerentes. A atividade científica ganhou destaque em diferentes momentos históricos, como, por exemplo, quando houve mobilização do Projeto Manhattan. Já o estudo genético destacou-se quando os pesquisadores realizaram o sequenciamento do genoma humano, conhecido como Projeto Genoma.

Desde então são muitas as aplicações da engenharia genética, a saber, na bioindústria, a qual abrange a produção de medicamentos e alimentos, esta última que se faz com a hibridização das sementes, na medicina preditiva, na verificação de doenças predispostas, contribui, ainda, com a biotecnologia.

Ocorre que diante de tantos avanços é que surgem as preocupações morais dos trabalhos desenvolvidos nessa área. São exatamente essas implicações que são pontuadas no decorrer deste trabalho e para isso, contextualizou-se a Lei nº 11.105/2005, a qual, concomitantemente, incentivou o desenvolvimento técnico e científico e regulamentou a metodologia científica.

Assim, o presente trabalho tem como intuito responder a seguinte questão problema: Em que medida os avanços e pesquisas da engenharia ge-



nética podem afetar a dignidade da pessoa humana e os princípios corolários a este?

Este é o tema central, para tanto, tem-se como objetivo geral realizar a pesquisa para conhecer a origem e as contribuições da engenharia genética, o que se fez descrevendo os marcos históricos das pesquisas nessa área.

Já os objetivos específicos se consubstanciam em examinar quais os princípios norteiam esses experimentos e discutir de que forma a bioética e a biossegurança colaboram com esses trabalhos.

Dessa forma e em consonância com os objetivos específicos, este trabalho foi organizado em quatro partes. Na primeira parte discorreu-se sobre a origem da engenharia genética. Já na segunda parte, contextualizou-se as investigações científicas de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana. E, ao final, refletiu-se sobre as contribuições da bioética e da Lei nº 11.105/2005.

A metodologia utilizada se caracteriza como qualitativa e exploratória. Utilizou-se o método dedutivo, partindo-se da situação geral para os objetivos específicos. As técnicas aplicadas foram a pesquisa bibliográfica e a análise da legislação pertinente, para o fim de responder a questão problema.

Por fim, é importante considerar que, em um primeiro momento, parece trivial apontar as consequências das investigações desse ramo, contudo, é evidente que há uma dualidade de valores intrínsecos ao avanço da ciência da genética, uma vez que diz respeito à liberdade do pesquisador, e, ao mesmo tempo, a preservação da vida e ao interesse social.

2 ORIGEM DAS INVESTIGAÇÕES GENÉTICAS

A engenharia genética desponta nos dias atuais como um processo que contribui significativamente na área científica e tecnológica, até porque, esse

ramo de pesquisa é recente, o qual abrange um período do século XIX e o início do século XXe ficou conhecido como um divisor de águas entre o conhecimento científico e empírico.

Ora, antes de qualquer avanço científico nesse sentido, inexistiam questionamentos acerca da fisiologia humana, tampouco, podia-se imaginar que pesquisas associadas ao sequenciamento genético poderiam proporcionar descobertas sobre as doenças humanas e contribuir, de igual modo, com a agricultura, indústria, e, consecutivamente, com a própria qualidade de vida.

Em consonância com Jaenisch(1974, s.p., apud Santos e Wiethölter, 2021, p. 09), a engenharia genética deu seu pontapé inicial “nos anos 70”, quando “cientistas inseriram fragmentos de DNA em bactérias, plantas e animais para estudá-los e modificá-los para pesquisas”. Por outro lado, “o primeiro animal geneticamente modificado nasceu em 1974, fazendo do camundongo a ferramenta padrão para pesquisas, salvando milhões de vidas”.

Estas foram as primeiras pesquisas realizadas neste campo. O método foi aplicado tanto em animais, como plantas, e, ainda, bactérias. E as características introduzidas foram objeto de observação.

Tem-se, na década de 80, outras realizações nesse campo, como a criação de produtos químicos a partir da modificação genética, bem como a produção de agentes coagulantes, hormônios de crescimento e a insulina.

O ápice das pesquisas nesse ramo deu-se em 1996, no famigerado caso em que foi feita a clonagem da ovelha Dolly. Para a clonagem da ovelha *Dolly* foi necessária à obtenção do material genético do animal que seria clonado (ovelha da raça *Finn Dorset*), de um óvulo compatível a ser fertilizado (ovelha da raça *Scottish Blackface*), no entanto, este sem o núcleo e uma fêmea receptora. (LEITE, 20-?).

No caso em exame, os cientistas isolaram a célula mamária do animal clonado, material este que foi conservado. Concomitante a isso, retirou-se um



óvulo não fertilizado de outra ovelha, extraíndo-se o núcleo. O embrião se originou da fusão destes materiais coletados, o qual foi transferido para outra ovelha receptora.

O animal sobreviveu apenas 6 anos, pois sofreu envelhecimento precoce, tendo desenvolvido artrite e infecção pulmonar, contudo, a partir desse procedimento foi possível refletir sobre questões da biologia e da bioética, como também suscitou o avanço da clonagem terapêutica. (HWANG et al., 2004 apud SANTOS e WIETHÖLTER, 2021).

Ocorre que esta não foi o único animal a ser clonado. A primeira experiência foi realizada com rãs. Contudo, a ovelha *Dolly* é o caso mais conhecido. Ocorre que esse tipo de trabalho suscitou conflitos éticos, na medida em que se questionam quais são os limitadores da pesquisa científica e qual a finalidade dos experimentos realizados.

Nesse sentido, extrai-se que o elemento primordial da engenharia genética é o DNA, qualificada como a estrutura que contém a imagem genética do indivíduo, é daí que advêm as características próprias dos seres (MALUF, 2020).

De acordo com essa definição científica, entende-se que a engenharia genética é a manipulação genética com o emprego de técnicas científicas para modificar a constituição das células e organismos, para isso uso o fragmento do DNA que após ser modificado é intitulado de DNA recombinante.

Em outra perspectiva, segundo Martinez (1994, p. 32 apud Barth, 2005, p. 364), extrai-se a seguinte definição de engenharia genética:

Engenharia genética compreende a totalidade das técnicas dirigidas a alterar ou modificar a carga hereditária de alguma espécie, seja com o fim de superar enfermidades de origem genética (terapia genética),

ou com o objetivo de produzir modificações ou transformações com fins experimentais, isto é, de lograr (a concepção de) um indivíduo com características até esse momento inexistentes na espécie humana (manipulação genética).

A partir do conceito trazido pelo autor, nota-se que essa técnica tem sido empregada em diversas áreas, dentre elas, na produção de alimentos geneticamente modificados, demedicamentos, biocombustível, na geneterapia ou terapia gênica e, também, na chamada medicina preditiva, esta última traz à baila a questão da eugenia, tema que ascendeu durante a Segunda Guerra Mundial, associado ao ideal nazista de manter um protótipo humano perfeito, extirpando àqueles que não se enquadravam nesse padrão.

Além disso, a engenharia genética envolve a questão do planejamento público e privado, por meio da qual se investiga o número de doentes e doenças, a fim de adequar a política e os tratamentos dispensados nessa área. As evidências forenses, também, abrangem a engenharia genética, as quais se perfazem com o estudo do perfil genético, para tanto, são verificados os marcadores genéticos e sua compatibilidade com elementos coletados no ambiente do crime, assim é possível se certificar sobre a autoria e materialidade do crime, ou, ainda, identificar as vítimas.

Outro tema relevante que integra a engenharia genética é o projeto genoma. O projeto genoma é uma pesquisa científica que objetiva conhecer e mapear todo o código genético humano e, assim, identificar as alterações que são causas das moléstias hereditárias. Logo, para o desenvolvimento da referida pesquisa, os geneticistas e cientistas se empenham na análise dos 46 cromossomos que os seres humanos têm (MALUF, 2020).



Nesse viés, verifica-se que o Projeto Genomarepresentou um grande salto em diagnósticos e na área da saúde, pois é por meio dessas pesquisas que é viável se obterem as informações sobre a cura das doenças, bem como, podem-se identificar um tratamento adequado e minimizar os efeitos colaterais nos tratamentos. Essa área, em especial, intitula-se de geneterapia, a qual centra esforços contra as anomalias congênitas e em identificar as causas da transmissão de patologias hereditárias de origem genética. Por outro lado, há a proposta da medicina preditiva que, em linhas gerais, trata-se de um aconselhamento que com base no estudo do gene pode detectar a predisposição a certa doença.

No tocante aos alimentos geneticamente modificados, há o cruzamento de outro material genético (de animal ou planta) na estrutura dos mesmos, as quais passam a ter as características que foram inseridas. Vale ressaltar que as características inseridas são aquelas identificadas como essenciais à qualidade desses alimentos, como a resistência às pesticidas ou herbicidas, pragas, ao aquecimento global e permitindo-lhe, ainda, a melhoria de seu conteúdo nutricional e durabilidade na estocagem.

Segundo Watson e Berry (2003, p. 20), os estudos preliminares da engenharia genética foram promovidos pelo biólogo Gregor Mendel, ao realizar “[...] alguns experimentos científicos sobre hereditariedade. Ele decidira estudar certas características das ervilhas que cultivava em seu próprio canteiro no jardim do mosteiro”, e assim identificou que “existem fatores específicos — mais tarde denominados “genes” — que são transmitidos pelos pais à prole. Constatou que esses fatores ocorrem em pares e que os descendentes recebem um de cada genitor”. E assim ele identificou o fator determinante da variação da cor das ervilhas que é o gene dominante e o recessivo, descoberta que se estenderia a outras características.

De acordo com a teoria mendeliana, conforme apontam os autores, para que uma característica fosse herdada é necessária a presença de um par de genes recessivos. Por consequência, aqueles que tiverem apenas uma cópia do gene, serão, tão somente, portadores, ou seja, eles mesmos serão apenas portadores da característica (gene), mas poderão transmiti-la. Um exemplo disso é o albinismo.

As ponderações de Mendel são relevantes, mas em sua época não receberam valia, somente à época de sua morte, por volta de 1884, quando os cientistas dispunham de recursos ópticos para estudar as estruturas das células que cunharam termo “cromossomo”. No entanto, a referida palavra só foi associada à Mendel em 1902 (WATSON e BERRY, 2003).

Verifica-se dessa narrativa que o trabalho de Mendel só foi reconhecido posteriormente, quando os estudos científicos foram aprimorados com métodos e instrumentos apropriados.

O que chama atenção é que os estudos de Mendel e as demais descobertas correlacionadas despertou o interesse em investigar as implicações sociais da genética. Isso porque, por muito tempo as pessoas consideradas neuroatípicas eram isoladas na sociedade, mas graças à manipulação genética outros rumos poderiam ser empregados a esses casos.

Ora, segundo a perspectiva da sociedade daquela época, as explicações genéticas poderiam orientar e contribuir para uma “adequação social”, tendo em vista que entendiam que as chamadas “alterações” físicas e intelectuais e, até mesmo, as condições sociais dos indivíduos eram resultantes da hereditariedade.

Essa discussão trouxe à baila a questão da eugenia, tema que ascendeu durante a Segunda Guerra Mundial, associado ao ideal nazista de manter um protótipo humano perfeito, extirpando àqueles que não se enquadravam nesse padrão. Lamentavelmente, esse padrão fundamentou esse conflito militar global, o qual deu margem ao genocídio e às atrocidades em massa.



A respeito, vale ressaltar que o antropólogo Francis Galton foi o criador do termo “eugenia”, o qual significa “bem nascido”. A referida teoria é identificada como uma ciência sobre a hereditariedade humana em que se empregam os métodos matemáticos e biológicos para identificar melhores traços e estimular a sua reprodução e, de igual forma, averiguar os traços que representam características degenerativas para evitar a sua reprodução. O trabalho de Galton foi relevante e influenciou estudiosos, denominados biometristas, os quais se preocupavam em manter a regularidade estatística, enfatizando a prevalência de determinadas características na população (CONT, 2008).

O autor traz à tona o fato de que algumas características eram tidas como degenerativas e associadas ao subdesenvolvimento, à marginalidade ou às condições sociais precárias, como, por exemplo, o alcoolismo, a prostituição, a vadiagem, a criminalidade, as quais deveriam ser evitadas. Nessa concepção, alguns estudiosos sustentavam a superioridade racial.

Esse apontamento remonta a idade vitoriana quando se entendia que a criminalidade e a marginalidade provinham das classes baixas, então, a solução era impedir que tal classe procriasse, para, assim, promover um melhoramento da espécie e, conseqüentemente, a manutenção da estirpe. Tal compreensão é completamente descabida, mas embasou as mais absurdas práticas em nome da ciência, além disso, era muito mais fácil atribuir esse quadro à hereditariedade do que às políticas públicas.

Diante disso, pode-se consignar que a engenharia genética está associada a equívocos, mas também está ligada a aspectos positivos, como o avanço na área da saúde, por intermédio do diagnóstico precoce, bem como, da propensão às doenças.

Enfim, os avanços trazidos pela engenharia genética são de extrema relevância e nas ponderações de Mareco (2014, p. 94), a origem dessas investigações podem ser sintetizadas na seguinte maneira:

A formulação das “leis de Mendel”, no princípio o século XX, a compreensão da localização dos caracteres hereditários nos cromossomos, por Norgan, na década de vinte, a descoberta dos genes, a demonstração, em 1941, por Avery et col., de que os factores hereditários estão no ADN e, finalmente, a compreensão da estrutura desta molécula por Watson e Crick, em 1953 [...]

Nessa passagem trazida por Mareco, verificou-se os avanços da engenharia genética, como também, o papel significativo que o tema assumiu dado a sua interferência social e na própria qualidade de vida das pessoas. Além do mais, notou-se que os estudos de Mendel foram propulsores das demais pesquisas realizadas nessa área.

Ocorre que, como já se sabe, o tema permanece em destaque, mas hoje se tem parâmetros éticos para a consecução das pesquisas, os quais também balizam os avanços da ciência nessa área. Insta ressaltar que existem outros fatores que dão origem às doenças, contudo, há um desenvolvimento sólido no que concerne ao mapeamento das informações genéticas.

Não se pode olvidar dos impactos gerados por tais pesquisas na comunidade científica e na sociedade em geral. Lembra-se da recepção da notícia do primeiro clone de mamífero feito. Todos ficaram estarecidos e questionavam-se até que ponto os avanços da ciência poderiam chegar e quais seriam os limitadores éticos desse avanço.

Ainda hoje esses questionamentos são colocados em evidência diante de situações como o xenotransplante e da séria intervenção nos processos de seleção natural, como, por exemplo, nos alimentos, em que a introdução dos transgênicos pode trazer consequências a curto ou a longo prazo, entre elas,

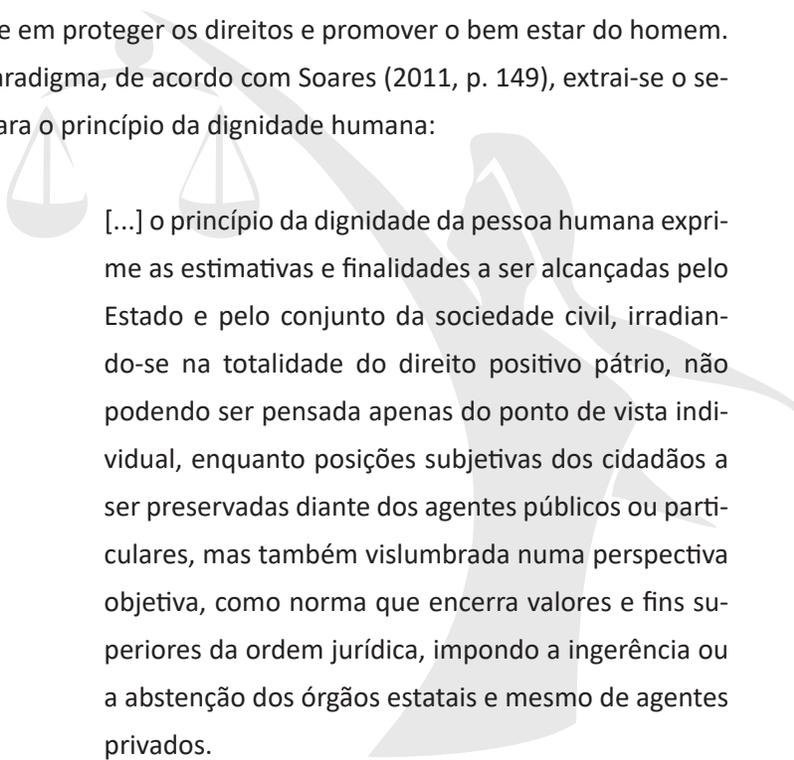


afetar a integridade da saúde humana ou interferir no equilíbrio da biodiversidade.

3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ATIVIDADE DE MANIPULAÇÃO GENÉTICA

A dignidade da pessoa humana é corolário constitucional que norteia a legislação e as práticas da sociedade para o fim de resguardar os direitos humanos. O citado princípio ganhou notoriedade a partir da Segunda Guerra Mundial. Esse período foi marcado por arbitrariedades, pelo massacre em massa de pessoas que eram consideradas minorias e, além disso, os direitos das pessoas foram mitigados. Então, para refrear tais ataques à humanidade, surgiu o interesse em proteger os direitos e promover o bem estar do homem.

Nesse paradigma, de acordo com Soares (2011, p. 149), extrai-se o seguinte sentido para o princípio da dignidade humana:



[...] o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a ser alcançadas pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensada apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrada numa perspectiva objetiva, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo de agentes privados.

Em conformidade com Soares, percebe-se que o aludido princípio tem como referencial uma visão mais integrada de sociedade. Nesse padrão, sua finalidade não é adstrita a resguardar um interesse individual, mas sim a re-ajustar a ordem jurídica. Por isso, que o conceito acima transcrito é subdividido em duas perspectivas: a subjetiva e a objetiva, e sendo assim, a perspectiva objetiva permite melhor entender a dignidade da pessoa humana, pois a atuação dos órgãos estatais deve voltar-se a ao bem comum.

Nesse sentido, tanto os direitos individuais, como a tomada de decisões dos entes da administração abrangem o princípio dignidade da pessoa humana. O primeiro é expresso na autonomia da pessoa humana, enquanto que o segundo abrange as decisões políticas que garantam a efetividade desse princípio.

Somado a isso, os direitos sociais, os quais se encontram elencados no artigo 6º, da Constituição Federal, têm como núcleo o referido princípio, pois promovem políticas nas áreas da saúde, educação, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e desenvolvem ações relacionadas ao trabalho e ao lazer em prol de garantir a dignidade.

Nesse sentido, todos os direitos e áreas que constituem os direitos sociais são integrantes da dignidade da pessoa humana, pois qualificam esse princípio para melhor atender os anseios sociais e as necessidades da pessoa.

Ora, isso é um evidente avanço, pois em um dado período histórico o homem sequer era reconhecido como sujeito de direito, ao contrário, era considerado um “objeto” ou “coisa”. Não bastasse isso, também se sustentou a concepção de que o sujeito era uma tábula rasa, nessa linha, o conhecimento que ele detinha era resultado, tão somente, das experiências e interações com o meio, desconsiderando-se, assim, seu conhecimento prévio.

O tratamento dado ao indivíduo, conforme se analisa na descrição acima, era depreciativo, pois se desconsiderava a integridade do sujeito, suas necessidades, anseios e valores. Foi assim que também ocorreu quando se tra-



ziam estrangeiros para exploração da mão de obra em território brasileiro.

Qual dignidade tinham aqueles homens que sequer tinham instalações adequadas para permanecer e que eram submetidos a maus tratos físicos, tratamento degradante e negligência psicológica. Lamentavelmente, esse quadro preponderou em razão da inexistência de um instrumento jurídico que rechaçasse tais arbitrariedades.

A partir disso, pode-se considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana se estabeleceu quando os direitos subjetivos do homem foram inseridos em normas escritas. Para tanto, houve um processo de evolução dos direitos humanos fundamentais.

O primeiro marco da proteção do indivíduo em relação ao Estado foi no antigo Egito. O Código de Hammurabi foi a primeira codificação que previu direitos como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade e a família. Ainda nesse sentido, o ordenamento jurídico da Grécia também regulamentou as relações dos indivíduos, e, por isso, tratou de dar diretrizes sobre a liberdade e igualdade do homem. (MORAES, 2022).

Nesta citação fica evidente uma necessidade de regulamentar a vida social, para tanto uma série de direitos foram contemplados no rol de essenciais e com status de primordiais à dignidade da pessoa humana.

De tudo isso, pode-se extrair que a utópica dignidade da pessoa humana deixou de ser meta, para ser valor do Estado democrático de direito. Mas, afinal, de que forma este valor pode orientar as práticas de manipulação genética?

É consabido, que as pesquisas na área da engenharia genética envolvem questões éticas que intrinsecamente estão relacionadas à dignidade da pessoa humana. Logo, as práticas nessa área devem pautar-se nesse princípio.

É nessa linha que entram os ditames da bioética, a qual se encontram dispostos na Lei nº 11.105/2005, denominada Lei de Biossegurança. Ora, em que pese seja outorgada a liberdade científica, ela não pode ser exercida a pon-

to de mitigar outros direitos fundamentais e atingir a própria esfera do direito individual.

No tocante, cita-se Mabtum e Marcheco (2015, p. 25):

Acredita-se que o biodireito tenha surgido no ano de 1969, por meio da atuação do filósofo Daniel Callahan e do psiquiatra Wilard Gaylin, que receberam denúncias de abusos em pesquisas envolvendo seres humanos. Após tomarem ciência das violações, levaram os fatos ao conhecimento da comunidade acadêmica, surgindo então as primeiras reflexões nesse sentido.

Nesse raciocínio, a bioética, campo de abrangência do biodireito, não tem a função de embaraçar o desenvolvimento da ciência. Ao contrário, o que se pretende é assegurar o avanço da biotecnologia sem afetar os direitos e garantias inerentes aos seres humanos, evitando, assim, casos extremos, como os que ocorreram nas situações denunciadas em 1969.

Para melhor elucidar a dimensão da temática, urge trazer à baila a questão do prolongamento da vida, sustentado por alguns cientistas, dentre eles os pertencentes ao grupo *Life Extension Society*³.

De acordo com Potter (2016, p. 93) este grupo “[...] foi formado para congelar pessoas no momento da morte com a promessa de descongelá-las em uma data futura, logo que seu problema terapêutico for resolvido pela ciência”.

São estupefatas as discussões que podem ser trazidas pela engenharia genética. Neste exemplo citado por Potter, verifica-se que há a expectativa de que a engenharia genética possa intervir na longevidade da pessoa, um ponto

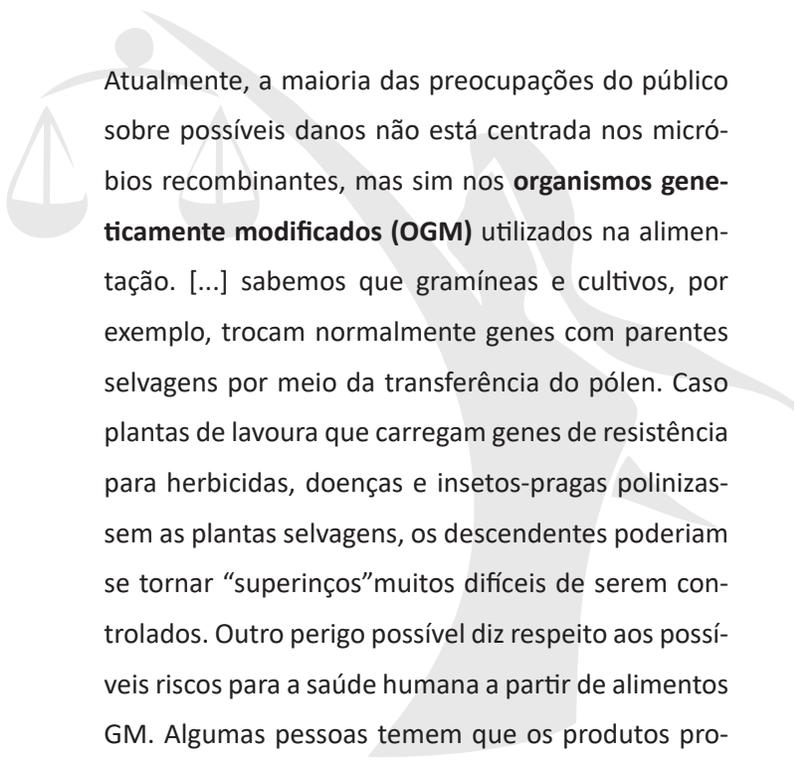
³Tradução: Sociedade para o prolongamento da vida.



nevrálgico, uma vez que aborda o tema: vida e morte.

Em qualquer caso é necessário que a atuação do pesquisador ou do médico seja balizada pelos princípios da bioética. Veja-se no caso dos alimentos geneticamente modificados, sem dúvida há uma séria intervenção nos processos de seleção natural, como, por exemplo, nos alimentos, em que a introdução dos transgênicos pode trazer consequências a curto ou a longo prazo, entre elas, afetar a integridade da saúde humana ou interferir no equilíbrio da biodiversidade e, por consequência disso, afetar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (Artigo 225, da Constituição Federal). Esta é uma das principais ameaças que os transgênicos podem trazer.

A esse respeito, Reeceet al. (2015, p. 432-433), fazendo um estudo bastante elucidativo aduziu:



Atualmente, a maioria das preocupações do público sobre possíveis danos não está centrada nos micróbios recombinantes, mas sim nos **organismos geneticamente modificados (OGM)** utilizados na alimentação. [...] sabemos que gramíneas e cultivos, por exemplo, trocam normalmente genes com parentes selvagens por meio da transferência do pólen. Caso plantas de lavoura que carregam genes de resistência para herbicidas, doenças e insetos-pragas polinizassem as plantas selvagens, os descendentes poderiam se tornar “superinços” muitos difíceis de serem controlados. Outro perigo possível diz respeito aos possíveis riscos para a saúde humana a partir de alimentos GM. Algumas pessoas temem que os produtos pro-

teicos dos transgenes possam levar a reações alérgicas (grifo do autor).

Do trecho transcrito podem-se inferir resultados perniciosos na produção dos alimentos transgênicos, como a ocorrência de reações alérgicas ou a disseminação irrefreada de plantas com gene transgênico. Esta é uma das faces das implicações éticas e jurídicas da manipulação genética.

A respeito, colhe-se do Tribunal de Justiça paranaense:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. SOJA TRANSGÊNICA. DANOS AO MEIO AMBIENTE. CULTIVO DE ORGANISMO GENETICAMENTE MODIFICADO. OGM. LIMINAR QUE A CORTE, POR UNANIMIDADE, DEFERE, REFORMANDO A DECISÃO 'A QUO'. INTERDIÇÃO DA ÁREA CULTIVADA - PLANTIO CLANDESTINO DA CULTURA - ATIVIDADE ILEGAL. LEI 8974/95. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO EXIGIDA NO CASO CONCRETO. PRECEDENTES. AGRAVO PROVIDO. A discussão sobre os Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) é grande e o cultivo e comercialização da soja transgênica ainda é visto com muitas ressalvas, mesmo entre os especialistas na questão. Tanto é assim que inúmeras normas (leis, medidas provisórias, decretos etc.) de âmbito estadual e federal vem coibindo o plantio e uso de sementes transgênicas. Inclusive, se apregoa que o produto advindo destas plantas deva ser rotulado como tal. Sobre o tema veja-se Leis Federais



nº 10.688 de 13.06.03; Lei 10.814 de 15.12.03; Lei 8.974 de 05.01.95; Decreto 4.680 de 24.04.03; Dec. 3.871/01; Medida Provisória 131 de 25.09.03. A precaução neste caso é bem vista.

(TJPR - 2ª C.Cível - AI - 153338-8 - Clevelândia - Rel.: DESEMBARGADOR HIROSÊ ZENI - J. 13.10.2004)

Com base no entendimento jurisprudencial fixado, verifica-se o impacto da produção dos transgênicos ao meio ambiente, de modo que resultou no ajuizamento da ação civil pública para que as precauções, em relação ao cultivo, sejam observadas. Isso mais uma vez reforça a importância da bioética na regulamentação da produção dos transgênicos.

Quanto às pesquisas com células embrionárias, segundo Martins e Schlink (2014, p. 148-150) é importante frisar que se tais pesquisas tem “[...] o escopo de buscar a cura ou amenizar o sofrimento de pacientes de doenças graves e degenerativas como o Alzheimer e o Mal de Parkinson”. Apesar desse ponto de vista de avanço científico e de se projetar uma qualidade de vida às pessoas doentes, o que coaduna com o princípio da beneficência, essa intervenção é vista por alguns como “[...] uma agressão à sua integridade, inclusive informacional, ou seja, estar-se-ia atingindo o titular do direito fundamental à intimidade, esfera íntima [...]”.

Em consonância com Martins e Schlinko estudo com células embrionárias têm sido priorizado em razão de possibilitar o tratamento das pessoas com doenças degenerativas, como Alzheimer e o Mal de Parkinson. Mas ainda assim, pondera-se se isso não está atingindo a integridade e os direitos fundamentais da pessoa, questionamento que se aplica às demais técnicas de manipulação genética.

4 BIOÉTICA E A BIOSSEGURANÇA

Diante dos apontamentos e da abrangência da engenharia genética, verifica-se que houve a necessidade de se estabelecer um parâmetro para balizar a conduta dos cientistas, bem como nortear as pesquisas realizadas nesta área.

Esse quadro, claramente, aponta uma preocupação com os impactos da manipulação genética ao meio ambiente e aos direitos fundamentais do indivíduo, tendo em vista a criação dos organismos geneticamente modificados e do processo de transmutação genética. Os referidos experimentos genéticos afetam, respectivamente, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a própria estrutura da espécie.

Não se pode olvidar que em nome da ciência muitas barbáries foram praticadas. Recordar-se das práticas científicas durante a Segunda Guerra Mundial, em que seres humanos foram submetidos a procedimentos vis e figuraram como cobaias de experimentos controversos.

Segundo Barth (2005, p. 378), esse processo só foi refreado, “[...] devido às pressões e a um contundente sermão realizado pelo bispo católico Clemens von Galen, em agosto de 1941, Hitler se viu forçado a suspender o programa, mas nada o impediu de utilizar essa tecnologia nos campos de extermínio”. Então, observa-se que mesmo com o clamor social de repúdio a tais experimentos, os mesmos foram perpetrados em surdina.

Nesse contexto, a ética é considerada um padrão de atuação que tem como referencial a dignidade da pessoa humana e a qualidade de vida, sem omitir a responsabilidade daqueles que ferem tais princípios ou agem em desacordo com o bem comum. Para melhor elucidar a relevância da bioética e os conteúdos que essa temática direciona, é relevante considerar a origem e o significado do vocábulo: bioética.



De acordo com Valle (2016, p. 10), o termo grego *biossignifica* vida, e ética, termo que também vem da palavra grega, “‘*êthos*’, que significa propriedade do caráter. É um dos mecanismos de regulação das relações sociais do homem, e é considerada como o estudo geral do que é bom ou mau”.

Nessa percepção, cumpre a ética estabelecer indicadores de comportamentos aceitos pelo indivíduo, papel esse que não difere da bioética, mas, muito mais do que instituir o que pode ou não ser aceito, é definir os rumos das pesquisas e do desenvolvimentocientífico.

Por muito tempo a ética foi objeto de reflexão, precipuamente, entre os filósofos pós-socráticos. Todas as ideias promovidas por esses estudiosos-deságuam em um modelo de sociedade justa. É, exatamente, este o ponto fulcral da bioética que é estabelecer as diretrizes das atividades que envolvem as técnicas de manipulação genética, de modo a proporcionar a equidade das relações sociais e dos atendimentos realizados nesse âmbito.

O primeiro instrumento jurídico relevante foi o Código de *Nuremberg* de 1947, o qual trouxe em seu arcabouço dez princípios éticosno tocante às pesquisas realizadas em seres humanos. Dentre os vários aspectos que foram normatizados, cumpre arrostar aquele em que se estabeleceu que “1. O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial [...]”⁴. Isso porque, as pessoas não devem se submeter a procedimentos ou as intervenções sem a sua anuência. Além disso, os voluntários devem ser informados acerca dos riscos, efeitos, métodos, e, ainda, tomar conhecimento de todas as nuances, deveres e responsabilidades que envolvem os procedimentos a que se submeterem.

Ora, o caráter volitivo é tão fundamental que pode ser causa de nulidade contratual, isso quando as declarações de vontade emanam de um vício

⁴CREMSP (org.). Código de Nuremberg. 2002. Elaborado por Centro de bioética da CREMESP. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br>. Acesso em: 24/maio/2022.

de consentimento. De igual forma isso se aplica às pesquisas científicas, tendo em vista que o indivíduo deve consentir antes de participar da pesquisa, ou seja, a participação mediante fraude, violência, tratamento vil ou repugnante, caracteriza uma mácula ao próprio procedimento científico, como também uma afronta à dignidade da pessoa humana. Nessa toada, percebe-se que as diretrizes formuladas no Código de *Nuremberg* foram essenciais, pois regulamentaram as pesquisas envolvendo seres humanos de forma ética e estabelecendo a equidade.

Importante citar que os princípios do Código de *Nuremberg* têm como protagonistas tanto os participantes, como os pesquisadores. É o que se depreende do item 2: “O experimento deve ser tal que produza resultados vantajosos para a sociedade, que não possam ser buscados por outros métodos de estudo, mas não podem ser feitos de maneira casuística ou desnecessariamente”.

Neste postulado, compreende-se que o experimento só poderá ser realizado quando apresenta uma finalidade social relevante, desprovido disso não há razão para promovê-la. A razão científica para o desenvolvimento de uma pesquisa é o seu valor social, pois, assim sendo, merece subsídio das entidades governamentais ou instâncias privadas.

Questiona-se, por outro lado, se essa normatização refreia ou, de certa forma limita, o direito de liberdade científica, conforme elencado no art. 5º, IX, da CF. Ora, diante desse conflito de princípios e sopesando os valores neles inerentes, entende-se que não há abuso, ao contrário, o Código de *Nuremberg* visa extirpar os abusos e assegurar a atuação ética dos pesquisadores nos procedimentos científicos. E nesse foco de limitar as arbitrariedades das experimentações científicas em seres humanos, outros instrumentos jurídicos foram elaborados.



Foi nesse contexto que a bioética se consolidou. Historicamente, o termo bioética foi cunhado pelo oncologista Potter, segundo ele, este termo serve para “[...] enfatizar os dois ingredientes mais importantes na obtenção da nova sabedoria que é tão desesperadamente necessária: conhecimento biológico e valores humanos” (2016, p. 17).

Essa percepção traz a ideia de que a bioética é uma junção da carga teórica da biologia e dos valores humanos, nesses moldes, a bioética serviria para instituir uma relação equânime entre os avanços da ciência e os impactos sociais por ela gerados, isso significa que a bioética tem por escopo dirimir o famigerado embate da ciência versus ética.

Mais a frente os princípios da bioética foram consagrados no Relatório do *Belmont*, são eles: autonomia, beneficência, justiça e o da não maleficência. Os citados princípios não abrangem somente a experimentação com seres humanos, mas, de modo geral, a biomedicina. Nessa diapasão, a bioética passou a integrar uma disciplina autônoma, ou seja, a conceituação científica da mesma é tão salutar que se constituiu uma área específica do conhecimento, no caso, subdivisão do campo: biodireito.

Importante frisar que os princípios especificados são categorizados como fundamentais, e, também, não colidem entre si, mas devem ser conjugados de maneira a se relacionarem uns com os outros.

A esse propósito, nas palavras de Hogemann (2013, p. 51-64), insta transcrever as conceituações de cada um dos princípios acima referidos:

O princípio da beneficência [...] estabelece a obrigação do profissional da área médica ou pesquisador em realizar o bem terapêutico do paciente, pois que o bem mais precioso dentre todos é a vida [...].

[...] Decorrencia natural do princípio da beneficência

é a **nãomaleficência** que estabelece uma lógicaatravés da qual, se o profissional de saúdenão pode ajudar ao paciente, nada deve praticar que possa vir a significar malefício a este; propõe a obrigação de não infligir dano intencional.

O **princípio da justiça** está, [...], alicerçado na obrigação de igualdade de tratamento e, em relação ao Estado, na justa distribuição das verbas para a saúde, para a pesquisa etc. Ou seja, esse princípio exige equidade na distribuição de bens, benefícios, mas também dos ônus, no exercício da medicina e nos resultados das pesquisas científicas, para evitar discriminações e injustiças nas políticas e nas intervenções biomédicas [...].

[...]A **autonomia** [...] o autogoverno, liberdade de direitos, escolha individual, agirsegundo a própria vontade. Etimologicamente, o vocábuloautonomia é derivado do grego autos (próprio, eu) e nomos (regra, domínio, governo, lei).

A ideia de **autonomia** pode ser considerada como uma conquista recente. O respeito à individualidade, o reconhecimento de que cada ser humano é o melhor juiz de seu interesse e deve ter a liberdade de promovê-los segundo a sua livre vontade (grifo meu).

As diretrizes da bioética são estas. Todas elas condizem com uma atuação ética nas pesquisas, seja com a manipulação de material genético humano ou com os procedimentos encetados em seres humanos, plantas ou animais.



De forma genérica, priorizam-se os benefícios produzidos e o bem estar social, minimizando-se os danos ou prejuízos, então, o exercício da atividade, por parte do profissional ou do pesquisador, deve ser pautado por estes critérios. Além desses princípios, as profissões têm seus códigos de ética, a saber, o da medicina, da advocacia, enfermagem, da psicologia e tantas outras profissões, cada qual com suas especificidades concernentes a área de conhecimento, mas todos com o objetivo de normatizar a conduta profissional.

E, por assim dizer, resta mencionar a Lei nº 11.105/2005, conhecida como a Lei de Biossegurança. Nela, também, há normas fundamentais em relação à vida, saúde e sobre o avanço científico e tecnológico, como as regras elencadas nos arts. 2º, 5º e 7º, da citada lei.

Como, por exemplo, no caso dos alimentos transgênicos, os mesmos são modificados por meio da técnica de manipulação genética, campo da engenharia genética, de modo em que passam a ter as características do código genético que lhe foi inserido. A finalidade disso é melhorar as plantas e os animais, e, por via de consequência, driblar os problemas advindos daintempérie, pragas e a própria escassez de alimentos. Contudo, tal atividade só é permitida quando são observadas as orientações da referida lei, com a avaliação e autorização da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança⁵(EMBRAPA, 2015).

Destarte, a Lei de Biossegurança prevê que a prática de manipulação genética deve ser avaliada pelas instâncias por elas constituídas para este fim, de modo em que, não são aceitas as práticas arbitrárias ou não condizentes com um “ideal” avanço biotecnológico. Então, a citada lei representa uma harmonização dos procedimentos inerentes aos avanços promovidos pela engenharia genética, sejameles, na área da saúde ou na produção de alimentos geneticamente modificados, aos princípios da bioética, isso porque, em que

⁵Instância conhecido pela sigla: CTNBio

pese essas pesquisas sejam desenvolvidas sob o rótulo de garantir qualidade de vida, de atendimento e tratamento, há a outra face da moeda, como os interesses de mercado e as consequências, a curto ou a longo prazo, advindas de tais intervenções.

5 A VIABILIDADE DA MANIPULAÇÃO GENÉTICA: DE ACORDO COM OS PARÂMETROS BIOÉTICOS

Do cenário descrito nos itens anteriores, pode-se inferir que a manipulação genética pode ser desenvolvida, desde que atenda aos critérios da bioética. Logo, o principal desafio é manter a idoneidade dos procedimentos, bem como evitar os riscos à saúde humana ou sérios impactos ambientais. Tendo isso como elemento norteador, pode-se citar que as principais áreas que a engenharia genética contribui são: área da saúde, com a produção de medicamentos, na geneterapia ou terapia gênica, na medicina preditiva, no mapeamento preciso das patologias, com vistas a melhor gerenciar o atendimento e o tratamento das doenças, também, com a produção de alimentos transgênicos.

A partir desse panorama, Goodfield descreve as nuances da atividade do cientista (1981, p. 208):

Somente quando um cientista tem consciência, ao abraçar a profissão, de que se está comprometendo não apenas agir de acordo com uma ética metodológica e a ser honesto na apresentação dos resultados, mas também a seguir uma conduta moral com relação ao seu trabalho e à sua aplicação. [...] As instituições de Ciência funcionariam como guardiãs não só da sua própria competência e da de suas congêneres, mas do interesse público também.



Diante disso, considera-se que a ciência e a biotecnologia sempre serão um solo fértil para discussões e progressos, mas, de igual passo, há valores que precisam ser respeitados para que esses avanços científicos não afetem os direitos fundamentais do indivíduo, a expressão de livre e espontânea vontade ou venha a beneficiar determinado segmento social, o que infringe o princípio da justiça.

Os alicerces da Lei de Biossegurança e os princípios da bioética indicam preceitos básicos e valores essenciais para que as técnicas da engenharia genética sejam promovidas sem criar qualquer embaraço ou preocupação com a pesquisa, pesquisadores ou voluntários. Ora, não bastassem as avaliações desse cunho, há ainda outras questões, no tocante ao aspecto religioso e moral, mais um motivo para que as investigações desse campo sejam conduzidas de forma ética, com foco nos benefícios e em reduzir malefícios que, eventualmente, decorram das práticas da biotecnologia. A ciência pode criar sim, mas nunca ao seu bel prazer e sem atender uma finalidade social.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os objetivos a que esta pesquisa se propôs foram explanados, de modo em que se pode inferir a relevância da bioética e da Lei de Biossegurança no campo da engenharia genética. Também foi possível verificar quais os avanços o mapeamento genético possibilitou e quais as contribuições as investigações dessa área proporcionaram aos indivíduos e, de modo geral, à sociedade. O tema trouxe o debate de questões relevantes e atinentes ao desenvolvimento tecnológico e científico.

Em um primeiro passo, há que se considerar que as informações genéticas contidas nos indivíduos determinam as especificidades e as predisposições de cada ser. Logo, os avanços e pesquisas nesse campo podem contribuir

significativamente com a qualidade de vida, pois é por meio dessas pesquisas que é viável se obterem as informações sobre a cura das doenças, bem como, pode-se identificar e minimizar os efeitos colaterais nos tratamentos.

Além da importância do estudo nesse aspecto, pontuou-se também a questão dos alimentos geneticamente modificados. Neles há o cruzamento de outro material genético (de animal ou planta) na estrutura dos mesmos, as quais passam a ter as características que foram inseridas. Vale ressaltar que as características inseridas são aquelas identificadas como essenciais à qualidade desses alimentos, como a resistência às pesticidas ou herbicidas, pragas, ao aquecimento global e permitindo-lhe, ainda, a melhoria de seu conteúdo nutricional e durabilidade na estocagem. Por outro viés, deve-se, igualmente, avaliar quais as consequências a curto e longo prazo.

Destarte, o presente trabalho se justificou ao refletir sobre os impactos sociais dos avanços da engenharia genética e ao verificar se tais avanços coadunam com o princípio da dignidade da pessoa humana, com os direitos de personalidade e ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. É exatamente esse o ponto de destaque da pesquisa. Dessa forma, fez-se uma reflexão dessas questões polêmicas e se verificou que tais avanços e pesquisas podem afetar a dignidade da pessoa humana e os princípios corolários a este, o que não ocorre, dados os princípios e a Lei de Biossegurança que norteiam todos os procedimentos científicos.

REFERÊNCIAS

BARTH, Wilmar Luiz. Engenharia genética e bioética. **Trim**, Porto Alegre, v. 35, p. 361-391, set. 2005. Mensal. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pu-crs.br>. Acesso em: 01/abr/ 2022.



BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10/fev/2022.

_____. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10/fev/2022.

CALLEGARI, Livia Abigail. A ética e a nova genética: uma visão sobre a informação e o cuidado ao paciente. In: COHEN, Claudio; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de (ed.). **Bioética, direito e medicina**. Barueri: Manole, 2020. Cap. 67. p. 758-772. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 03/dez/2021.

CONT, Valdeir del. **Francis Galton: eugenia e hereditariedade**. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br>. Acesso em: 25/mar/2022.

EMBRAPA (org.). **Engenharia genética: decifrando o código da vida**. 2015. Disponível em: <https://www.embrapa.br>. Acesso em: 03/dez/2021.

GOODFIELD, June. **Bricando de Deus: a engenharia genética e a manipulação da vida**. Belo Horizonte: Itatiaia Limitada, 1981. 221 p. 12 v.

HOGEMANN, Edna Raquel. **Conflitos bioéticos: clonagem humana**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 160 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 01/abr/2022.

LEITE, Leonardo. **Clonagem**. 20-?. Revisado por Giselda M. K. Cabello. Disponível em: <http://www.ghente.org>. Acesso em: 20/mar/2022.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **Concepções teóricas sobre bioética, biodireito e dignidade humana**. 2015. Disponível em: <https://books.scielo.org>. Acesso em: 28/nov/2021.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Bioética, biodireito e biotecnologia: a biotecnologia moderna. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2020. Cap. 1. p. 36-47. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 28/nov/2021.

MARECO, Virginia. **Engenharia Genética, Bioética e Religião**. [S. l.]: 2014. 31 p. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br>. Acesso em: 28/fev/2022.

MARTINS, Leonardo. Lei de Biossegurança e Controle de sua Constitucionalidade pelo STF na ADI 3.510-DF. In: MARTINS, Leonardo (coord.). **Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança e no direito comparado alemão**. São Paulo: Atlas, 2014. Cap. 1. p. 01-134. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/>. Acesso em: 01/abr/2022.

MORAES, Alexandre de. Direitos e garantias fundamentais. In: MORAES, Ale-



xandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2022. Cap. 3. p. 29-36. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 01/abr/2022

NICOLAU, Paulo Fernando M. **Brincando de Deus**: os horrores da engenharia genética. [20--?]. Disponível em: <https://www.psiquiatriageral.com.br>. Acesso em: 01/mar /2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **Acórdão nº 153338-8**. Agravo: Ministério Público do Estado Do Paraná. Agravado: Alaor Rossi Ribeiro. Relator: Desembargador Hirosê Zeni. Curitiba, PR, 13 de outubro de 2004. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br>. Acesso em: 01/jun/2022.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioética**: ponte para o futuro. São Paulo: Edições Loyola, 2016. 207 p. Tradução de: Diego Carlos Zanella.

REECE, Jane B. et al. Genética: as aplicações práticas da biotecnologia com base em DNA afetam nossas vidas de várias formas. In: REECE, Jane B. et al. **Biologia de campbell**. 10. ed. Porto Alegre: Artmed, 2015. Cap. 3. p. 428-434.

ROTANIA, Alejandra. **Engenharia genética**: significados ocultos. significados ocultos. 2006. Disponível em: <https://comciencia.br>. Acesso em: 20/mar/2022.
SANTOS, Vinicius Sartor dos; WIETHÖLTER, Paula. Contribuições da engenharia genética no tratamento de doenças. **Brazilianjournalofdevelopment**. Curitiba, p. 3115-31176. mar. 2021. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com>. Acesso em: 10/mar/2022.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Repensando um velho tema**: a dignidade

da pessoa humana. 2011. Disponível em: <https://egov.ufsc.br>. Acesso em: 25/abr/2022.

VALLE, Paulo Heraldo Costa do. Ética e legislação. In: VALLE, Paulo Heraldo Costa do. **Bioética e biossegurança**. Londrina: Educacional S.A, 2016. Cap. 1. p. 09-45. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com>. Acesso em: 25/abr/2022.

_____. Biossegurança. In: VALLE, Paulo Heraldo Costa do. **Bioética e biossegurança**. Londrina: Educacional S.A, 2016. Cap. 2. p. 51-73. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com>. Acesso em: 25/abr/2022.

WATSON, James D.; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. 470 p. Tradução de: Carlos Afonso Malferrari.



O INSTITUTO DA INTERDIÇÃO E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA: MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI 13.146/2015 – ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Amanda Pereira Daum¹

RESUMO

A capacidade jurídica faz parte da personalidade e é o que determina o pleno exercício e confere validade aos atos jurídicos. Está prevista no art. 1º do Código Civil que elucida que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil; coadunando com a aptidão, atributo para o exercício de direitos civis. Apesar de todas as pessoas possuírem capacidade de direito, capazes de adquirir direitos e deles gozar, nem todos são capazes de exercer seus direitos e os atos da vida civil. Todas as pessoas tem capacidade de direito, mas só à maioria a lei confere a capacidade de exercê-los pessoalmente. Sendo a capacidade plena a regra, a exceção é a incapacidade, limitação que atua em caráter protetivo, visando evitar que o incapaz se prejudique em razão de seu discernimento limitado. A incapacidade absoluta de exercício é a total ausência de discernimento mental no que toca a prática dos atos jurídicos, enquanto a incapacidade relativa é quando há parcial ausência de discernimentos. A fim de proteger os acometidos por tais incapacidades, o meio jurídico é a interdição. Ocorre que, em virtude da Lei 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, outra alternativa jurídica tem ganho espaço, qual seja, a Tomada de Decisão Apoiada.

¹Amanda Pereira Däum. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário FACVEST. Pós-Graduada em Direito Civil e Docência do Ensino Superior pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Mestranda da Turma 02 em Direito e Desenvolvimento Sustentável do Centro Universitário FACVEST. amandadaum33193@hotmail.com

Em contraponto à interdição, a tomada de decisão apoiada não restringe o exercício de direito do deficiente, tratando-se apenas de uma assistência eventual.

Palavras-chave: Capacidade Civil. Interdição. Tomada de Decisão Apoiada.

ABSTRACT

Legal capacity is part of personality and is what determines the full exercise and gives validity to legal acts. It is provided for in art. 1 of the Civil Code that clarifies that every person is capable of rights and duties in the civil order; in line with aptitude, an attribute for the exercise of civil rights. Although all persons possess the capacity of law, are able to acquire rights and enjoy them, not all are capable of exercising their rights and acts of civil life. Everyone has the right, but only the majority gives the law the ability to exercise them personally. Since full capacity is the rule, the exception is incapacity, a limitation that acts in a protective manner, in order to prevent the incapable from being harmed by his limited judgment. Absolute inability to exercise is the total absence of mental insight in the practice of legal acts, while relative inability is when there is partial lack of insight. In order to protect those affected by such disabilities, the legal means is interdiction. It happens that, by virtue of Law 13.146 / 2015, the Statute of the Person with Disabilities, another legal alternative has gained space, namely, Supported Decision Making. In contrast to the ban, the decision-making supported does not restrict the exercise of the disabled person's right, but only occasional assistance.

Keywords: Civil capacity. Interdiction. Supported Decision Making.



1 INTRODUÇÃO

O intuito do presente trabalho é analisar do ponto de vista jurídico-social a mais recente mudança legislativa que extingue a figura jurídica da interdição, dando a espaço a uma nova modalidade chamada de tomada de decisão apoiada.

Para que isto fosse possível, primeiramente, faz-se necessário analisar a figura da capacidade civil, instituto que confere ao cidadão autonomia para exercer por si próprio os atos da vida civil. Apesar de a regra tratar como todas as pessoas possuem capacidade plena, algumas não possuem aptidão para tal exercício que configura a incapacidade.

Passando pela subdivisão da incapacidade chega-se à sua consequência jurídica que é a interdição.

Ao analisarmos a interdição, seus objetivos e forma que deve ser estabelecida através do processo judicial, infere-se que as mudanças trazidas pela promulgação da Lei 13.416/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, praticamente levaram a extinção da interdição.

Em seu lugar, outra medida jurídica tenta-se ser adotada, qual seja, a Tomada de Decisão Apoiada que, tem distinções significativas da interdição e por ser uma alternativa recente no ordenamento jurídico, tem muito que ser aprimorada para alcançar, na prática, a eficiência que se propõe.

2 A CAPACIDADE E A INCAPACIDADE CIVIL

A capacidade jurídica é elemento e medida da personalidade. Pertence a esta, determinando a plenitude de seu exercício e influenciando a validade dos atos jurídicos.

A capacidade civil está prevista o art. 1º do Código Civil, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” e, está atrelada à ideia de aptidão, de atributo para o exercício de direitos civis.

Todas as pessoas possuem a capacidade de direito, ou seja, todos são capazes de adquirir direitos e deles gozar. Por outro lado, nem todos são capazes de exercer seus direitos e os atos da vida civil, que consistem na capacidade de fato.

Em direito, capacidade jurídica de uma pessoa física ou jurídica é a possibilidade da mesma exercer pessoalmente os atos da vida civil - isto é, adquirir direitos e contrair deveres em nome próprio.

De acordo com a doutrina, o conceito de capacidade comporta a seguinte subdivisão:

- a) CAPACIDADE DE DIREITO (GOZO): é a própria aptidão para o exercício de direitos civis. Quem tem capacidade, possui capacidade de direito.
- b) CAPACIDADE DE FATO (EXERCÍCIO): é a capacidade de praticar atos pessoalmente.

Aquele que detém essas duas capacidades, de fato e de gozo, possui a capacidade plena para os atos da vida civil.

Quando não há aptidão para se exercer os direitos, não se exclui a capacidade de gozo, suprindo-se esta com a representação (na incapacidade absoluta) ou a assistência (na relativa).

Todas as pessoas têm capacidade de direito, mas só à maioria a lei confere a capacidade de exercê-los pessoalmente. Sendo a capacidade plena a regra, temos como exceção a incapacidade, com limitações atuando não como sanções, mas sim em caráter protetivo, visando evitar que o incapaz se prejudique em razão de seu discernimento limitado.



O exercício dos direitos pressupõe consciência e vontade, subordinando-se a estas duas faculdades. Quando estas se apresentam diminuídas, seja em caráter permanente ou transitório, julga-se o discernimento limitado, acarretando incapacidade que, portanto, não precisa ser definitiva.

Vincula-se o discernimento e seus pressupostos, de consciência e vontade, a dois fatores objetivos, o da idade e da saúde psicológica, graduando-se esta incapacidade em relativa ou absoluta dependendo de sua abrangência. Observa-se, na questão da idade, que os idosos retêm sua capacidade, não configurando a velhice um enfraquecimento mental automático.

Estes dois fatores objetivos de idade e estado de saúde também afetam a escolha de representante ou assistente. O menor, na ausência dos pais, é representado ou assistido por um tutor. Já os adultos incapazes por fatores psicológicos são representados ou assistidos por um curador.

Cabe esclarecer que, a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, deve ser, sempre, encarada como exceção. Pode-se somente afirmar a incapacidade do fato, nunca do direito.

A incapacidade civil diferencia-se da falta de legitimidade, já que a incapacidade é genérica, ou seja, para todos, e a ausência de legitimidade é específica à um caso.

Os absolutamente incapazes serão representados por outra pessoa capaz, ao passo que os relativamente incapazes serão apenas assistidos em alguns atos.

2.1 Incapacidade Absoluta

Constitui incapacidade absoluta de exercício a total ausência de discernimento mental no que toca a prática dos atos jurídicos. Para os incapazes em caráter absoluto, embora ainda disponham da capacidade de direito, não há voz jurídica.

São sempre representados em seu interesse, e quaisquer atos que pratiquem sem representação configuram-se nulos. Atos representados, no entanto, são perfeitamente válidos.

Assim, a incapacidade civil é a restrição legal imposta ao exercício dos atos da vida civil. De acordo com o artigo 3º, do Código Civil:

[...] são **absolutamente incapazes** de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

O critério da idade foi adotado em razão do desenvolvimento mental exíguo próprio às crianças, de forma geral. Não se apresenta como critério subjetivo, mas sim objetivo, independentemente de fatores psicológicos: todo menor de dezesseis anos é absolutamente incapaz.

2.2 Incapacidade relativa

Sendo a incapacidade absoluta de exercício aquela em que o discernimento mental se encontra totalmente impedido, tem-se como incapacidade relativa o impedimento parcial, próprio aos adultos afetados por condições psicológicas permanentes ou transitórias e aos adolescentes, até que completem dezoito anos.



Aos relativamente incapazes é reconhecida a voz jurídica e a participação em seus atos, mas requer-se que estes sejam efetuados mediante assistência. Não o sendo, tornam-se anuláveis a pedido do incapaz ou de seu tutor ou curador.

Art. 4º — São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I — os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II — os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III — aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV — os pródigos.

Assim, temos primeiramente como relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, a quem são permitidos diversos atos que não os colocam em risco. Também a estes são impostas sanções, não se eximindo os adolescentes de obrigações contraídas quando dolosamente ocultam sua idade.

Quanto aos ébrios habituais e viciados em tóxicos, isto é, os alcoólatras e dependentes químicos, considera-se que necessitem assistência quando esta dependência seja tal que impeça a perfeita compreensão da realidade. Pode ser que determinado “ébrio” ou “viciado” não o seja a este ponto, sendo de fato capaz de exercer seus direitos e obrigações; fica a cargo do juiz determiná-lo.

Já entre os que não podem exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente temos os indivíduos em estado de embriaguez ou entorpecimento, em transe mediúnico ou hipnótico, em coma, e todo outro tipo de impedimento à manifestação perfeita da vontade.

Finalmente, são também alvos da incapacidade relativa de exercício os pródigos, os indivíduos que gastam desmedidamente, dissipando seus bens. Sua liberdade em fazê-lo é tolhida no interesse da família, para que não se dilapide a propriedade comum, e, portanto, só se refere à disposição de bens, praticando normalmente todos os outros atos da vida civil, como o casamento.

3 A CURATELA E A INSTITUIÇÃO DA INTERDIÇÃO

A curatela está relacionada à capacidade plena dos indivíduos vez que é destinada à proteção de pessoas que, embora possam ser consideradas aptas a praticar por si só os atos da vida civil, por portarem ou sofrerem alguma limitação em particular, encontram-se temporária ou permanentemente incapacitadas de gerir sozinhas a própria vida tornando-se dependente do amparo - assistência ou representação - de outras pessoas.

A interferência de outras pessoas, seja por assistência ou representação, se dá para que aquelas possam praticar atos da vida civil sem que esses atos sejam impregnados de vícios que afetem sua validade e eficácia jurídica perante terceiros.

A curatela seria, portanto, um “encargo público, conferido, por lei, a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens de maiores, que por si não possam fazê-lo”.

A interdição é um antigo instituto jurídico cuja origem nos remonta à Lex Duodecim Tabularum, Lei das XII Tábuas. A finalidade precípua da interdição é proteger e preservar a pessoa a ser interditada e salvaguardar o seu patrimônio, resguardando-a de terceiros de má-fé, que com ela queiram estabelecer negócio jurídico vantajoso, bem como para assegurar a higidez dos negócios jurídicos em geral, pondo-os a salvo de contestações de validades que possam comprometer a ordem econômica, em detrimento da estabilidade



das relações jurídicas obrigacionais, necessariamente um dos nortes do desenvolvimento social.

Assim, verifica-se que a interdição é definida como a privação legal que a pessoa sofre ao gozo e exercício de seus direitos, por estar impossibilitada de gerir por si só, sua vida e seus negócios e responder pelos atos que pratica em razão de suas limitações, ficando então dependente dos cuidados de uma pessoa legalmente habilitada e encarregada deste encargo através de nomeação em processo judicial.

O Código Civil no capítulo II – Da Curatela, expressa as causas da interdição, que são enfermidade ou deficiência mental, situações que impeçam o interditando de exprimir sua vontade, ébrios habituais, toxicômanos, pródigos e, há ainda a possibilidade de promover a interdição em casos excepcionais de enfermidade ou deficiência física, do surdo-mudo e da curatela do nascituro.

As partes envolvidas no processo de interdição são chamadas de interditando/interdito/ curatelado – pólo passivo – e curador – pólo ativo da ação. O artigo 747 do Código de Processo Civil elenca as pessoas que podem propor a ação de interdição:

Art. 747 A interdição pode ser promovida:

I – pelo cônjuge ou companheiro;

II – pelos parentes ou tutores;

III – pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;

IV – pelo Ministério Público.

Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial.

De acordo com enunciado pelo referido artigo, o cônjuge ou o companheiro tem preferência em detrimento dos parentes ou tutores e, há a possibilidade de atribuir preferência ao representante de entidade onde o interditando esteja abrigado, restando por último a legitimidade do Ministério Público, somente quando não houver como designar o encargo às pessoas elencadas anteriormente seja por ausência das mesmas ou incapacidade.

Cassio Scarpinella Bueno, em seu Código de Processo Civil elenca:

O novo CPC renomeou para "Da interdição" o procedimento especial de jurisdição voluntária que tem como finalidade o reconhecimento de causas que justificam a interdição e a nomeação do curador ao interditando. É o que o CPC de 1973 chama de "curatela dos interditos". O art. 747 é expreso quanto à legitimidade para o requerimento, cabendo destacar a interessantíssima (e nova) hipótese do inciso III de substituição processual, reconhecendo-a ao representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando. A legitimidade do Ministério Público (inciso IV) deve observar o disposto no art. 748. Em qualquer caso, o parágrafo único do art. 747 exige que legitimidade seja comprovada com a petição inicial, exigência constante do art. 1.180 do CPC de 1973. Uma nota formal merece a hipótese do inciso II. O inciso II do art. 762 do Projeto da Câmara referia-se à legitimidade dos "parentes consanguíneos ou afins" para o pedido; o Projeto do Senado era silente acerca do tema. A versão



que acabou sendo aprovada no último estágio do processo legislativo é, como se lê, □ pelos parentes ou tutores □ (art. 747, II). Trata-se de mero apuro redacional? Trata-se de aperfeiçoamento da técnica legislativa? As respostas a estas perguntas são, invariavelmente, negativas. Seria preferível deixar à doutrina e à jurisprudência chegarem à conclusão de que também os tutores podem requerer a interdição; não extravasar dos limites constitucionais impostos ao processo legislativo.

Há a obrigatoriedade dos requerentes, independentemente de quem sejam, comprovarem a legitimidade para atuar como parte ativa da ação.

O desfecho jurisdicional da Interdição é a decretação da incapacidade de pessoa maior, inapta à prática regular dos atos da vida civil, por ocorrência de alguma das condições, temporárias ou permanentes, insculpidas nos incisos do art. 1.767 do Código Civil, que são estados de incapacidade absoluta ou relativa e do que resulta a nomeação judicial de um curador provisório para salvaguardar os direitos do interditando durante o processo de interdição judicial, com posterior nomeação de curador definitivo, por sentença, que confirme a incapacidade parcial ou total do interditando para os atos da vida civil, a ser posteriormente registrada no Registro de Pessoas Naturais, nos termos do art. 9º, inciso III, do Código Civil e de acordo com o art. 754, § 3º, do Código de Processo Civil.

A sentença de interdição não faz coisa julgada material, pois circunstâncias posteriores podem cessar ou modificar as causas da interdição, sendo que a ação de interdição poderá ser novamente proposta, mesmo quando julgada improcedente, desde que se revista de novos elementos, sobretudo aptos a revelarem a anomalia psíquica que se busca reconhecida.

4 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Destinada a assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, a Lei 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, trouxe alterações em dois artigos do atual Código Civil, que tratam da personalidade e da capacidade das pessoas naturais.

Importantes foram estas modificações na teoria das incapacidades as quais alteraram de forma considerável os artigos 3º e 4º do Código Civil.

O intuito da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência foi regulamentar perante o ordenamento jurídico brasileiro a Convenção de Nova Iorque da qual o Brasil é signatário e que, por força do art. 5º, §3º, da Constituição Federal, foi aqui inserida como verdadeira Emenda Constitucional.

O objetivo desta lei é a inclusão da pessoa com deficiência, definida esta como “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (art. 2º da referida norma).

São fundamentos básicos da citada norma, entre outros, a equalização de direitos e a não discriminação. Ocorre que, a utilização da premissa dignidade-igualdade vem provocando situações inusitadas no dia a dia, sendo peculiar a questão envolvendo o instituto da interdição em virtude da ausência de previsão legal para a manutenção ou não da interdição deferida anteriormente à vigência da lei.

Isto se dá porque a Lei nº 13.146/2015 extinguiu o instituto da interdição e desatrelou os conceitos de incapacidade civil e deficiência, as quais devem ser contempladas como ideias autônomas e independentes.

O artigo que trata dos absolutamente incapazes, ficou assim:



Art. 3º: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência).

Como se verifica todos os incisos foram revogados, mantendo-se, como única hipótese de incapacidade absoluta aqueles que têm impossibilidade total do exercício de direito e devem ser representados, seja, os menores de 16 anos.

E o artigo 4º, que cuida da incapacidade relativa, que são aqueles que podem praticar por si atos da vida civil, desde que assistidos por quem a lei encarrega deste ofício, também sofreu modificação. Permaneceu a previsão dos menores entre 16 anos completos e 18 anos incompletos, tirou a referência à deficiência mental, e passou a tratar, apenas, das pessoas que “por causa transitória ou permanente, não possam exprimir a sua vontade”:

Art. 4º: São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

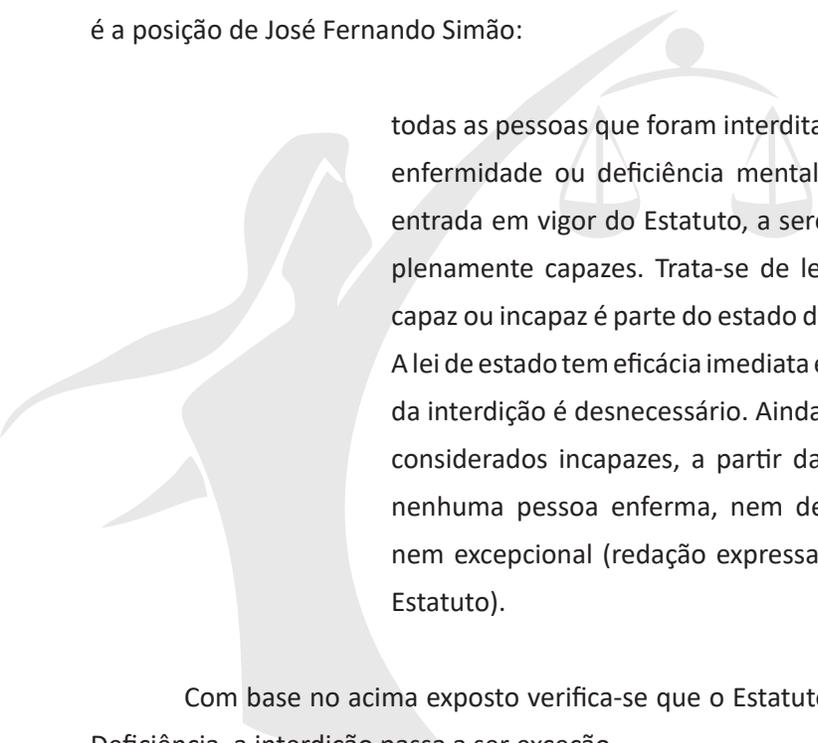
III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Desta forma, se a incapacidade civil mudou e o instituto da interdição trata da declaração desta incapacidade, o mesmo sofreu diretas modificações.

Para a corrente doutrinária, os portadores de deficiência passaram a ser plenamente capazes com a vigência da Lei nº. 13.146/2015. Nesse sentido, é a posição de José Fernando Simão:



todas as pessoas que foram interditas em razão de enfermidade ou deficiência mental passam, com a entrada em vigor do Estatuto, a serem consideradas plenamente capazes. Trata-se de lei de estado. Ser capaz ou incapaz é parte do estado da pessoa natural. A lei de estado tem eficácia imediata e o levantamento da interdição é desnecessário. Ainda, não serão mais considerados incapazes, a partir da vigência da lei, nenhuma pessoa enferma, nem deficiente mental, nem excepcional (redação expressa do artigo 6º do Estatuto).

Com base no acima exposto verifica-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a interdição passa a ser exceção.



Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1o A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2o A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

A referida lei ainda acrescentou parágrafo único ao art. 1.772 do Código Civil, para aduzir que, “Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferencias do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa”, perspectiva legal que impõe respeito à vontade e à preferência exteriorizadas pelo interditando, em atenção à sua dignidade humana e ao seu consequente bem-estar, observando-se, sempre, a proporcionalidade e a adequação como juízo de ponderação a ser utilizado pelo juiz sentenciante.

5 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Tendo em vista que, com as atuais mudanças trazidas pela Lei 13.14/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a interdição passou a ser uma medida extraordinária, passou-se então a oportunizar outra via assistencial de que pode se valer a pessoa com deficiência para que possa atuar na vida civil, que é Tomada de Decisão Apoiada.



Com efeito, o estatuto traz como institutos assistenciais e protetivos apenas a tomada de decisão apoiada e a curatela, determinando como requisito para a instituição desta última a comprovação de deficiência ou doença mental grave que coloque o deficiente em estado de vulnerabilidade perante terceiros.

A tomada de decisão apoiada, que inexistia no ordenamento jurídico brasileiro, foi inicialmente citada no art. 84 da Lei 13.146/2015:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

[...]

§2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

Este instituto foi criado pelo art. 116 da referida lei e deve ser observado quando a pessoa é portadora de transtornos mentais brandos, ou seja, quando a deficiência ou doença não afeta completamente o seu discernimento.

Em sentido diverso da interdição, a tomada de decisão apoiada não restringe o exercício de direito do deficiente, tratando-se apenas de uma assistência eventual, principalmente em casos que necessite contratar, negociar ou acordar com terceiros.

Na tomada de decisão apoiada, sem abrir mão dos poderes e capacidades, a pessoa com deficiência mental, tendo conhecimento da sua doença, poderá indicar duas pessoas de sua confiança para orientá-la e acompanhá-la na realização de atos da vida civil, de modo que auxiliem na tomada de decisões em que a sua situação de hipossuficiência pudesse prejudicá-la, possibilitando, assim, que exerça plenamente a sua capacidade.



A legitimidade para requerer a instituição da tomada de decisão apoiada é somente da pessoa com deficiência. O Art. 1783-A do Código Civil preceitua:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

§2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo.

§3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

§4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

§5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

§6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

§7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

§9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.

§10º O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à



manifestação do juiz sobre a matéria.

§11º Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

A tomada de decisão apoiada é basicamente revestida de voluntariedade e confiança e, esta especificamente, figura como elemento basilar.

O intuito deste novo sistema inserido no ordenamento jurídico brasileiro é estar diretamente aliado à necessidade de garantia da autonomia do portador de transtorno mental.

O êxito deste propósito, entretanto, dependerá num primeiro momento da adesão à sua prática e de conhecimento desta possibilidade da sociedade em geral.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto acima, toda pessoa possui capacidade civil que lhe permite exercer direitos e deveres na esfera jurídica, é a aptidão para o exercício de direitos civis. Quem tem capacidade plena, possui capacidade de fato e de gozo, possui a capacidade plena para os atos da vida civil.

Como visto, a capacidade plena é a regra, a incapacidade é a exceção, sendo que as limitações se revestem de caráter protetivo, visando evitar que o incapaz se prejudique em razão de seu discernimento limitado.

O exercício dos direitos pressupõe consciência e vontade e, quando estas se apresentam diminuídas, de forma permanente ou transitória, apresenta-se o discernimento limitado, acarretando incapacidade.

Como verificado nas pesquisas, a incapacidade se releva de forma absoluta ou relativa e, o suprimento desta incapacidade se dá por meio da interdição judicial.

O desfecho jurisdicional da Interdição é a decretação da incapacidade de pessoa maior, inapta à prática regular dos atos da vida civil, por ocorrência de alguma das condições, temporárias ou permanentes, insculpidas nos incisos do art. 1.767 do Código Civil, que são estados de incapacidade absoluta ou relativa e do que resulta a nomeação judicial de um curador provisório para salvaguardar os direitos do interditando durante o processo de interdição judicial, com posterior nomeação de curador definitivo, por sentença, que confirme a incapacidade parcial ou total do interditando para os atos da vida civil, a ser posteriormente registrada no Registro de Pessoas Naturais.

Ocorre que, a interdição praticamente perdeu sua eficácia com a Lei 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, visto que trouxe alterações em dois artigos do atual Código Civil, que tratam da personalidade e da capacidade das pessoas naturais, foi sancionada para assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência.

Com isso a interdição passou a ser uma medida extraordinária, com intuito de oportunizar outra via assistencial de que pode se valer a pessoa com deficiência para que possa atuar na vida civil, que é Tomada de Decisão Apoiada.

Na tomada de decisão apoiada, sem abrir mão dos poderes e capacidades, a pessoa com deficiência mental, tendo conhecimento da sua doença, poderá indicar duas pessoas de sua confiança para orientá-la e acompanhá-la na realização de atos da vida civil, de modo que auxiliem na tomada de decisões em que a sua situação de hipossuficiência pudesse prejudicá-la, possibilitando, assim, que exerça plenamente a sua capacidade, dando autonomia ao portador da deficiência.



REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. 8. Ed. Rio de Janeiro. 1950. V. II. In RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito de família. 28. Ed. Rev. E atual. Por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva. 2004. V. 6. P. 411.

BUENO, Cassio Scarpinella – Novo Código De Processo Civil Anotado/Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 465.

Código de Processo Civil. Disponível em: <https://estudosnovocpc.com.br/2015/08/14/artigo-747-ao-770/> Acesso em setembro de 2019.

Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-6/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade> Acesso em setembro de 2019.

Farias, Cristiano Chaves; Cunha, Rogério Sanches; Pinto, Ronaldo Batista. Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo, apud LIMA, Wanderson Marcello Moreira de. Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus efeitos no instituto da interdição. Revista Jus Navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5203, 29 set. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58302>. Acesso em: 18 set. 2019.

FILHO, Waldir Macieira da Costa. Do Reconhecimento Igual perante a Lei in LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes Ribeiro; FILHO, Waldir Macieira da Costa (Coord.). Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 371

SALGRETTI, Maria Edith Camargo Ramos; GOUVEIA, Luiz Antonio Sampaio. Os Efeitos da Sentença de Interdição à Luz da Segurança Jurídica e da Estabilidade das Relações Contratuais. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/os-efeitos-da-sentenca-de-interdicao-luz-da-seguranca-juridica-e-da-estabilidade-das-relacoes-contratuais/> Acesso em setembro de 2019.



RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS EM CASO DE FRAUDES PRATICADAS POR TERCEIROS

Claudia Cristina Alves Schinaider¹
Caroline Ribeiro Bianchini²

RESUMO

O crescente e irrefreável desenvolvimento das sociedades e suas tecnologias, sobretudo no que diz respeito aos bancos, e na forma de sua operacionalização, tem causado uma significativa demanda de fraudes em contas e transações bancárias. Assim, torna-se imprescindível, analisar a responsabilidade do banco pelos danos causados ao seu cliente. Como gerenciador das operações de seus usuários e correntistas, é justo que o banco trabalhe de forma a garantir a segurança e minimizar os riscos potencialmente existentes e indenize seu cliente, como responsável que é. Nesse contexto, o presente estudo apresenta como objetivo identificar a natureza da circunstancial responsabilidade civil do banco, em caso de fraudes constatadas por erros e falhas na segurança das transações, norteadas, principalmente, pela responsabilidade civil inerente ao exercício da atividade bancária.

Palavras-chave: Responsabilidade. Civil. Banco. Fraude. Terceiros.

ABSTRACT

The growing and irrepressible development of societies and their technologies, especially with regard to banks, and the way they operate, has caused a signif-

¹Acadêmico (a) do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

²Prof. Mestre em Direito, lecionando no corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST.



icant demand for fraud in bank accounts and transactions. Thus, it becomes essential to analyze the bank's responsibility for the damages caused to its customer. As the manager of the operations of its users and account holders, it is only fair that the bank works to ensure security and minimize the potential risks and indemnifies its client, as it is responsible. In this context, the objective of the present study is to identify the nature of the circumstantial civil liability of the bank, in the case of frauds caused by errors and failures in the security of transactions, guided, principally, by the civil liability inherent in the exercise of banking activities.

Keywords: Liability. Civil. Bank. Fraud. ThirdParties.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As demandas originadas por utilização indevida dos dados pessoais dos correntistas por terceiros fraudadores tem sido prática comum nas instituições bancárias. Essa prática expõe o cliente a situações de risco, e geram muita desconfiança e medo de sofrer algum prejuízo. Assim, torna-se relevante discorrer sobre o presente trabalho, o qual se intitula como "Responsabilidade civil das instituições bancárias em casos de fraudes praticadas por terceiros".

Com a modernização das sociedades e seus procedimentos, e o crescente avanço da tecnologia aplicada, os bancos têm proporcionado uma praticidade relevante, conforto e eficácia nos serviços que são prestados ao cliente. Com a significativa praticidade propiciada pelas novas tecnologias, as fraudes têm sido praticadas quotidianamente por terceiros mal-intencionados, causando prejuízos financeiros e morais ao consumidor. Destarte, o banco, por sua vez, ao comprometer-se contratualmente com o cliente, torna-se responsável em prestar os diversos serviços demandados por seus usuários, de forma se-



gura e idônea. A importância do referido assunto se justifica em preservar e garantir legalmente os direitos do consumidor dos serviços bancários, quanto à questão de ser ressarcido em caso de fraudes sofridas.

Dessa forma, procurar-se-á identificar as situações em que o banco está obrigado a indenizar o cliente em caso de fraudes por terceiros, para que este possa ter seus direitos assegurados e não contabilize prejuízos em suas relações de consumo.

Esse artigo apresenta como objetivo geral identificar a natureza da circunstancial responsabilidade civil do banco, e como objetivos específicos: conhecer o invólucro do instituto da responsabilidade civil, o dever de indenizar os prejuízos sofridos por seu consumidor e o amparo da lei, além de analisar a questão das fraudes praticadas por terceiros.

Em um primeiro momento, o trabalho vislumbrará o conceito da responsabilidade civil aspectos gerais e sua classificação, podendo essa ser em função da culpa, como também em função de sua natureza. Isto posto, discorrer-se-á acerca da responsabilidade do banco, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Em seu arremate, a obrigação de indenizar em caso de fraudes praticadas por terceiros.

O método utilizado para abordagem do tema será o dedutivo, que analisa as informações partindo de um problema com o intuito de se deduzir o conhecimento, mediante o estudo das premissas expostas no estudo. A pesquisa foi essencialmente bibliográfica, obtida junta a textos de acervos públicos e privados, em meios eletrônicos e digitais.

2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil está inserida no direito das obrigações. A obrigação faz com que o credor possa exigir o adimplemento de uma obrigação do devedor, mediante acordo das partes. Em não cumprindo essa obrigação,

omitindo ou praticando qualquer ato ilícito, o devedor implicará na reparação do dano causado.

De imediato, Venosa (2017, p.437) nos explica:

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. [...] O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. [...] o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

Sendo assim, pode-se inferir que a responsabilidade civil se caracteriza como sendo instituto jurídico, pois prima pelo dever da responsabilização do autor por atos, fatos ou omissões praticadas, e a questão de responder por eles, se violando norma jurídica preexistente ou prejudicando a outrem; e para sanar e/ou indenizar, nos casos devidamente cabíveis.

Todo ato consciente implica em uma resposta, um resultado. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2017, p.858, grifo dos autores): “[...] a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas”.

O dever legal prévio existente nas condutas e relações, é o de não causar dano a ninguém. Ressalte-se que, sob a tutela da própria Constituição Federal, em seu nobre artigo 5º, o qual tutela a dignidade humana, que esse conceito figura intrinsecamente dentre os direitos e garantias fundamentais do homem, uma vez que resguardam e validam sua dignidade.³

³Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes [...]



De forma complementar, os incisos V e X, garantem-lhe o direito de resposta e de indenização em caso de ato ilícito sofrido.⁴ E para melhor amparo e resguardo, também nesse contexto, cita-se o Artigo 927 do Novo Código Civil de 2002: “Aquele que por ato ilícito (Artigos 186 e 187⁵), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Esse conjunto de regramentos existe para que o homem possa viver de forma harmoniosa em sociedade, tanto na questão de respeito aos valores **já conquistados e praticados**, quanto à presença de dispositivos garantidores de direitos e reguladores de deveres.

Nas relações humanas de convivência, **há um dever abstrato de não causar dano a ninguém, para que** assim todos possam participar e usufruir então, de um estado democrático e harmonioso de direito.

Numa visão geral, pode-se dizer que a responsabilidade civil atua como reparadora e até mesmo, preventiva de danos, de acordo com Farias, et al (2018) pois que, quando for praticada uma conduta inadequada, será gerado o dever de compensá-la. Assim, tendo o devido conhecimento desta regra, o agente estará ciente de que, caso venha a prejudicar alguém, deverá indenizá-lo na proporção do dano ou prejuízo que causou.

De acordo com Andrade, et al (2018), a base genérica da responsabilidade civil moderna está na tríade conduta-nexo-dano. Outros autores, como Sílvio de Sávio Venosa e Carlos Roberto Gonçalves defendem a existência de quatro pressupostos, a saber: conduta, dano, nexo de causalidade e culpa. A conduta pode ser ação, fato ou omissão; aculpa (estrita: negligência, imprudência, imperícia; ou genérica: dolo).

⁴Inc. V. é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Inc. X. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁵Art. 187 Também comete ato ilícito o titular de direito que, ao exercê-lo, exceda manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O nexo de causalidade liga a ação ao resultado, como nos esclarece Lopes (2019, p.388): “Há a necessidade de do estabelecimento de uma conexão entre o resultado e o ato humano, como sua causa. [...] A investigação do nexo de causalidade justifica-se pela necessidade de se determinar o transcurso da intervenção humana sobre o mundo”. Com essa análise, é possível identificar a causa do dano e seu causador, e fazer com que o dano que gerou seja reparado e/ou indenizado.

Quando se busca a responsabilidade, inicialmente identifica-se quem cometeu o ato ilícito (o culpado), o sujeito que se tornou responsável por causá-lo, para então solicitar o reparo do prejuízo.

Conforme constatado no Artigo 186 do Código Civil, conceitua-se o ato ilícito a partir da premissa de que: “Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Uma conduta que viola a norma jurídica pode ser um ato, fato ou até mesmo omissão.

O detentor da culpa, ao incorrer em uma violação de direito, pratica o dano. O nexo de causalidade envolve essa relação de causa e efeito, da prática de causar o dano, transgredindo então um direito. E, ao se transgredi-lo, resulta na geração de uma responsabilidade pelo fato de **tê-lo praticado**. **Aí então é onde nasce a responsabilidade civil**, que será o instituto que obrigará a reparar ou compensar o dano ou prejuízo causado a alguém.

De acordo com Vassilief (2006, p.61):

[...] para caracterizar-se a responsabilidade civil, deve haver ilícito, e para haver obrigação de reparar é mister comprovar-se a presença dos três elementos da responsabilidade civil, quais sejam: (I) a culpabilidade



de, ou seja, que a ação ocorreu por inobservância do dever de alguma diligência [...], (II) o prejuízo ou dano, que segundo Limongi França é a diminuição ou a subtração, causada por outrem, de bem jurídico; e (III) o nexó de causalidade, que vem a ser a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o prejuízo material ou dano moral sofrido pela vítima, ou seja, que este é o resultado daquela.

Cada conduta praticada implica em uma responsabilidade. Caso essa conduta gere dano, aí estará caracterizada a responsabilidade civil. Sintetizando, Cavalieri Filho (2010, p.02) afirma que “[...] toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem, é fonte geradora de responsabilidade civil”. E para saná-la, existe o dever de indenizar pelo dano causado.

A função da responsabilidade civil nada mais é do que zelar pela continuidade e perpetuação do equilíbrio jurídico, econômico e social existente entre as relações de convivência. Válido ainda, ressaltar que quando surge o dever de reparar um dano, está-se remetendo a um estado inicial, e clamando pelo mais cálido senso de justiça, “para que se conserve o equilíbrio jurídico-econômico outrora existente entre o agente e a vítima”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.13).

O exercício do direito, o senso de justiça, e a efetiva aplicação das leis e regras existentes, é o que nos possibilitará conviver de forma justa e harmônica. De modo que aquele que cause qualquer que seja o dano a outro cidadão, seja judicialmente obrigado a se responsabilizar civilmente pelos seus atos e condutas incoerentes.

2.1 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

A responsabilidade civil pode ser dividida em duas teorias: subjetiva ou objetiva. De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2017, p.862), a responsabilidade civil subjetiva decorre de dano causado “em função de ato doloso ou culposos [...], conforme consta no artigo 186 do Código Civil [...]”.

É também vista como teoria da culpa, pois esse é o fundamento da responsabilidade; e por ser a culpa, o seu principal elemento. A palavra culpa aqui envolve os pressupostos de dolo (intenção de prejudicar) e culpa (negligência, imprudência e imperícia). Concomitante a isso, pode-se então evidenciar uma abordagem importante e inerente ao assunto feita por Cavalieri Filho (2010, p.39):

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

Nessa concepção, é a vítima quem deve provar a culpa do ofensor. O dano que a vítima sofreu é resultado da conduta do agente que praticou o ato ilícito. Já quando se trata da teoria da responsabilidade civil objetiva, a mesma é considerada exceção no Código Civil, conforme o artigo 927, em seu parágrafo único⁶, e não necessita do elemento culpa para caracterizá-la, apenas do nexo causal e o dano.

⁶Art. 927, parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.



Concomitante a isso, Braga Netto (2019, p.163-164) enfatiza que:

É preciso lembrar que a responsabilidade objetiva afasta a discussão sobre a culpa (negligência, imperícia ou imprudência). Isto é, mesmo que o ofensor prove que não foi culpado, ele responde. Porém, a responsabilidade objetiva não afasta a discussão sobre o nexa causal. Também não afasta a discussão sobre as excludentes de responsabilidade (caso fortuito ou força maior; culpa exclusiva da vítima).

Ainda que o agente causador do dano prove que não agiu culposamente, sempre responderá pelos prejuízos causados. O nexa causal servirá para identificar a ligação causal entre a conduta do agente e o dano causado.

Acerca das teorias, Gagliano e Pamplona Filho (2017, p.864, grifo do autor) dispõem que:

Assim, a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, **coexistindo** com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano (conceito jurídico indeterminado a ser verificado no caso concreto, pela atuação judicial), *ex vi* do disposto no artigo 927, parágrafo único.

Para tanto, foi então que recaiu o desafio de determinar o verdadeiro alcance da norma em questão, por meio do trabalho interpretativo dos operadores do direito. Determinar o conteúdo exato do advérbio “normal” a partir do significado da expressão genérica “atividade de risco” não leva à ilegalidade ou inconstitucionalidade, como exemplificado aqui, nem a destacar-se da negação impopular, se pudesse ficar mais claro afirmar – isto é, permanece em nosso direito privado, embora menos, que a regra da responsabilidade civil subjetiva, e não a exceção esteja sujeita ao escrutínio da culpa.

Esses apontamentos reforçam a tese de que ninguém deve ser lesado por quaisquer condutas alheias. O regramento deve prezar pelo chamado princípio do *neminem laedere* (do latim, a ninguém ofender), onde a ninguém é facultado causar prejuízo a outrem. Em suma, assegurar o que a leideterna, responsabilizando o causador do dano pelos atos que vir a praticar.

2.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Quando um negócio jurídico é celebrado, nasce uma obrigação. Se um infrator lesa seu credor, descumprindo a obrigação, a qual se comprometeu em realizar, terá que arcar com a responsabilidade pelo ato danoso. Tanto na relação contratual quanto na extracontratual, há um dever jurídico preexistente, uma vez que as partes assumiram uma obrigação. Quando uma das partes descumpre essa obrigação, resulta o dever de indenizar.

Sobre a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual, Gonçalves (2021, p.31) afirma que:

Outra diferenciação que se estabelece entre a responsabilidade contratual e a extracontratual diz respeito às fontes de que promanam. Enquanto a contratual



tem a sua origem na convenção, a extracontratual a tem na inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém (neminemlaedere), estatuído no art. 186 do Código Civil.

Quando houver o descumprimento de uma obrigação, seja ela de inatendimento ou ato ilícito, prevista no contrato, a responsabilidade será contratual. Nessa relação, os próprios indivíduos que criam as regras e deveres jurídicos a serem observados no contrato.

De acordo com Cavalieri Filho (2010, s.p.): “Quando uma pessoa se constitui em responsabilidade contratual, preexiste um laço de direito entre ela e a vítima do prejuízo, isto é, um contrato”. As partes agem de forma voluntária e assumem obrigações quanto aos dispositivos constantes no contrato que foi celebrado. Já a responsabilidade civil extracontratual surge a partir do descumprimento de um dever legal, e a premissa a ser seguida é justamente a de não causar dano a ninguém.

Porém, nas relações de consumo essa divisão da responsabilidade em contratual e extracontratual tem maior relevância, sobretudo no que concerne ao relacionamento entre o consumidor e as instituições bancárias, **uma vez que na grande maioria dos casos** o vínculo existente entre o cliente e o banco deriva dos serviços ofertados ao correntista.

2.3 Responsabilidade nas Relações de Consumo

Historicamente, a Lei 8.078/90 conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC) já demonstrava um amparo relevante, tanto no direito privado como quanto nos elos consumeristas, de certa forma contribuindo para a atualização de algumas normas jurídicas brasileiras, pois em algumas ques-

tões, o Código Civil de 1916 já se apresentava exíguo. Assim, o CDC surgiu para dar amplo suporte, resguardo e amparo nas relações comerciais da sociedade, que, com o tempo, aumentaram de forma exorbitante, se tornando mais variadas e complexas as condutas (FARIAS; BRAGA NETTO e ROSENVALD, 2015).

O surgimento do referido código (CDC) passou a tutelar os direitos tanto materiais quanto morais dos consumidores brasileiros, padronizando e disciplinando a matéria jurídica, resguardando os direitos constitucionais brasileiros, previstos na Constituição Federal de 1988, em seu célebre artigo 5º, especificamente em seu inciso XXXII: “[...] o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. E no artigo 1º do CDC, já fica reforçado o âmbito de regulação das relações consumeristas, bem como o caráter de ordem e interesse social das normas previstas, para a defesa e proteção do consumidor (BRASIL, 1988, s.p.).

É nesse passo que o código consumerista disciplinou a responsabilidade dos fornecedores de serviços de forma objetiva pelos danos causados.

Neste sentido, faz-se então viável mencionar que o consumidor se caracteriza como sendo a parte mais susceptível da relação de consumo, e esta relação sempre deve estar pautada na segurança e dever do fornecedor quanto aos bens e serviços dispostos para o consumo (CAVALIERI FILHO, 2010).

Em seu artigo 14, caput, o Código de Defesa do Consumidor destaca a norma objetiva:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (BRASIL, 1990, s.p.).



Contudo, o fornecedor de serviços não será responsabilizado quando provar que o serviço prestado não é defeituoso, e que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, conforme disposição prevista no artigo 14, § 3º, incisos I e II, do CDC⁷.

Porquanto, as instituições bancárias, devem sempre proporcionar segurança aos clientes, quando da prestação de seus serviços, inclusive no que diz respeito ao acesso e permanência de forma segura ao utilizar os serviços bancários. Neste mesmo viés, salienta-se que, os bancos são conceituados como fornecedores de serviços (e demais produtos), e estão sujeitos à Lei 8.078/90 (CDC), como se passará a aprofundar na sequência deste artigo.

A responsabilidade civil tem se amparado no CDC, e de forma subsidiária no Código Civil, pois os diversos casos devem ser analisados de acordo com suas peculiaridades.

A justiça, assim, permite que se torne possível um certo equilíbrio nas decisões tomadas, uma vez que até mesmo os princípios da responsabilidade civil buscam, sobremaneira, que o patrimônio e a moral violados sejam compensados de forma justa e de bom senso.

No Código Civil, destacam-se elementos descaracterizadores do conceito de fato ilícito em seus artigos 188 e no artigo 393, respectivamente:

Art. 188 Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

⁷Art. 14 [...]

O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I- que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo; e

Art. 3930 devedor não responde pelos prejuízos resultantes de **caso fortuito ou força maior**, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

(BRASIL, 2002, s.p., grifo nosso).

Nas excludentes de responsabilidade civil, ocorre o afastamento do nexos causal, decorrente de uma conduta. Torna-se então necessário evidenciar o teor do seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. SAQUES. COMPRAS A CRÉDITO. CONTRAÇÃO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL. CONTESTAÇÃO. USO DO CARTÃO ORIGINAL E DA SENHA PESSOAL DO CORRENTISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DEFEITO. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE AFASTADA. 1. Recurso especial julgado com base no Código de Processo Civil de 1973 (cf. Enunciados Administrativos nº.s 2 e 3/STJ). 2. Controvérsia limitada a definir se a instituição financeira deve responder por danos decorrentes de operações bancárias que,



embora contestadas pelo correntista, foram realizadas com o uso de cartão magnético com “chip” e da senha pessoal. 3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade da instituição financeira deve ser afastada quando o evento danoso decorre de transações que, embora contestadas, são realizadas com a apresentação física do cartão original e mediante uso de senha pessoal do correntista. 4. Hipótese em que as conclusões da perícia oficial atestaram a inexistência de indícios de ter sido o cartão do autor alvo de fraude ou ação criminosa, bem como que todas as transações contestadas foram realizadas com o cartão original e mediante uso de senha pessoal do correntista. 5. O cartão magnético e a respectiva senha são de uso exclusivo do correntista, que deve tomar as devidas cautelas para impedir que terceiros tenham acesso a eles. 6. Demonstrado na perícia que as transações contestadas foram feitas com o cartão original e mediante uso de senha pessoal do correntista, passa a ser do consumidor a incumbência de comprovar que a instituição financeira agiu com negligência, imprudência ou imperícia ao efetivar a entrega de numerário a terceiros. Precedentes. 7. Recurso especial provido. (Recurso especial STJ - REsp: 1633785 SP. T-3 Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 24/10/2017, Data de Publicação: DJe 30/10/2017).

Neste caso concreto o acórdão afastou a responsabilidade do banco por culpa exclusiva do consumidor, amparado no artigo 14, § 3º, inciso II, do CDC. Como a lei, em sua amplitude e complexidade ainda é alvo de diversos questionamentos inerentes à interpretação das normas e suas diretrizes, os magistrados têm procurado estabelecer certa simetria, a fim de que o equilíbrio econômico possa almejar permanecer sensato e justo.

De maneira que Farias, Braga Netto e Rosenvald(2015, p.1096) ainda sustentam a supremacia da parte mais vulnerável da relação:

Cabe registrar que o art. 47 do CDC traduz princípio aplicável não apenas às cláusulas contratuais, mas às leis em geral. Havendo conflito entre elas, deve-se, em princípio, dar preferência àquela que melhor tutela a parte vulnerável da relação. [...] não são raros os casos de diálogos entre as duas importantes leis.

Sendo assim, infere-se então evidenciar que, caso haja a ocorrência de divergência perceptível entre os conflitos, é então viável e imprescindível priorizar a parte que se encontra em situação de maior susceptibilidade, de modo a escolher a lei que melhor enfatiza as questões vulneráveis daquela relação estabelecida.

3 RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS

Os bancos brasileiros têm migrado cada vez mais suas operações para o modo digital. Além de reduzir custos e resultar em maiores lucros para as instituições bancárias, as soluções bancárias tornam-se rapidamente mais eficientes, assertivas e mais propícias para o cliente.



O banco traz em sua atividade, um alto risco de segurança. Como afirmam Farias, Braga Netto e Rosenvald(2015, p.1096): “Os bancos respondem pelos riscos do negócio. Cabe ao banco o ônus da rastreabilidade das operações”. A segurança nas transações deve ser essencialmente assegurada aos correntistas.

Quanto ao enquadramento dos bancos como pertencentes ao mercado de consumo, o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º, parágrafo 2º, estabelece:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[...] § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (BRASIL, 1990,s.p., grifo da autora).

E, porquanto, na transcrição da Súmula 297 do STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Assim, pode-se afirmar que a atividade bancária está sujeita de forma subsidiária **às implicações e consequências do Código Civil**, e fortemente amparada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

No que diz respeito à obrigação de reparação de danos e prejuízos, o CDC (Lei 8.078/90) adotou a regra objetiva. Conforme Braga Netto mencionada(2019, p.158): “[...] os bancos, por exemplo, respondem objetivamente perante os clientes por fraudes praticadas por terceiros – fortuitos internos, consoante reconhece a Súmula 479 do STJ”. A referida Súmula enfatiza que é de responsabilidade das instituições financeiras responderem pelos possíveis danos que possam a ser causados seus clientes pelas situações de atos ilegais ou fraudes dentro do âmbito das operações bancárias e transações financeiras que envolvam a referida instituição.

A responsabilidade civil dos bancos é, por via de regra, objetiva, ou seja, não necessita da comprovação ou existência de culpa para reparação dos danos causados. Porém, exige-se o nexo causal entre o prejuízo e a atividade. Caso o banco consiga provar que a vítima teve culpa exclusiva, poderá vir a eximir-se de ressarcir-la, porém, a instituição deverá comprovar que adotou as devidas medidas de segurança cabíveis, de forma a prevenir os erros do consumidor.

3.1 Responsabilidade Civil do Banco em Caso de Fraudes praticadas por Terceiros

Como já relatado anteriormente, devido ao avanço tecnológico, o fluxo das operações bancárias têm se tornado cada vez maior. São serviços que envolvem grande volume de dados, transações e massivas e cada vez mais complexas. Uma grande parcela de clientes utiliza quotidianamente os serviços bancários, e a todo momento, estão sujeitos a sofrerem fraudes por terceiros.

A análise da descrição à luz do CDC, consumidor é tanto quem firma contrato de consumo, como quem é vítima do dano. Assim sendo, a diferença presente nos conceitos de responsabilidade civil contratual e extracontratual perde sua pertinência.



Assim, é imprescindível então evidenciar o seguinterelato que os autores Farias, Braga Netto e Rosenvald(2015, p.1102) enfatizaram:

A teoria do risco da atividade se aplica em sua plenitude à atividade bancária (eventuais danos sofridos pelo cliente, por exemplo, de clonagem de cartão de crédito, correm invariavelmente por conta do banco;[...] a apreciação jurisprudencial do caso fortuito e força maior tem sido, e deve mesmo ser, singularmente rigorosa, no caso dos bancos; [...] há uma redução qualitativa da autonomia da vontade negocial, como forma de proteção aos contratantes vulneráveis. [...] Esses itens [...] propiciam aos julgadores do século XXI [...] uma abordagem contextualizada da responsabilidade civil bancária.

Nessa perspectiva, o consumidor está protegido no âmbito dos serviços prestados pelo banco aos correntistas, bem como as pessoas que não possuem vínculo direto com as instituições. Entretanto, a Súmula 479 STJ, discorre somente dos casos identificados como fortuitos internos (decorrentes do risco da atividade).

Alguns doutrinadores têm considerado excludente de responsabilidade quando a responsabilidade civil bancária decorrer de fortuito externo, onde **não se constatar** nexo de causalidade com a atividade do fornecedor, e sendo impreterível e não esperada. Outra excludente, prevista no CDC em seu artigo 14, §3º, inciso II (vide p.09, nota de rodapé nº 7), se caracteriza quando a culpa é **inerente ao cliente**. Isto posto, o banco acarretará com o ônus de provar a culpa singular do cliente (VILLAR, 2015).

Quanto à **utilização indevida** de cartões de débito e crédito (note-se que estes, quando solicitados pelo cliente), na questão concernente ao seu envio, caso haja algum tipo de interceptação, terceiros fraudadores assumem obrigações em nome da vítima, e esta, posteriormente poderá vir a ter seu nome negativado junto aos cadastros de proteção ao **crédito**. A reparação dos danos que o cliente sofreu então, pode ser motivo de questionamento judicial (danos patrimoniais e morais).

Muitas transações são feitas virtualmente, utilizando cartões, sejam de crédito ou débito, físicos ou virtuais, realizadas mediante a **impostação de senhas digitais**. Juntamente com os dados do plástico, e para finalizar a transação, **é solicitado ao cliente que digite** o código de segurança de três números disponível no verso do cartão (*cvv*). Terceiros mal-intencionados ou *hackers*⁸, podem invadir tecnologicamente o sistema que o cliente está utilizando (via *app*, computador, entre outros), e roubar esses dados com o intuito sagaz de cometer fraudes.

Abaixo foram predispostas algumas decisões jurisprudenciais:

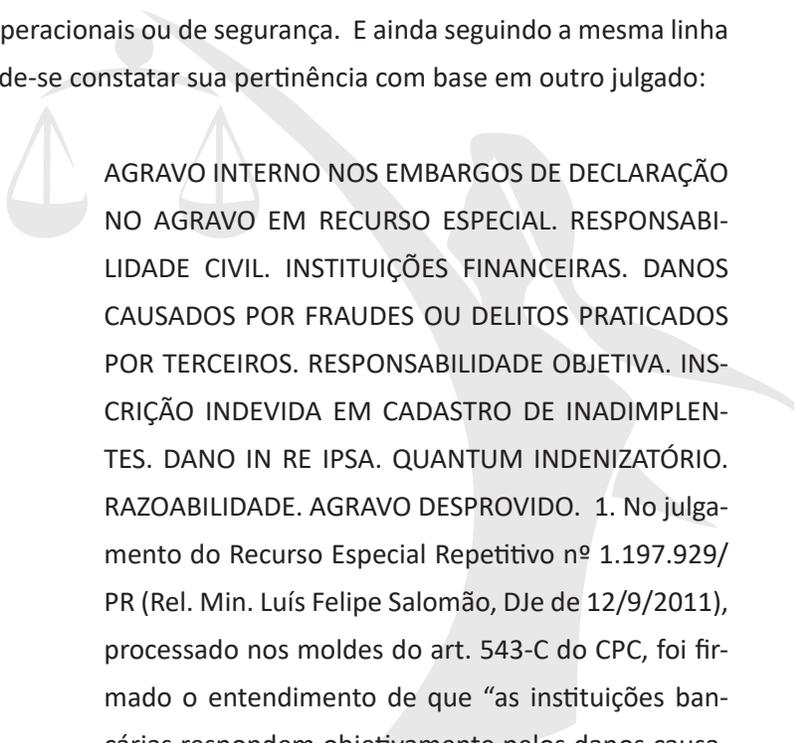
AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. CASO FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. DANO MORAL. SÚMULA N. 7/STJ. 1. A pactuação de contrato bancário decorrente de fraude praticada por terceiro estelionatário, por constituir

⁸[...]hackers são profissionais com grande conhecimento em informática, programação e computação, que desenvolvem e modificam softwares (sistemas) e hardwares (equipamentos e peças de computador) para uso (não necessariamente para cometer crimes). Disponível em: <https://www.brasilecola.uol.com.br>. Acesso em: 14/mai/2022.



risco inerente à atividade econômica das instituições financeiras, não afasta a responsabilidade da instituição financeira pelos danos daí advindos. 2. [...] 3. Agravo regimental conhecido para se conhecer do agravo em recurso especial e negar-lhe provimento. (Agravo Regimental Especial no REsp n. 353.681/SP. Terceira Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Data do Julgamento: 21/08/14, Data de Publicação: DJe de 01/09/14).

Houve dessa forma, o entendimento de que a responsabilidade objetiva do banco decorre do risco de sua atividade, a qual sempre irá envolver riscos, sejam eles operacionais ou de segurança. E ainda seguindo a mesma linha de raciocínio, pode-se constatar sua pertinência com base em outro julgado:



AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES OU DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO IN RE IPSA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. No julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.197.929/PR (Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe de 12/9/2011), processado nos moldes do art. 543-C do CPC, foi firmado o entendimento de que “as instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causa-

dos por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno”. [...]. 4. Agravo interno não provido. (Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial no REsp n. 987.274/SP. Quarta Turma, Relator Ministro Raul Araújo, Data do Julgamento: 27/06/17, Data de Publicação: DJe de 01/08/17).

Em ambas as situações evidenciadas, a constatação foi de que o dever da reparação dos danos suportados pela vítima/consumidor foi gerado, uma vez que a responsabilidade objetiva das instituições bancárias (fornecedores) advém dos percalços e inseguranças decorrentes de sua atividade. Inúmeros são os casos de fraudes, em que os terceiros fraudadores obtêm da instituição bancária os dados do correntista, e com base nisso arquitetam a fraude, causando prejuízo ao consumidor.

Vale colacionar a seguinte jurisprudência:

[...] INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. Sentença de parcial procedência. Insurgência de ambas as partes. FRAUDE. Fato conhecido como “golpe do motoboy”. Retirada do cartão magnético na residência do cliente por meios que se passavam por funcionários da instituição financeira, que afirmavam clonagem do cartão. O



autor afirmou que os criminosos sabiam seu endereço, o valor do saque que efetivou na manhã daquele dia, dentre outras informações pessoais. Requerido que não comprovou que o autor entregou o código de cliente e senhas. Não se demonstrou que o autor tenha fornecido sua senha de uso pessoal. Apesar de as operações serem usualmente efetivadas mediante a utilização da senha pessoal, cuja guarda é de responsabilidade de seu titular, são notórias as práticas ilícitas e a utilização de ardis pelos criminosos para a clonagem e uso indevido dos cartões e senhas. Diversas transações financeiras realizadas em um único dia em valores superiores aos ganhos mensais do autor e que não conferiam com seu perfil de cliente. Pagamento de boleto em valor elevado. Relação de consumo. Inversão do ônus da prova. Banco que não se desincumbiu do ônus de provar a culpa exclusiva do autor. Aplicação da teoria do risco profissional. Existência de «chip» no cartão que não afasta a responsabilidade do banco. Sistema de segurança falho. [...]. Parcialmente provido o recurso interposto pelo autor e não provido o recurso interposto pelo réu. (Apelação Cível 1008111-49.2019.8.26.0564 – Cerceamento de Defesa. Quarta Vara Cível; Relator Hélio Faria; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo; Data do Julgamento: 06/07/20, Data da Publicação: 08/jul/2020).

No chamado “golpe do *motoboy* ou telefônico”, o banco responderá por defeito na prestação do serviço, pois a instituição falhou no quesito segurança ao proporcionar movimentações de operações bancárias pelo público em geral, sem observar o devido rigor de zelo e confiança então já acordados com o cliente. Não depende de culpa, tem base na teoria do risco integral, se baseia no dano (GONÇALVES, 2021). Haverá a reparação do prejuízo sofrido, não se admitindo nenhuma excludente de responsabilidade, legitimando aqui, seu caráter objetivo.

Em situações onde não se pode provar a culpa do consumidor, existindo fraude na abertura de conta corrente, contratações de empréstimos, cartões de crédito, há fortuito interno, decorrente do risco do empreendimento. Resulta, via de regra, em responsabilidade objetiva da instituição bancária (com base na Súmula 479 do STJ), e em virtude do risco da atividade do fornecedor.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo geral evocar a responsabilidade civil dos bancos, sobretudo em caso de fraudes provocadas por terceiros. Tema de relevância, pois quotidianamente, utiliza-se uma ampla gama de produtos e serviços das instituições bancárias, e diante da vida moderna e tecnológica, é necessário atentar para os riscos de segurança envolvidos nas transações, amparando o consumidor quando este for lesado.

Toda transação bancária está sujeita a riscos, tanto operacionais quanto de segurança, e o banco incorre diretamente na responsabilidade, em casos de fraudes praticadas por terceiros. Muitos clientes e/ou usuários dos serviços bancários desconhecem a responsabilidade da instituição bancária de indenizar danos decorrentes de fraudes praticadas por terceiros, e por vezes, deixam de questionar seus direitos. Nesse intuito, o direito aparece para salvaguardar



e proteger o patrimônio do indivíduo, seja ele financeiro ou até mesmo das informações de dados pessoais de seus clientes, as quais o banco detém em seu poder. Por isso é tão importante saber da responsabilidade civil das instituições bancárias.

Ficou constatado que o instituto da responsabilidade civil existe para ressarcir danos oriundos das relações interpessoais. Cada ato acordado gera uma contraprestação, que senão cumprida, irá causar prejuízos ao agente, e então gerar o direito de ressarcimento. Sobquesito culpa, viu-se que a responsabilidade civil dos bancos, pode ser objetiva ou subjetiva.

Com base no regramento do sistema judicial brasileiro, a teoria objetiva tem-se sobreposto, devendo ser comprovado o nexo de causalidade entre o dano e a atividade, com amparo da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), em seu artigo 14, caput. O CDC tutela os direitos patrimoniais e morais dos consumidores brasileiros, resguardando-lhes a integridade e promovendo equilíbrio nas relações econômico-financeiras. Quanto à natureza, a responsabilidade civil caracteriza-se em contratual (onde as partes assumem obrigações a serem cumpridas no contrato celebrado) ou extracontratual (que surge da premissa de não causar dano a outrem).

Nas relações de consumo, o consumidor é a parte mais vulnerável, e está sujeita a lesões. O banco é fornecedor de produtos e serviços e deve agir de forma preventiva, investir em segurança e assegurar a integridade extra e patrimonial de seu público, bem como de suas operações. Em caso de falhas ou omissões, o CDC, reforçado e amparado pela Súmula 297 do STJ, assegura o dever das instituições bancárias de reparar o prejuízo que causou ao consumidor.

Além disso, a exposição dos clientes a criminosos é constante, seja física ou virtual, haja vista que cada vez mais os fraudadores têm se especializado em suas atividades lesivas. São casos de abertura de contas com documentos falsos, contratações de empréstimos e clonagem de cartões e senhas

por terceiros alheios ao correntista, transações fraudulentas via *app* e *internet banking*, e inúmeros outros procedimentos que lesam o usuário. Essas condutas são analisadas judicialmente, e ressarcidas, com base na doutrina vigente, a qual enseja com base no CDC o direito de reparação do dano sofrido.

Concluiu-se que, embora a maioria dos tribunais se posicione a favor na regra esculpida no código consumerista quanto à reparação dos danos pelas instituições bancárias, a matéria demanda reflexões, uma vez que existirão situações em que o banco será beneficiado das excludentes de responsabilidade disciplinadas no artigo 14, § 3º, incisos I e II, do código consumerista e subsidiariamente da matéria dos artigos 188 e 393 do Código Civil.

O banco figura como responsável civil ante às fraudes cometidas por terceiros fraudadores, mas o tema merece esmero e zelo para que as ações fraudulentas sejam analisadas em suas particularidades, e afim de que não se tornem trivialidades, que prejudicarão o equilíbrio social e jurídico.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, F. C.; *et al.* **Exame da OAB 9**. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BRAGA NETTO, F. P. **Novo manual de responsabilidade civil**. Salvador: JusPodivm, 2019.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20/jan/2022.

_____. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20/jan/2022.



_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20/jan/2022.

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

FARIAS, C. C.; BRAGA NETTO, F. P.; ROSENVALD, N. **Novo tratado de responsabilidade civil.** 1 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

FARIAS, C. C.; et al. **Código Civil para concursos.** 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FRANCO, O. A. N. M. A responsabilidade civil dos profissionais e a nova legislação. **Regista Consultor Jurídico**; Conjur, São Paulo-SP: 05/fev/2003. Disponível em: <https://conjur.com.br>. Acesso em: 22/nov/2021.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Manual de direito civil.** Volume único. São Paulo: Saraiva Educação S.A., 2017.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade civil.** 20 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES, O. Azevedo. **Fundamentos da responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Processo, 2019. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 19/mai/2022.

RODRIGUES, R.; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica.** 10. ed. Lages: Papervest, 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Agravo Regimental Especial no REsp n. 353.681/SP 2013/0174320-1**. Relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe de 01/09/14. Disponível em <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 11/mai/2022.

_____. **Recurso especial no REsp n. 1.633.785/SP 2016/0278977-3/SP**. Relator Ministro Ricardo Villas BôasCueva, Terceira Turma, DJe de 30/10/17. Disponível em <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 11/mai/2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial no REsp n. 987.274/SP 2016/0249585-6**. Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 01/08/17. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20/mai/2022.

_____. **Apelação Cível 1008111-49.2019.8.26.0564 – Cerceamento de Defesa**. Relator Hélio Faria, Quarta Vara Cível, Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo, Julgado em 06/j07/20, Registrado em: 08/07/20. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20/mai/2022.

VASSILIEFF, S. **Responsabilidade civil do advogado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VENOSA, S. S. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. Vol. 2 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VILLAR, A. S. **A responsabilidade civil dos bancos por fraudes e delitos praticados por terceiros em operações bancárias**. Jusbrasil. São Paulo-SP: 2015. Disponível em: <<https://alice.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 19/mai/2022.



ANÁLISE DO DIREITO DO CONCUBINO EM RECEBER PENSÃO POR MORTE DO INSS SOB A ÓTICA DO ENTENDIMENTO DO STF

George Gomes Bezerra¹
Graziele Cristina Pinheiro²

RESUMO

O presente trabalho aborda questões relacionadas ao direito do concubino de receber pensão por morte sob a ótica do entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF. O intuito do presente trabalho é apresentar a decisão do STF sobre o tema e trazer alguns conceitos que tocam esse assunto. Dentre eles, tem-se um breve histórico, conceituação de família, o direito do concubino, o conceito de pensão por morte, os requisitos para adquirir este benefício previdenciário e a legislação vigente. O estudo inicia com sucinta explanação histórica, passa pela definição de família e finaliza com a abordagem da decisão o STF.

Palavras – chave: STF. Concubino. Pensão. Morte. Previdenciário.

ABSTRACT

The present academic article addresses matters related to the concubine's right to receive social security death benefit from the perspective of the Federal Supreme Court's understanding. This academic article intends to present the Supreme Court's decision on the matter and to show up some concepts that

¹Acadêmico (a) do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

²Prof. Mestra em Práticas Transculturais e Graduada em Direito e pós graduada em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Unifacvest, lecionando no corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST.

surround the subject. Among them, there are going to be a brief history, family's conceptualization, the concubine's right, the social security death's concept, the requirements to acquire this benefit and the current legislation. The academic study begins with a brief history, goes through family's concept and ends with an approach to the Supreme Court's decision.

Keywords: Concubine. Benefit. Death. Social. Security.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho apresenta como tema a análise do direito do concubino em receber pensão por morte do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS sob a ótica do entendimento do STF.

A relevância do mencionado assunto se justifica na busca de entendimento que demonstre, na conformidade da lei, da doutrina e da jurisprudência, que determinados conceitos, comuns a mais de um ramo do Direito, possam conduzir a interpretações diferentes, ter consequências jurídicas distintas e, eventualmente, resultar em decisões divergentes.

O problema reside na eventual possibilidade do reconhecimento de uniões estáveis simultâneas ou de união estável concomitante com vínculo matrimonial. Em ambos os casos, a validação dessa hipótese poderia gerar direito ao concubino de recebimento, de forma rateada, da pensão por morte previdenciária com outros dependentes do instituidor deste benefício.

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral apresentar, de modo sucinto, pontos relevantes da decisão colegiada do STF, proferida em 18/12/2020, que trata da possibilidade de reconhecer ou não o direito do concubino ao recebimento da pensão por morte previdenciária simultânea com outros dependentes.



No que se refere aos objetivos específicos, o trabalho busca apresentar a decisão do STF sobre o tema e trazer alguns conceitos que tocam esse assunto. Dentre eles, estão compreendidos um breve histórico e conceituação de família, os direitos do concubino, o conceito de pensão por morte, os requisitos para adquirir este benefício previdenciário e a legislação vigente.

Em relação a abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta de textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

Para melhor compreensão do tema, em termos cronológicos, serão abordados conceitos de família e pensão por morte, direitos do concubino, requisitos para receber pensão por morte e pontos relevantes da decisão do STF.

2 HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO DE FAMÍLIA

A origem da família se relaciona diretamente com a história da civilização, uma vez que ela nasce a partir de um fenômeno natural, resultado do crescimento do ser humano em desenvolver relações afetivas de forma estável.

Nesse contexto histórico, que abrange tanto a família da antiguidade quanto as suas formas mais primitivas, é possível afirmar que a família brasileira possui como fundamento a sistematização elaborada pelo direito romano e pelo direito canônico (WALD, 2004).

O direito romano foi pioneiro em estruturar a ideia de família por meio de princípios normativos, razão pela qual decorre a sua relevância. Isso aconteceu porque, até aquele momento, o que se entendia por família era baseado em costumes, sendo desprovido de qualquer regramento jurídico (BRAUNER, 2001).

Com essa estruturação, a base da família passou, portanto, a ser o casamento, já que somente haveria família se existisse esse ato (LEITE, 1991). Nesse mesmo período, o Cristianismo estava em ascensão, e a Igreja Católica acabou ficando encarregada de disciplinar o casamento, classificando-o como um sacramento (CAVALCANTI, 2004).

Desse modo, o surgimento dos preceitos que viriam a nortear o casamento, considerado como base única da concepção da família, ficaram sob a responsabilidade do Direito Canônico.

Em decorrência disso, no Brasil colonial e imperial, somente os casamentos católicos eram reconhecidos, pois essa era a religião oficial do país. Portanto, o casamento era ato exclusivo das pessoas reconhecidas como católicas (LEITE, 1991).

Inicialmente, essa restrição não gerava maiores problemas porque quase toda a população brasileira era católica. Entretanto, com o crescimento da população, inclusive relacionado com a imigração de pessoas não católicas, essa situação começou a sofrer modificações.

Como já mencionado, nesse período, a Igreja Católica era a entidade responsável, de forma isolada, por disciplinar as regras relacionadas ao matrimônio. Assim, as pessoas que professavam religiões diferentes da católica estavam impedidas de contrair matrimônio.

As citadas regras relacionadas ao matrimônio seguiam os preceitos do Concílio de Trento de 1563 e das Constituições do Arcebispo da Bahia (RIZZARDO, 1994). Entretanto, em um dado momento, o Estado decidiu intervir.

Essa intervenção resultou na criação do casamento misto, no qual era permitida a união de pessoas não pertencentes a religião católica. Desse modo, no Brasil colonial e imperial, eram praticadas três modalidades de casamento: o casamento católico, o casamento misto e o casamento entre pessoas de seitas dissidentes (PEREIRA, 1997).



No Brasil, no período colonial, eram comuns os relacionamentos amorosos entre os europeus e as índias que no país se encontravam, o que não podia ser enquadrado como família, posto que os europeus seguiam o doutrinamento católico, o qual via tais atitudes como transgressões aos ensinamentos religiosos (DIAS, 2009).

Nesse momento da história, havia forte resistência por parte dos indígenas a serem escravizados, razão pela qual o reino português optou por trazer mão de obra africana para o Brasil. Essa conduta resultou em intensa miscigenação, fato relevante e influente na cultura, crença e comportamento de todos os povos (DIAS, 2009).

Por outro lado, isso era visto de maneira pecaminosa pelo catolicismo predominante. Somente depois da segunda parte do século XVIII, com a criação da Lei do Marquês de Pombal, o casamento entre pagãos e brancos foi permitido, em razão do fim da escravidão indígena (CHIAVENATO, 1999).

Diante da contextualização histórica apresentada, é possível verificar que se tornou inviável o estabelecimento de um modelo familiar uniforme. Assim, houve a necessidade de compreender o conceito de família de acordo com as transformações sociais no decorrer do tempo.

Entretanto, a Igreja Católica ainda imprimia forte influência sobre o Estado, o que gerava uma visão carregada de preconceitos em relação as uniões que não decorriam do casamento católico.

Em contraposição a isso, o Estado começou a se afastar das interferências da Igreja Católica e passou ter uma visão da família mais sob o enfoque social. A partir desse ponto, a instituição familiar passou a não somente ser um agente integralizador do Estado, mas uma peça fundamental da sociedade (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Nessa transição de visão conceitual, por parte do Estado, ainda predominava o entendimento que a família apenas surgia com a existência do casamento. As várias pessoas unidas sem essa convenção não eram consideradas família e, por essa razão, não mereciam proteção estatal (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Contudo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um impacto relevante sobre tais concepções, em essência, por meio dos princípios constitucionais que refletiram diretamente no Direito de Famílias.

O art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, é considerado por alguns doutrinadores como o ponto de transformação do paradigma de família, confrontando, por meio de um único dispositivo, séculos de hipocrisia e preconceito (VELOSO, 2005).

A partir de então, aconteceram várias inovações jurídicas. Foi reconhecida igualdade entre homens e mulheres, além de tornar igualitária a proteção de ambos, bem como estender essa proteção a filhos provenientes ou não do casamento ou por adoção.

Além disso, foi instituído o divórcio como método de dissolver o casamento civil, a equiparação no que tange aos direitos garantidos à família formada por meio do casamento e constituídas a união estável e as monoparentais (RIZZARDO, 1994).

Vale destacar que, não bastasse a importante ampliação do conceito de família estabelecido pela Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as uniões entre homossexuais deveriam ser consideradas formas de família, recebendo a mesma proteção do Estado destinado aos casais unidos pelo vínculo da união estável (LÔBO, 2004).



Diante de tudo que foi vislumbrado, é interessante entender que, nos ensinamentos de Rizzardo (2019, s.p), família é:

Família é o conjunto de pessoas com identidade de interesses materiais e morais e afetivos, em união pública e duradoura, integrada pelos pais casados ou em união estável, ou de um deles e pelos descendentes legítimos, naturais ou adotados (família monoparental), ou por duas pessoas ainda do mesmo sexo.

Nesse prisma, o conceito de família abrange a integração de pessoas que se assemelham nos interesses relativos a questões materiais, morais e afetivas. Essa integração precisa ser constituída em união pública e duradoura, sendo ela formada pelos pais com origem no casamento ou na união estável.

Destaca-se que não estão excluídos do conceito de família o conjunto de pessoas formados por um dos pais e pelos descendentes, sejam eles legítimos, naturais ou adotados, ou ainda aquele formado por duas pessoas do mesmo sexo.

2.1 Concubina(o) e seus direitos

A maior parte da doutrina apresenta duas espécies de concubinato, sendo eles o concubinato puro e o concubinato impuro. Assim, tem-se nos ensinamentos de Azevedo (2002, s.p) que o concubinato puro é:

Considera concubinato puro, quando ele se apresenta com os aludidos elementos do conceito expandido, ou seja, como uma união duradoura, sem casamento,

entre homem e mulher, constituindo-se a família de fato, sem detrimentos de família legítima.

Nesse entendimento, o concubinato puro passa a existir quando se tem uma união duradoura de um homem e uma mulher sem impedimentos relativos a outros casamentos, como poderia ser os casos envolvendo divorciados, viúvos, solteiros ou separados de fato.

Por outro lado, a doutrina aponta o concubinato impuro, que nos termos lecionados por Lisboa (2013, s.p) é caracterizado por:

Concubinato espúrio ou impuro é aquele efetivado entre pessoas de sexos diferentes, de forma estável, porém com algum impedimento para realização do casamento civil. Pode ser classificado em duas, concubinato adúlterino e concubinato incestuoso.

Nessa outra perspectiva do conceito, o concubinato impuro trata da relação entre pessoas de sexos diferentes, de forma estável, que estivessem casadas em relacionamentos prévios, fato que impediria a realização do casamento para a nova relação.

Em uma perspectiva histórica, pode-se dizer que as primeiras manifestações do concubinato foram observadas na poligamia dos povos primitivos. Tais relações eram meramente naturais, pois o desenvolvimento econômico e social dos grupos humanizou-se, provocando a passagem da família de fato biológico para fato social humano (DIAS, 1988). Assim, verifica-se que desde os povos primitivos já era possível encontrar elementos do concubinato naquelas formações sociais. O próprio desenvolvimento natural das relações em grupos proporcionou estes acontecimentos



Na Idade Média, o concubinato se fazia presente na sociedade, de certo modo sendo tolerado, ao ponto de invadir os conventos e ameaçar os alicerces do clero. Fato que levou o Bispo de Mayença a encaminhar comunicado ao Papa Zacarias relatando as promiscuidades de bispos e diáconos com quatro ou mais concubinas (DIAS, 1988).

Vale destacar que nem mesmo os lugares mais tradicionais da sociedade ficaram imunes à presença do concubinato, o qual precisou ser relatado ao mais alto escalão do clero da época por colocar em risco suas bases e tradições.

De forma semelhante aos povos primitivos, as manifestações do concubinato estiveram presentes nas relações afetivas do Brasil colônia. Inclusive o Padre Anchieta, no século XVI, observou que a índia brasileira aceitava tranquilamente a poligamia de seu homem, pois ela também tinha o direito de exercer a poliandria (FREYRE, 2005).

No Brasil colônia também foi possível encontrar casos de concubinato nos povos indígenas, já que eles não restringiam as relações afetivas entre eles, por meio da monogamia, o que permitia o acesso de índias e índios a outros parceiros simultâneos.

Passando para o período republicano brasileiro, sendo este anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 e à instituição do Código Civil brasileiro de 2002, tem-se que os doutrinadores distinguem o instituto do concubinato em puro e impuro, ou adúlterino e não adúlterino (MADALENO, 2018).

Por outro lado, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o concubino puro, também conhecido por não adúlterino, passou ser entendido como união estável, conforme compreendido entre os artigos 1.723 e 1727 do Código Civil brasileiro de 2002, sendo ela reconhecida como uma entidade familiar e seus participantes conhecidos como companheiros.

Seguindo esse entendimento, o concubinato impuro ou adúlterino passou a ser classificado especificamente como concubinato, nos termos do artigo 1.727 do Código Civil brasileiro de 2002, o qual conceitua este instituto como sendo o relacionamento entre um homem e uma mulher que possuem impedimentos matrimoniais.

3 BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS: PENSÃO POR MORTE

Os benefícios previdenciários estão inseridos no Plano de Benefício da Previdência Social (Lei nº 8.213/91) e são pagos em dinheiro aos segurados e dependentes pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia do Governo Federal vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência.

Dentre os benefícios previdenciários previstos pela Lei nº 8.213/91, tem-se a pensão por morte que é o benefício pago aos dependentes do segurado, homem ou mulher, que falecer, aposentado ou não, conforme previsão do art. 201, V, da Constituição Federal de 1988. Trata-se de prestação de pagamento continuado (CASTRO; LAZZARI, 2020).

Nesse sentido, é possível observar que, embora haja benefícios pagos diretamente ao segurado, a pensão por morte tem, por outro lado, os seus pagamentos destinados aos dependentes do segurado, não fazendo distinção se este era homem ou mulher e tampouco se era aposentado ou não.

Vale dizer que não existe restrição de sexo em relação ao segurado instituidor do benefício, podendo este ser homem ou mulher. Além disso, conforme definição apresentada, a condição do segurado, no momento do falecimento, pode ser tanto de aposentado quanto de qualquer outra. Destaca-se que a pensão por morte possui prestação continuada, ou seja, pagamentos mês a mês até o seu encerramento.

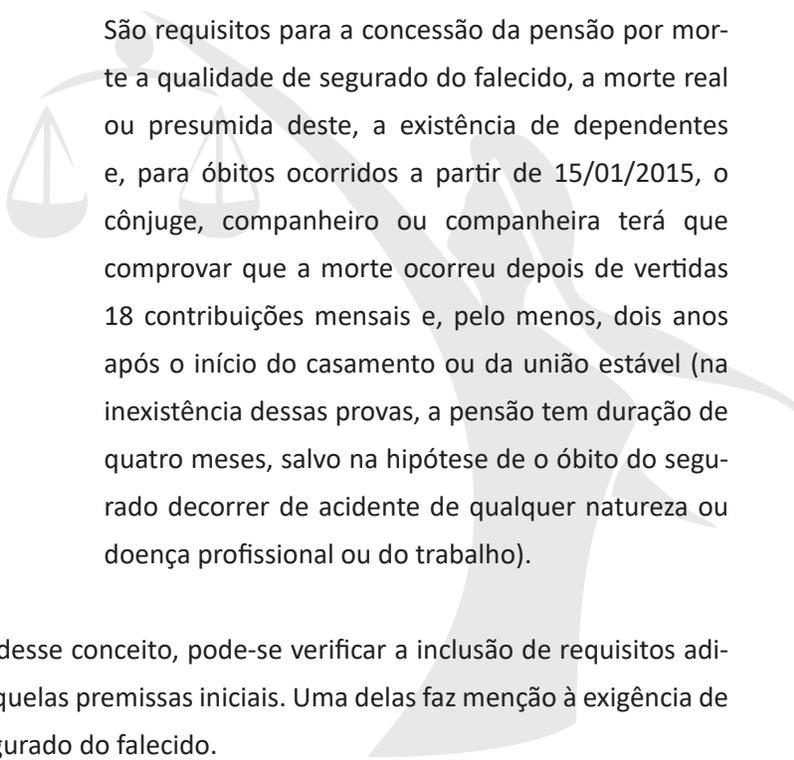


3.1 Requisitos necessários para ter direito ao benefício

O dependente do segurado falecido pode ter direito à pensão por morte desde que preencha determinados requisitos. Assim a contingência da pensão por morte só se configura com a ocorrência de dois elementos essenciais: a morte do segurado e a existência do dependente na data do óbito (SANTOS, 2020).

Desse modo, tem-se que as premissas essenciais para o surgimento da pensão por morte residem na ocorrência da morte do segurado e na existência de seu dependente nesse momento.

Além das referências iniciais mencionadas anteriormente, Castro e Lazzari (2020, s.p) ensinam que:



São requisitos para a concessão da pensão por morte a qualidade de segurado do falecido, a morte real ou presumida deste, a existência de dependentes e, para óbitos ocorridos a partir de 15/01/2015, o cônjuge, companheiro ou companheira terá que comprovar que a morte ocorreu depois de vertidas 18 contribuições mensais e, pelo menos, dois anos após o início do casamento ou da união estável (na inexistência dessas provas, a pensão tem duração de quatro meses, salvo na hipótese de o óbito do segurado decorrer de acidente de qualquer natureza ou doença profissional ou do trabalho).

A partir desse conceito, pode-se verificar a inclusão de requisitos adicionais, além daquelas premissas iniciais. Uma delas faz menção à exigência de qualidade de segurado do falecido.

Nesse sentido, a qualidade de segurado é a condição mantida com a continuidade do exercício da atividade remunerada, o que implica o recolhimento de contribuições (MIRANDA, 2007).

Na análise conjunta dos dois últimos conceitos, observa-se que, para ter direito à pensão por morte, é necessário que o falecido tenha qualidade de segurado e, para se ter essa condição, precisa-se da continuidade do recolhimento de contribuições.

Na sequência dos requisitos, tem-se que, não somente a morte real gera direito à pensão por morte, mas também a morte presumida do segurado, a qual pode ser declarada pela autoridade judicial competente depois de seis meses de sua ausência – art. 78 da Lei 8.213/91.

Além da ocorrência da morte, exige-se a existência de dependentes válidos no momento do óbito. Dentre vários dependentes válidos possíveis, definidos pela legislação, estão incluídos os cônjuges, os companheiros e as companheiras.

Para os três últimos dependentes citados, exige-se a comprovação de, pelo menos, 18 meses de contribuição³ antes do óbito, fato que não se confunde com carência⁴. Além disso, para ter o direito ao benefício reconhecido, é necessário que o óbito tenha ocorrido, no mínimo, dois anos depois do casamento ou da união estável.

Caso os dependentes mencionados acima não comprovem que o segurado tinha, na data do óbito, ao menos, 18 meses de contribuição ou o falecimento dele tenha acontecido antes de dois anos do casamento ou da união estável, o benefício é concedido por um período de apenas quatro meses.

³É a aplicação de uma determinada alíquota à remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observados os limites mínimo e máximo do salário de contribuição (SANTOS, 2020).

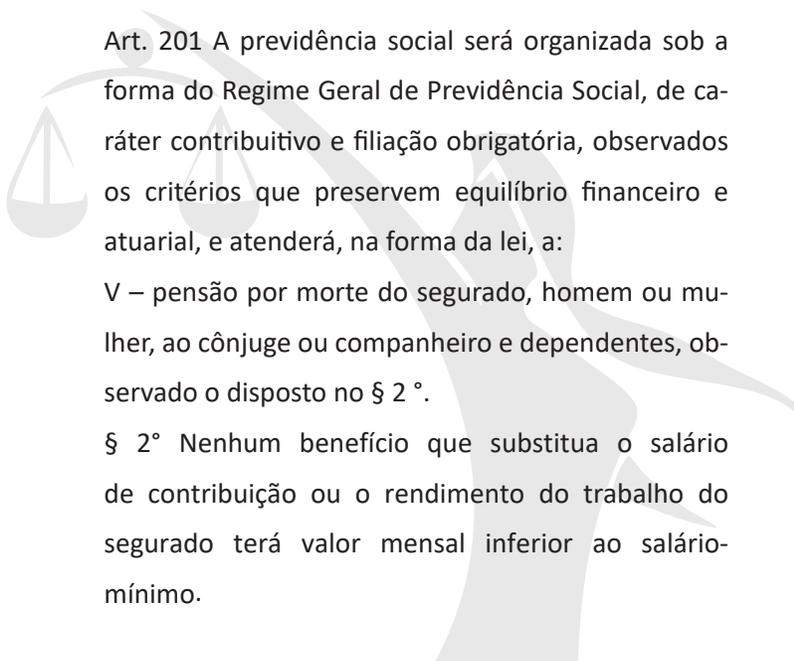
⁴É o número de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências (CASTRO; LAZZARI, 2020).



Essa exigência de 18 meses de contribuição do segurado e a cobrança de dois anos do casamento ou da união estável em relação ao óbito do segurado somente deixam de existir quando o motivo do falecimento do segurado decorre de acidente de qualquer natureza ou doença profissional ou do trabalho

3.2 Legislação vigente

A pensão por morte previdenciária no Brasil possui vasto arcabouço normativo. Como fonte primária e superior, pode-se mencionar a Carta Magna de 1988 que, em seu art. 201, inciso V, e § 2º, traz o embasamento da sua versão mais recente:



Art. 201 A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e filiação obrigatória, observados os critérios que preservem equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário-mínimo.

Diante do exposto, denota-se que, na Constituição Federal de 1988, a pensão por morte é colocada como espécie do gênero previdência social, a

qual está organizada sob a forma de Regime Geral de Previdência Social.

Com o objetivo de trazer mais informações ao regramento da previdência social, foram criados os Planos de Benefícios da Previdência Social, em 1991, por meio da Lei 8.213/91. Nela, em sua subseção VIII, da seção V e do capítulo II, apresentam-se as regras da pensão por morte.

Vale ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro exige que, além da regra ser explicitada em lei ordinária, que é caso da Lei nº 8.213/91, a matéria abordada seja regulamentada por meio de decreto.

Isso ocorre porque o decreto pode apresentar mais explicações sobre o tema da lei ordinária, de modo que não extrapole os seus limites. Nesse caso, o decreto que regulamenta a Previdência Social é o Decreto nº 3.048/99.

Por fim, a Instrução Normativa - IN é o mecanismo que detalha os pontos mencionados pelo decreto. Ela aborda mecanismos e, inclusive, procedimento de rotina que as normas citadas anteriormente não previram (BRASIL, 2012). No caso da Previdência Social, a Instrução Normativa em vigor é a IN 128 de 2022.

Vale sempre destacar que as normas com maior grau de detalhamento de informação são hierarquicamente inferiores às de menor grau de detalhamento. Vale dizer, adicionalmente, que essas normas hierarquicamente inferiores não podem extrapolar os limites estabelecidos nas normas superiores.

3.3 Decisão do STF

Em 18 de Dezembro de 2020, o plenário do Supremo Tribunal Federal – STF decidiu, em Recurso Extraordinário nº 1045273, por maioria de votos e com repercussão geral que (STF, 2020, s.p):



A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 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.

A partir dessa decisão, o colegiado do STF passou a entender que não é mais permitida a concessão de pensão por morte previdenciária para o concubino da pessoa falecida. Como a decisão tem repercussão geral, esse entendimento deve ser seguido pelos demais tribunais que tenham processos que versem sobre temas semelhantes.

No que se refere à repercussão geral do tema, o Ministro Ayres Brito, em 01/03/2012, também em decisão plenária, asseverou ementa no Agravo de Recurso Extraordinário nº 656.298 (STF, 2012, s.p): «Possuem repercussão geral as questões constitucionais alusivas à possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável homoafetiva e à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes.”

Com essa decisão de 2012, ficou definido que processos que tratassem de assuntos relacionados ao reconhecimento de união estável homoafetiva ou de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes passariam a ser de repercussão geral. Isso quer dizer que estes temas abrangem matéria constitucional com relevância social, política, econômica ou jurídica que transcende os interesses subjetivos da causa.

A partir daí, houve o advento do Tema 529, definido pelo Supremo Tribunal Federal como a possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitante, com o consequente rateio de pensão por morte (TJMG, 2021, s.p).

O caso abordado no Recurso Extraordinário nº1045273 trata da divisão de uma pensão por morte previdenciária entre o concubino e a viúva de um homem, morador do estado de Sergipe. Esse homem tinha uma união estável reconhecida judicialmente com a viúva e, concomitantemente, manteve uma relação homoafetiva com o concubino por doze anos (TJRJ, 2020, s.p).

O Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFam) e a Associação do Direito da Família e das Sucessões (ADFAS) participaram do processo como interessados na condição de *amicus curiae* (STF, 2020, s.p).

A ADFAS se posicionou de forma não favorável à divisão do benefício. Segundo a Associação, o concubinato não gera efeitos em família, sucessão ou previdência. Por outro lado, o IBDFam tem entendimento diferente, sendo, portanto, favorável ao rateamento do benefício entre as partes envolvidas.

Nesse Recurso Extraordinário em questão, o ministro Alexandre de Moraes foi definido como o relator da ação. Em seu voto, o relator menciona que o STF já havia enfrentado tema semelhante e vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, não fazendo distinção se as relações fossem homo ou heteroafetivas (STF, 2020, s.p).

Ele também destacou em seu voto que o ordenamento jurídico brasileiro possui ideais monogâmicos para o reconhecimento do casamento e da união estável, o que faz surgir deveres aos cônjuges exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial.

Baseado nesse argumento, ele pondera que a existência de uma declaração judicial de união estável impede o reconhecimento de uma nova união paralela a um dos companheiros no mesmo período.

Os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Nunes Marques e Luix Fux seguiram o relator em sua decisão. Em lado oposto, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Marco Aurélio Melo seguiram o ministro Edson Fachin que apresentou voto contrário ao do relator (STF, 2020, s.p).



Edson Fachin pontuou que seu voto aborda questão previdenciária, o que coloca luz no ponto que questiona se o ex-companheiro, ou eventual concubino, poderia receber uma fração da pensão por morte. Nesse prisma, o ministro ressaltou ser possível o reconhecimento dos efeitos previdenciários nos casos de uniões estáveis concomitantes, desde que estivesse presente o requisito da boa fé objetiva (TOLENTINO, 2021, s.p).

No caso concreto, Edson Fachin considerou em seu voto que a pensão por morte teria que ser dividida, visto que não ficou comprovado nos autos que os companheiros do falecido estavam de má-fé. Em seu raciocínio, isso quer dizer os companheiros do falecido ignoravam a simultaneidade das uniões estáveis, permitindo o reconhecimento da proteção jurídica em relação às consequências previdenciárias decorrentes.

Diante do exposto, é possível verificar que dois ministros foram os responsáveis por apresentar as principais teses de direcionamento do tema. O primeiro, Alexandre de Moraes, que era o relator, foi o que se votou contra a divisão da pensão por morte entre os envolvidos, por entender que a preexistência de uma união estável impede a constituição de outra.

Por outro lado, o segundo, o ministro Edson Fachin, se posicionou a favor da divisão da pensão por morte entre os envolvidos por entender que, no caso concreto, não era possível identificar nos autos má-fé por parte dos companheiros. Portanto, de acordo com esta tese, seria possível ratear a pensão por morte e reconhecer as duas uniões estáveis desde que preenchidos os requisitos da boa-fé objetiva.

No embate entre as duas teses, prevaleceu a do ministro relator, a qual foi ratificada pela maioria do plenário do STF, por uma margem de 6 votos a 5. Assim, foi decidido pela impossibilidade do reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas, o que impede a inclusão do concubino no rateio da pensão por morte.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar o direito do concubino em receber pensão por morte do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS sob a ótica do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O julgamento da Corte Maior do Judiciário brasileiro, que ocorreu em 18 de dezembro de 2020, versava sobre a possibilidade do rateio no recebimento do benefício citado, entre o concubino e a viúva *dode cuius*. No recurso extraordinário analisado também foi debatida a possibilidade do reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas.

Tema de suma importância diante da quantidade de processos que tratam desse assunto e apresentam divergências em suas decisões. Esses processos se encontram nas mais diversas instâncias do Poder Judiciário e estão espalhados pelos Tribunais de todo o país.

As divergências citadas geram um volume considerável de recursos do Poder Público e uma movimentação excessiva deste, visto que, até então, não havia decisão do plenário do STF balizando as demais resoluções sobre este tema.

No decorrer do trabalho, viu-se que as relações entre os conceitos de concubinato, de união estável e de casamento podem gerar consequências não somente para o Direito Civil, como também para o Direito Previdenciário. Institutos que apresentam, portanto, consequências distintas para cada uma das áreas citadas.

No andamento do estudo, verificou-se o embate de teses que, por um lado, avaliavam relações constituídas a partir de boa-fé objetiva, que poderiam gerar direitos previdenciários, mas não prevaleceram; e, por outro lado, verificavam preexistência de casamento ou união estável, o que impediria o reconhecimento do concubinato, tese esta que prevaleceu na decisão.



Esse embate buscou fundamentação na Constituição Federal de 1988, e seus princípios constitucionais, no Código Civil de 2002, na Lei de Benefícios da Previdência Social de 1991 (Lei 8.213/1991), em Súmulas do próprio STF e demais normas vigentes que abordam o tema.

Ao final, como resultado do julgamento, obteve-se 6 votos a 5 na Corte Suprema do Judiciário Brasileiro no sentido de não permitir o reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas, de modo que o concubino não pudesse ser incluído no rateio da pensão por morte previdenciária com a viúva.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, A. V. **Estatuto da Família de fato**: De acordo com o novo código civil, lei nº 10.406, de 10-01-2002. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23/mar/2022.

_____. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999**. Regulamento da Previdência Social de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19/mai/2022.

_____. **Instrução Normativa PRES/INSS nº 128, de 28 de março de 2022**. Instrução Normativa 128 de 2022. Disponível em: <http://www.in.gov.br>. Acesso em: 19/mai/2022.

_____. **Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991**. Planos de Benefícios da Previdência Social de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19/mai/2022.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20/mai/2022.

BRAUNER, M. C. C. **O Direito de Família: descobrindo novos caminhos.** São Leopoldo: Edição da Autora, 2001.

CASTRO, C. A. P.; LAZZARI, J. B. **Manual de Direito Previdenciário.** 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CAVALCANTI, A. E. L. W. **Casamento e União Estável: Requisitos e Efeitos Pessoais.** Barueri: Manole, 2004.

CHIAVENATO, J. J. **O Negro no Brasil: da senzala à abolição.** São Paulo: Editora Moderna, 1999.

DIAS, A. L. **A concubina e o direito brasileiro.** São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

DIAS, B. **Manual de Direito das Famílias.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Direito das Famílias.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

FREYRE, G. **Casa Grande e Senzala.** 50. ed. São Paulo: Global Editora, 2005.

LEITE, E. O. **Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento.**



Curitiba: Juruá, 1991.

MADALENO, R. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MIRANDA, J. G. **Direito da Seguridade Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PORTUGAL, A. R. **Lei do Marquês de Pombal**. 04/abr/1755. Disponível em: <http://www.jus.com.br/artigos>. Acesso em: 20/mai/2022.

RIZZARDO, A. **Direito de Família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

_____. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, M. F. **Direito Previdenciário Esquemático**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SENADO Federal. Congresso 17/fev/2012. **Manual de Padronização de Atos Administrativos Normativos de 2012**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br>. Acesso em: 19/mai/2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF, 18/12/2020. **Julgamento de Recurso Extraordinário nº 1045273**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://stf.jus.br>. Acesso em: 23/mai/2022.

_____. **STF – repercussão geral no recurso extraordinário com agravo: RG**

ARE 656298 SE – Sergipe – Inteiro Teor. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 05/jun/2022.

_____. Poder 360, 11/12/2020. **Plenário Virtual – Minuta de Voto – 11/12/2020**. Voto do Relator Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://static.poder360.com.br>. Acesso em: 05/jun/2022.

TOLENTINO, A. L. P. **STF decide que é ilegítimo o reconhecimento simultâneo de duas uniões. 18/01/2021**. Disponível em: <https://migalhas.com.br>. Acesso em: 05/jun/2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS - TJMG, 09/04/2021. **Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável de relação homoafetiva concomitante, com o consequente rateio de pensão por morte (Tema 529 - STF)**. Disponível em: <https://tjmg.jus.br>. Acesso em: 05/jun/2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO - TJRJ, 22/12/12020. **STF rejeita reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas**. Disponível em: <https://tjrj.jus.br>. Acesso em: 05/jun/2022.

VELOSO, Z. **Comentário à lei de Introdução ao Código Civil**. Belém: Unama, 2005.

WALD, A. **O Novo Direito da Família**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.



ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Karen Ortiz de Oliveira¹
Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi²

RESUMO

O presente trabalho aborda questões sobre a Responsabilidade Civil quando ocorre erro médico. Objetiva-se com o presente estudo demonstrar as obrigações e deveres que os médicos têm em relação a sua atuação na relação médico-paciente, já que se tratando de um profissional liberal também responde pela relação consumerista. Será inicialmente abordado a historicidade e os institutos que caracterizam a Responsabilidade Civil. Posteriormente, será explanado como os Tribunais vêm decidindo referente a Responsabilização Civil nos casos concretos de erro médico e o aspecto da responsabilidade médica sobre a pandemia Covid-19. O presente artigo é de extrema importância aos operadores do direito, à classe médica e sociedade em geral, pois, busca-se demonstrar com ele os direitos que o paciente possui para a Responsabilização Civil frente ao erro médico sendo eles consubstanciados no princípio da dignidade humana sendo este fundamento da República Federativa do Brasil elencados no artigo 1º inciso III da Constituição Federal de 1988.

Palavras – chave: Erro Médico. Responsabilidade Civil. Relação Consumerista. COVID-19.

¹Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

²Professora Mestre do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST. Doutoranda pela UNIJUÍ/RS.

ABSTRACT

The present work addresses questions about civil liability when medical errors occur. The objective of this study is to demonstrate the obligations and duties that doctors have in relation to their performance in the doctor-patient relationship, since in the case of a liberal professional he is also responsible for the consumerist relationship. The historicity and institutes that characterize civil liability will be initially addressed. Subsequently, it will be explained how the Courts have been deciding on civil liability in specific cases of medical error and the aspect of medical responsibility for the Covid-19 pandemic. This article is of extreme importance to operators of the right to the medical profession and society in general, as it seeks to demonstrate with it the rights that the patient has for civil liability in the face of medical error, which are embodied in the principle of human dignity. being this foundation of the Federative Republic of Brazil listed in article 1, item III of the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Medical error. Civil responsibility. Consumerist relationship. Covid-19 pandemic.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo apresenta como tema o ERRO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE CIVIL dos médicos quando praticado um ato que cause danos ao seu paciente em decorrência do seu exercício profissional. É com a pandemia do Covid-19 que o tema tem um enfoque maior no tocante a atuação dos médicos e consequentemente a responsabilização civil sobre os erros causados



pelos mesmos. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

A relevância do referido assunto se justifica pelo fato de que o exercício da Medicina é de extrema importância para a manutenção da vida humana como um todo e de que a relação médico-paciente por muitos anos sempre foi baseada na confiança não sendo levantados questionamentos quanto ao tipo de tratamento, procedimentos e medicamentos que eram apresentados pelo médico ao seu paciente, logo, com a evolução da sociedade tivemos uma mudança de perspectiva em relação à figura do médico.

Surge a problemática do presente artigo. Qual a responsabilidade do médico dentro da relação médico-paciente? Pode o médico ser responsabilizado pela sua atuação dentro do *codex consumerista*?

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral observar e averiguar se há um avanço na interpretação e aplicação do direito no tocante à responsabilidade cível em torno da área médica. É cediço que nós estamos em constante evolução em todas as áreas do conhecimento, contudo o erro mesmo sendo algo intrínseco de nós seres humanos quando acontece pela atuação do médico caberá ao paciente o direito de ser reparado, indenizado civilmente.

Com a mudança de visão em relação à atuação médica, os pacientes passam a ter consciência sobre os seus direitos, percebem que a Medicina é fundamental no aperfeiçoamento e manutenção da vida. O direito à vida é o bem jurídico mais precioso dentro do ordenamento jurídico e está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana presente no artigo 1º inciso III da Constituição Federal. Com essa mudança de paradigmas, ao passo que a Medicina e a sociedade evoluem, o Direito tem que se amoldar às novas situações jurídicas que são criadas.

Como objetivos específicos examinará a evolução histórica da Responsabilidade Civil médica e os seus pressupostos. Além disso, será analisado o Código de Ética Médico e o Código do consumidor frente ao erro médico.

Será inicialmente abordado a historicidade e os institutos que caracterizam a Responsabilidade Civil. Posteriormente será explanado como os Tribunais vem decidindo referente à responsabilização civil nos casos concretos de erro médico e será analisada como se dá a responsabilização dos médicos no atual cenário de pandemia do Covid-19.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Inicialmente a Medicina era atrelada ao divino, isso devido à falta de estudos sobre as áreas da anatomia e fisiologia dos seres humanos, assim, quando a cura acontecia era entendida como um dom divinal. Os médicos eram sacerdotes e as pessoas naquela época não ousavam realizar quaisquer questionamentos sobre sua atuação. Se o resultado fosse adverso ao da cura o ato não era penalizado, pois, entendia-se que se cumpriu a vontade de Deus (DANTAS, 2013).

Até o começo do Século XVI não eram levantados questionamentos quanto à Responsabilidade Cível em relação ao dano causado pelo insucesso da atividade do médico. É a partir dessa época que se passou a discutir a necessidade de obtenção de respostas frente ao erro médico. O Código de Hamurabi por volta do ano 1750 a.C. surge e passa a ser o primeiro documento a tratar sobre a reparação de danos essencialmente na área. Vejamos conforme Kfoury Neto (2001, p.38):

O primeiro documento histórico que trata do problema do erro médico é o Código de Hamurabi (1790-



1770 a.C.), que também contém interessantes normas a respeito da profissão médica em geral. Basta dizer que alguns artigos dessa lei (215 e ss.) estabeleciam, para as operações difíceis, uma compensação pela empreitada, que cabia ao médico. Paralelamente, em artigos sucessivos, impunha-se ao cirurgião a máxima atenção e perícia no exercício da profissão; em caso contrário, desencadeavam-se severas penas que iam até a amputação da mão do médico imperito (ou desafortunado). Tais sanções eram aplicadas quando ocorria morte ou lesão ao paciente, por imperícia ou má prática, sendo previsto o ressarcimento do dano quando fosse mal curado um escravo ou animal.

Assim, o médico que causasse dano ao paciente era punido pela Lei de Talião sendo ela consubstanciada nos mandamentos trazidos na Lei de Moisés, as penalidades que eram imputadas ao médico eram extremamente rigorosas. A Lex Aquilia (287 a.C.) trouxe as primeiras noções de Responsabilidade Civil, prevendo penas pecuniárias para os danos causados pelos médicos. Atribuiu-se por longa data a culpa médica às intercorrências da arte de curar e à evolução da doença (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2015).

A Medicina passa a ter uma importante mudança com os estudos trazidos pelo conhecido Hipócrates sendo ele apontado como o pai da área médica que com seus estudos transformou a Medicina em uma ciência. Ele inova trazendo para a Medicina a racionalidade deixando de pautar-se na correlação com o divino, além de trazer a ética no seu exercício criando um juramento que é realizado até os dias de hoje pelos formandos. Surge então as primeiras

universidades, e é no século VIII que foi tratado sobre os erros causados pelos médicos aos seus pacientes pelos institutos da negligência, imprudência e imperícia (PEREIRA, 2013).

Na França, em 1829 foi proclamada pela Academia de Medicina de Paris a responsabilidade ética e moral dos médicos, bem como houve um caso de grande repercussão nesta época, no qual um médico, para realização de um parto, achou necessário amputar os dois membros superiores do nascituro, a partir dos quais se obteve grandes mudanças na doutrina e na jurisprudência relacionadas à responsabilidade médica, uma vez que essa, ficou definida e separada em responsabilidade ética, civil e penal (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2015).

Com a criação das Nações Unidas e a adoção dos princípios da Carta da ONU, surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, após a Segunda Guerra Mundial, momento em que tivemos a normatização em relação à dignidade da pessoa humana, sendo ela um instrumento internacional e universal aos países para fazer valer a preservação do ser humano (MBAYA, 1997). O direito à Vida passa a ser o bem jurídico de maior relevância sob os demais bens jurídicos e conseqüentemente o direito à saúde ganha extrema importância vez que está intimamente ligada às condições mínimas de existência do ser humano.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS PRESSUPOSTOS

A Responsabilidade Civil tem o dever de indenizar sempre que forem praticados atos que gerem danos a alguém. O direito de indenizar surge quando a conduta humana praticada gera como consequência danos a outrem. A Responsabilidade Civil tem três pressupostos que estão interligados, sendo: conduta, nexa causal e o dano. De modo geral a responsabilidade civil vai ter



um caráter patrimonial podendo ter obrigações de fazer, dar e não fazer. A Responsabilidade pode ser conceituada como Silva (2010, p.642):

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.

Sabe-se que para toda ação há uma reação, é isto que ocorre na Responsabilidade Civil, quando uma pessoa assume obrigações, como por exemplo, entregar alguma coisa, fazer ou não fazer algo. Ela assume um dever e para que se reste extinguindo a obrigação a qual se dispôs a cumprir deve satisfazê-la. Caso deixe de adimplir à sua obrigação terá as consequências que vêm embutidas a depender de cada caso.

Toda ocorrência na vivência humana que possui relevância jurídica serão considerados fatos jurídicos, ou seja, vão possuir valor e impacto no âmbito do direito. Eles se dividem em fatos naturais ou voluntários. Os naturais são aqueles correlatos à vida humana, como por exemplo: nascimento e falecimento. Já os voluntários são praticados pela vontade humana podendo ser ele lícito ou ilícito. Eles nascem do animus manifestado do homem, assim quando praticado um ato pela vontade humana sendo este um fato jurídico e que impacta

a vida de outrem gerando danos terá como consequência o dever de indenizar conforme dispõe os artigos 186 e 927 do Código Civil 2002.

A Responsabilidade Civil possui três pressupostos sendo eles: a conduta humana, dano e o nexo de causalidade conforme já aludido, é preciso compreender cada um deles para entender a sua incidência bem como a sua relevância no tocante a responsabilização. A conduta humana vai se caracterizar pela prática do ato danoso pode ser tanto pela ação do indivíduo quando ele age/faz quanto a sua omissão quando ele deixa de fazê-lo. Nessa perspectiva Dal Col (2005, p.54):

A conduta positiva, de caráter comissivo, diz respeito às ações humanas violadoras de preceitos que ditam um comportamento de abstenção. Descumprido o preceito pelo agente, pode ocorrer o dano, que repercutirá na esfera dos direitos da vítima. [...] Já a conduta omissiva evidencia um não agir, um deixar de fazer, quando a lei impunha ao agente um dever de agir positivamente, de adotar uma atitude de cometimento do ato. [...] O que se pune é sua inércia.

Em outras palavras, quando ocorre a omissão ela não estabelece o dano de forma direta, contudo possibilita a sua materialização porque ele deveria ter agido e assim não o fez. Deste modo, não fazendo nada para evitar aquele resultado, tendo o dever de fazer, e na sua inércia não o faz, eis que surge a Responsabilidade Civil por omissão.

Nesse íterim precisamos entender do que se trata o dano, pois, é ele



que vai gerar repercussões no âmbito dos direitos da vítima. Desta maneira, Cavalieri (2005, p.95-96) demonstra que o dano pode ser entendido como:

[...] Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Portanto, o dano é a lesão gerada a outrem por intermédio de uma conduta humana que cause prejuízos a mesma. Só vai surgir a Responsabilidade Civil se ocorrer dano efetivo, se não há dano não existe a Responsabilidade Civil, vez que um pressuposto depende do outro e é essa correlação, essa conexão, entre conduta humana e o dano é que surge o pressuposto do nexo de causalidade.

O nexo causal é “[...] elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano.” (CAVALIERI, 2012, p.67). Logo, compreende-se que é o vínculo entre a conduta do agente e o dano gerado. Logo, o nexo de causalidade ou nexo causal que constitui o elemento imaterial ou virtual da Responsabilidade Civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém (TARTUCE, 2015). É com a trilogia entre conduta humana, dano e o nexo de causalidade que nasce o dever de reparar.

A Responsabilidade Civil ainda se divide em duas modalidades: a Responsabilidade Objetiva e a Responsabilidade Subjetiva. Que são analisadas sob o prisma da conduta voluntária do homem, quando ele age de forma desejada, ou ainda, quando age de forma culposa.

No tocante a modalidade de Responsabilidade Subjetiva, é analisada se há a presença dos componentes da culpa ou do dolo no ato praticado que gerou danos. Quando há dolo é caracterizado pela ação intencional do agente, ele quis agir para gerar o dano. Por outro lado, a culpa é quando o agente age com imperícia, negligência e imprudência, ele não pratica o ato com intenção de gerar o dano, mas acaba assumindo o risco de produzi-lo ainda que de forma inconsciente.

Nesse sentido, a imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela (DINIZ, 2001).

Assim entende-se que a imperícia é quando falta a técnica necessária que é exigida do profissional para praticar ou deixar de praticar a conduta. A negligência é quando deixa de fazer o que deveria ser feito por descaso, indiferença do agente. Sobre a imprudência, o agente deixa de agir com cautela, atenção e cuidado que deveria ter. Para que seja caracterizada a Responsabilidade Civil Subjetiva é necessário a existência destes componentes na conduta praticada pelo causador do dano e devendo ser devidamente comprovados os institutos para que ocorra o dever de indenização. Em contrapartida, na modalidade Objetiva, não há necessidade da comprovação da culpa do agente para imputar-lhe a devida Responsabilidade Civil. O art. 927, parágrafo único do Código Civil (BRASIL, 2002) nos coloca que nesta modalidade ela fica condicionada a presença do nexo de causalidade. Ela se caracteriza quando presente



os requisitos de conduta do agente, seja uma ação ou omissão, o dano e o nexo causal, porém, não é analisado se o agente agiu de forma intencional ou não para a produção do resultado danoso.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA AO MÉDICO

Os médicos são os profissionais que cuidam da manutenção da vida humana, é através do exercício da Medicina que eles prestam assistência a todas as pessoas e se fazem presentes em todas as fases da vida humana, desde a concepção até o momento da nossa morte. E em algum momento ao longo da nossa vida iremos precisar de seus serviços, seja por motivos de necessidade, por relação de confiança ou de indicação. Ao estabelecer contato com o médico o paciente assume o papel de consumidor, e em contrapartida, o médico é o fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) em seu artigo 2º estabelece que o consumidor é “Toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” E trata sobre o fornecedor em seu artigo 3º definindo o fornecedor como:

Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.” (BRASIL, 1990, s.p)

Assim é notável que o paciente assume o papel de destinatário final conforme nos traz a Lei, e o médico passa a ser o prestador de serviços, assim a relação de médico-paciente estabelecida por eles passam a serem enquadrados nos moldes trazidos pelos artigos da Lei do Consumidor. Deste modo, a relação estabelecida por ambos passa a ser regida e segue os ditames da Lei Consumerista, tendo caráter de vínculo contratual e baseado nos direitos obrigacionais.

No tocante à Responsabilidade Civil dos fornecedores de serviços, de acordo com artigo 14º do Codex Consumerista, é estipulada como a Responsabilidade Civil objetiva não importando assim a intenção do agente, se ele agiu com culpa. (BRASIL,2002). Contudo, no aspecto da responsabilização civil do médico será aplicada a Responsabilidade Civil Subjetiva com fundamento no artigo 14º parágrafo 4º do mesmo códex que abre uma exceção aos profissionais liberais, estabelecendo que antes de serem imputados a eles o dever de indenizar será averiguado a culpa dos mesmos (BRASIL,2002).

A Responsabilidade Subjetiva é compreendida como trata Gonçalves (2007, p.22):

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova de culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

É importante ressaltar que a responsabilização civil subjetiva é referente a obrigação de meio, esta obrigação consiste na responsabilidade



do médico sobre os meios que ele emprega perante seu paciente. Nessas condições, ele é totalmente responsável pela sua técnica médica que decide aplicar naquele quadro clínico, que irá tratar assim os meios escolhidos por ele deve ser cuidadoso, coerente e prudente, devendo ser executados da melhor forma possível. Conforme Sebastião (2003, p.52) observa-se:

Sem dúvida que o exercício da Medicina envolve, como regra geral, contrato de meios. Mas [...] por contrato de meios, em Medicina, há de se compreender o dever de empenho técnico adequado e satisfatório por parte do médico, tal como expresso, dentre outros, nos artigos 2º, 5º, 14, 27 e 57 do Código de Ética Médica. Quando o empenho não é adequado tecnicamente, o paciente recebe menos do que devia. A questão é muito simples: quem procura médico não o faz para receber o melhor desse profissional, mas sim, para receber o melhor da Medicina. Quando o médico deixa de aplicar ao paciente o melhor da Ciência Médica (por desídia profissional ou por omissão no acompanhamento da evolução da Ciência), estará prestando serviços de qualidade inferior, deixando de dar ao paciente o melhor. Com isso poderá retardar a sua cura, quando, por exemplo, não diagnostica corretamente a doença em tempo oportuno, decorrendo, por isso, o agravamento ou consolidação de situação crônica.

Todavia, a obrigação médica pode também ser tratada como obrigação de resultado quando se tratar de cirurgias estéticas, casos de tratamentos odontológicos, caso dos exames radiológicos e no caso de quando há transfusão de sangue (SILVA, 2008). A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que nestes casos há a Responsabilidade Objetiva e não a aplicação da Responsabilidade Subjetiva conforme já foi exposto.

As obrigações de meio e as de resultado são na visão de Lima (2012, p.35):

Em relação a sua natureza, objeto ou conteúdo as obrigações classificam-se em de meio e de resultado. Havendo o compromisso de alcançar determinado resultado, estamos frente a uma obrigação de resultado. Se o compromisso for apenas o de envidar esforços para determinado resultado, porém sem a obrigação de consegui-lo, teremos a obrigação de meio.

Assim, o efeito prático da diferenciação das obrigações de meio e as obrigações de resultado são primordiais para saber qual modalidade de Responsabilidade Civil será aplicada, isto claro, dependendo do caso concreto e sendo analisado o contrato de prestação de serviços pactuado entre o médico e seu paciente.

Sendo ela reputada como obrigação de resultado, o médico terá que demonstrar as excludentes de responsabilidade sobre seu ato danoso, pois há contra ele a culpa presumida, já ao paciente, se faz necessário apenas comprovar a relação contratual. O ônus de fazer prova cabe ao médico, enquanto ao



paciente bastará evidenciar o vínculo obrigacional, isto porque nestes casos, será aplicado a Responsabilidade Objetiva. Entretanto, nas obrigações de meio é o reverso, neste caso, cabe ao paciente provar que o médico agiu com desídia, desatento, que atuou de forma imprudente e sem perícia sendo aplicável a Responsabilidade Subjetiva.

Além disso, o Código de Ética Médica no seu Capítulo III discorre sobre a responsabilidade do profissional. No artigo 4º dispõe que: “É vedado ao médico: isentar-se de responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que este tenha sido solicitado ou consentido pelo paciente ou seu responsável legal.” (BRASIL, 2009, s.p). Observa-se que pelo próprio Código de conduta dos médicos buscou atrelar ao médico uma obrigação de responsabilização não podendo ele escusar-se das consequências da relação médico-paciente ainda que haja consentimento do paciente.

Já no Capítulo XIV das disposições gerais, em seu inciso II diz respeito às possíveis penas aplicáveis aos profissionais da Medicina quando infringem o Código cometendo faltas graves estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina. Vejamos:

[...]

II - Os médicos que cometerem faltas graves previstas neste Código e cuja continuidade do exercício profissional constitua risco de danos irreparáveis ao paciente ou à sociedade poderão ter o exercício profissional suspenso mediante procedimento administrativo específico. (BRASIL, 2009, s.p).

As sanções que tratam o Código de ética médica dizem respeito ao tocante à esfera administrativa, podendo o seu exercício profissional sofrer sanções a depender da gravidade de cada caso concreto, sendo até mesmo impedido de atuar. Contudo, mesmo que a responsabilização civil do médico perante a esfera cível seja tratada nos artigos 186 a 188 do Código Civil de 2022 no título dos atos ilícitos, não devemos equivocarmo-nos e atrelar a prática de uma conduta criminosa. Nos casos em que trata o Código Civil, é de natureza contratual e não criminosa, não obstante, em caráter excepcional poderá ocorrer a conduta delituosa que o médico será punido na esfera penal pela prática do ato ilícito que vier a praticar.

O Código Civil em seu artigo 951 nos remete a indenização dos casos previstos nos artigos 948, 949 e 950 do mesmo Código que estão atrelados ao exercício da profissão, imputando aos profissionais o dever de indenizar quando estes vierem a praticar conduta danosa com os pressupostos da culpa (negligência, imprudência e imperícia) quando do seu exercício profissional resultar a morte, agravar-lhe mal, causar-lhe lesão ou ainda deixá-lo inapto para o trabalho. O paciente que teve dano causado pelo médico terá o direito de buscar a reparação civil observando o prazo prescricional de três anos de acordo com artigo 206 parágrafo 3º inciso V do Código Civil.

5 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NO BRASIL

Quando estamos diante de um caso em que se tem a Responsabilidade Subjetiva do profissional da Medicina, ou seja, quando o paciente tem que comprovar a conduta culposa do médico evidenciando que o mesmo agiu de maneira lesiva é que surgem os obstáculos. Há muitos impasses para a produção de provas para demonstrar a culpa, isso devido a relação estabelecida entre o médico e o paciente ser embasado pela confidencialidade.



Os tribunais, nesse sentido, têm sedimentado o entendimento de que nessas situações de Responsabilidade Subjetiva o médico terá que explicar o evento que causou danos ao paciente, sendo realizado a aplicação da inversão do ônus da prova o que dispõe o artigo 6º inciso VIII da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). É o que se posiciona o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RELAÇÃO DE CONSUMO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - ERRO MÉDICO - HIPOSSUFICIÊNCIA EVIDENCIADA - POSSIBILIDADE. - Verificada adificuldade ou impossibilidade do consumidor em demonstrar, pelos meios ordinários, a prova do fato que pretende produzir, deve o ônus da prova ser invertido - Versando a controvérsia sobre os serviços médicos prestados, não detém o consumidor conhecimento técnico para saber com exatidão os procedimentos médicos realizados - Fichas de registros de atendimentos ambulatoriais ou nosocomiais, registros de queixas de pacientes, resultados de exames clínicos, receituário médico e alhures são tipicamente arquivos que permanecem, exclusivamente, com o facultativo. Não dispõe o paciente dos detalhes que somente o seu médico guarda, em razão do sigilo profissional, como também em razão do dever de guarda do histórico de qualquer pessoa atendida. (TJ-MG - AI: 10105100250205001 Governador Valadares, Relator: José Antônio Braga, Data de Julgamento:

25/10/2011, Câmaras Cíveis Isoladas / 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/11/2011)

No tocante aos casos em que se baseiam nas obrigações que o médico assume o compromisso para com seu paciente de realizar um determinado fim, ou seja, ele promete um resultado final que é desejado por seu paciente, o médico assume o risco. É o que ocorre no caso dos médicos que realizam cirurgias plásticas. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre o tema é o que pode se observar por intermédio do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 678.485/DF:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO ESTÉTICO COMPROVADO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte entende que “A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta” (REsp 1.395.254/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe de 29/11/2013) 2. No caso, o eg. Tribunal de origem, além de afastar a existência de qualquer excludente de responsabilidade, entendeu que o dano estético ficou devidamente comprovado nos autos. [...] (AgRg no AREsp 678.485/DF, Rel. Mi-



nistro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 11/12/2015)

Assim, nota-se que vem sendo gerado precedentes no entendimento de que as cirurgias com a finalidade exclusiva ligada à estética são consideradas como obrigações de resultado. Nesse íterim, tivemos o entendimento firmado no Recurso Especial 1395254/SC onde o egrégio tribunal decidiu sobre a aplicação da inversão do ônus da prova, pacificando o entendimento sobre as obrigações de resultado. Vejamos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14, CAPUT E § 4º, DO CDC.[...] 2. Controvérsia acerca da responsabilidade do médico na cirurgia estética e da possibilidade de inversão do ônus da prova. 3. A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. 4. Nessas hipóteses, há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova. 5. O uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cum-

primento de sua obrigação.[...] (REsp 1395254/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 29/11/2013)

Logo, nesse sentido as cirurgias estéticas são divididas em duas espécies: a reparadora e a voltada a cosmetologia, que é a de cunho estético. A cirurgia reparadora é justamente nos casos em que o paciente busca a correção de uma deformidade que já existe decorrente de outras circunstâncias que impactam na sua qualidade de vida. Nestes casos, o médico por mais especializado, prudente e competente que seja, não há como dar garantias ao paciente de que ele atingirá o resultado almejado pelo paciente, perfazendo-se aqui a obrigação de meio.

Por outro lado, na cirurgia estética o paciente visa realizar correções em partes de seu corpo que não lhe agradam. Não há redução de saúde, está ligada diretamente a autoestima do paciente. É nestes casos em que o médico assume o risco, pois aqui há um resultado esperado, sendo imputado a ele a culpa presumida, respondendo objetivamente em caso de danos ao paciente.

No que diz respeito à Responsabilidade Civil referente aos erros médicos praticados em hospitais, que embora sejam privados, mas custeados pelo SUS respondem de maneira objetiva, não sendo aplicado nesse caso o Código de Defesa do Consumidor é seguido as regras da responsabilidade aplicada ao Estado empregada também a prescrição estabelecida pela Lei 9.494/1997 em seu artigo 1º. Conforme entendimento recentemente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.771.169 SC 2018/0258615-4.



6 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E PANDEMIA COVID-19

A pandemia do Covid-19 trouxe inúmeras situações em que a sociedade como um todo, nas suas mais variadas áreas, teve de buscar meios de se amoldar ao atual cenário especialmente na área da saúde. Com o novo cenário imposto, a Responsabilidade Civil também teve que se adequar com a nova realidade dos hospitais e dos profissionais da saúde devido às medidas que vieram a ser tomadas na tentativa de enfrentar o Coronavírus. É cediço que o médico frente a situações extremas de urgência e em situações atípicas se vê forçado a realizar medidas que não fazem jus à sua vontade, mas pelo contexto, dentre as alternativas que lhe restam.

A presente pandemia do Covid-19 compeliu nossos médicos a passarem por situações de difíceis escolhas, nos casos mais extremos, de escolher qual vida salvar. Hospitais lotados com déficit de UTIs para todos, tendo eles que escolher qual tratamento aplicar e quais medicamentos usar. A situação tornou-se caótica e os médicos atuavam com as ferramentas que tinham fazendo o possível dentro do que podiam, nesse cenário, no auge da pandemia (LEVADA, 2020).

O médico precisou ter autonomia para agir na cura dos enfermos. Em relação à responsabilidade dentro da Medicina, os médicos se responsabilizam pelo meio, ou seja não pelo resultado cura, em caso de responsabilização, o paciente precisa provar que a obrigação do médico é de resultado, geralmente o de resultado é em caso de cirurgias plásticas e etc., no que tange a responsabilidade em relação à pandemia e ao Covid-19, temos a situação de que o médico não é obrigado a curar as pessoas, mas precisa tentar agir de todas as formas possíveis para salvar estas pessoas (LEVADA, 2020).

No âmbito da Responsabilidade Civil aplicada ao cenário de pandemia, é tudo muito incerto, não se pode, por enquanto, presumir ou mensurar as possíveis consequências que a pandemia causou. O que se sabe é que os médicos precisaram agir frente a esse novo acontecimento. Então frente ao caos que a Covid-19 tem causado, poderá haver efeitos e consequências que implicarão diretamente na Responsabilidade Civil, visto que a situação é ampla e complexa, e com toda certeza, poderá ocorrer problemas com a responsabilidade do médico, e não somente, mas também dos hospitais e fabricantes de medicamentos (WESENDONCK, 2020).

Ainda nesse sentido em relação à Responsabilidade Civil de hospitais, é possível caracterizar sim, mas deve-se levar em consideração de que em hospitais o Covid-19 circula com maior atividade no ar, se ficar comprovado que a pessoa contraiu a doença por meio de negligência, ou imperícia, pode ser que resulte em responsabilidade. Sobre a Responsabilidade por danos causados pelo uso de medicamentos e vacinas no combate ao covid-19, bom, devido ao momento ser extraordinário e excepcional, mediante uma doença nova, que exige rapidez dos fabricantes de medicamentos, pode-se enquadrar em força maior, em excepcionalidade (WESENDONCK, 2015).

Entretanto, a pandemia escancarou os maiores problemas na área da saúde no país, demonstrando que é preciso reconhecer que a classe médica buscou fazer o que estava dentro do seu alcance para salvar o máximo possível de vidas em meio à carência de recursos dos hospitais públicos, ao lado de incertezas na área científica em torno da nova doença que o mundo não estava preparado, travando uma luta diária e árdua dia após dia e de maneira incansável em prol da busca pela cura e a manutenção da vida humana em uma completa doação pelo prol maior.



7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho buscou-se demonstrar a Responsabilidade Civil aplicável à classe médica, decorrente de eventuais danos que possam causar a seus pacientes nas mais variadas situações. O médico, sendo profissional liberal e exercendo uma função de extrema importância na sociedade, atuando diretamente na manutenção e na conseqüente melhoria da condição da vida humana deve ter autonomia no exercício de sua profissão.

Todavia, quando ele detém essa liberdade no desempenho de suas funções para buscar a cura ao seu paciente que está aos seus cuidados, ele deve sempre atuar na escolha de um tratamento eficaz, prudente e agindo sempre com perícia para que ele não cause danos ao paciente, gerando assim a Responsabilidade Civil do mesmo, devendo ele arcar com as conseqüências de suas escolhas. A sua autonomia tem um preço que está intimamente atrelado à esfera jurídica e também na esfera da ética.

Cumprе ressaltar que a Responsabilidade dos profissionais liberais dos médicos dentro da relação consumerista tem sido aplicada a Responsabilidade Subjetiva, contudo, havendo exceções à regra, possuindo jurisprudência majoritária no sentido de que no caso do cirurgião plástico, das cirurgias reparadoras, de cunho estritamente estético, aplicar-se-á a Responsabilidade Objetiva. Atualmente as vítimas vivem uma realidade diferente, já que os juizes têm aplicado o instituto da inversão do ônus da prova, entendendo eles que os médicos é quem devem fazer a prova e não o paciente, pois, possuem melhores condições na produção das provas, segundo o entendimento dos magistrados. Isso traz efetividade ao princípio constitucional do acesso à justiça às vítimas, que, ainda de maneira tímida, recorre-se ao poder judiciário buscando uma equiparação ao dano que sofreu, mesmo que tido como irreparável.

É sabido que o erro faz parte da vida humana, ora, o médico é um ser humano e é suscetível de erro como qualquer outra pessoa. Atualmente, passamos uma situação nova que irá ficar marcado na história devido à pandemia do Covid-19 e é justamente por meio dela que entendemos a importância da sociedade buscar refletir sobre a atual atuação dos médicos, mais do que nunca, estamos dependentes de uma atuação comprometida desta classe tão importante que mesmo sabendo que ninguém está livre de cometer erros, o médico deve acima de tudo, comprometer-se em zelar pela vida acima de tudo, fazendo jus ao seu juramento.

É dever da sociedade cobrar da classe médica atuação ética correta e comprometida, pois, eles cuidam do bem jurídico mais precioso em nosso ordenamento jurídico, o direito à vida. Uma vida não pode ser valorada, não há como mensurá-la. Entretanto, ocorrendo erro médico afetando a vida do paciente que confiou ao médico os cuidados devidos, é dever do Estado e um direito de cada indivíduo que o médico seja responsabilizado. Isto é, quando praticam atos que transcendem a esfera da ética e reverberam no mundo dos atos ilícitos por questão de ordem, justiça e segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Leis e Decretos. **Lei nº 8.078, De 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10/mar/2022.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20/mar/2022.



CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAMONE, M. A. O dano na responsabilidade civil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1805, 10 jun. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em: 20/mar/2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM 1931, de 17 de setembro de 2009. Código de Ética Médica**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br>. Acesso em: 25/mar/2022.

DAL COL, H. M. **Responsabilidade civil do empregador**: acidentes do trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DANTAS, E. V. S. Aspectos históricos da responsabilidade civil médica. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 107, 18 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em: 19 mar. 2022.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

ETIENNE, R. M. **Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas**. Disponível em: <https://www.scielo.br>. Acesso em: 09/mar/2022.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R., **Novo Curso de Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEVADA, F. A. M. A responsabilidade civil do médico durante a pandemia. **Revista Consultor Jurídico**, 30 de abril de 2020. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 10/abr/2022.

LIMA, F. G. C. **Erro Médico e Responsabilidade Civil**. Distrito Federal: Gráfica e Editora Ideal Ltda, 2012.

PEREIRA, M.H.R. **Estudos de História da Cultura Clássica**. Lisboa, F. C. Gulbenkian, 2013.

SANTOS, I. L. A responsabilidade civil do cirurgião plástico nas cirurgias estéticas. **Revista Jus Navigandi**. Disponível em:<<https://jus.com.br>>. Acesso em: 11/abr/2022.

SEBASTIÃO, J. **Responsabilidade médica: civil, criminal e ética**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, T. P. **Responsabilidade Civil do Médico**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.

SILVA, L. C. **Responsabilidade Civil: teoria e prática das ações**. 4. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (Quarta Turma). **Agravo Regimental no Agra-**



vo Em Recurso Especial. AgRgno AREsp 678.485 / DF. Agravante: S M X. Agravado: F V S L. Relator: Ministro Raul Araújo. 19 de novembro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em: 29/mai/2022.

_____. (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1771169 SC2018/0258615-4.** Relator: Min. Nancy Andrighi, 26 de maio de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 22/mai/2022.

_____. (Terceira Turma). **Recurso Especial. REsp 1.395.254/SC.** Recorrente: Rafael Rezende de Gouveia. Recorrido: Andréa Josefa Da Silva. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 15 de outubro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso em: 29/mai/2022.

TARTUCE, F. **Direito Civil:** direito das obrigações e responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS.**AI: 10105100250205001 Governador Valadares,** Relator: José Antônio Braga, Data de Julgamento: 25/10/2011, Câmaras Cíveis Isoladas / 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/11/2011.

O DIREITO DO TRABALHO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL

Neli Citatin¹
Josiane Dilor Brugnara Ghidorsj²
Ana Flavia Eccard³

RESUMO

A partir da premissa de que o homem é um ser social e que o trabalho o dignifica, entender como essa dinâmica acontece torna-se de fundamental importância, visto que o trabalhador está intrínseca e extrinsecamente relacionado a este processo. Se Trabalhar é condição essencial, não somente pela manutenção financeira, mas pela dignificação da vida, o trabalho se constitui numa parte importante da vida, compreendendo-o para além da simples satisfação das necessidades básicas do ser humano. O estudo do direito do trabalho, neste contexto, amplia os horizontes no sentido de interpretar o trabalho como forma humana de agir na natureza sendo que por meio dele, o homem se humaniza.

Palavras chaves: Trabalho. Homem. Desenvolvimento. Direito.

ABSTRACT

From the premise that man is a social being and that work dignifies him, understanding how this dynamic takes place is of fundamental importance, since

¹Especialista em Segurança do Trabalho pela Unicesumar-2020; Especialista em Gestão empresarial pela UNIFACVEST Lages (SC); Bacharel em Economia pela UNIFACVEST Lages (SC) e graduanda em Direito pela UNIFACVEST Lages (SC) 2021.

²Professora Mestrado Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST. Doutoranda pela UNIJUÍ/RS.

³ Prof. Dra do Mestrado de Direito e Desenvolvimento Sustentável UNIFACVEST



the worker is intrinsically related to this process. If working is an essential condition, not only for financial maintenance, but for the dignification of life, work constitutes an important part of life, understanding it beyond the simple satisfaction of the basic needs of human beings. The study of labor law, in this context, broadens the horizons in the sense of interpreting work as a human way of acting in nature, and through it, man becomes humanized.

Key words: Work. Man. Development. Right.

1 INTRODUÇÃO

O tema proposto neste estudo, parte do princípio de que o homem é um ser social e vive em grupos, necessitando de realização de suas satisfações para o bem estar pleno. Uma destas satisfações, se não a principal delas, reside no trabalho, tendo-se em vista que, por seu intermédio almeja-se a dignidade da pessoa humana, sendo notória a existência de uma estreita relação entre contato social e interação social.

A compreensão do que é esse fenômeno e o entendimento de seu significado, implica no encontro de resposta para uma questão central que reside na possibilidade de se alcançar a satisfação humana a partir do modelo de produção capitalista utilizado na maioria dos países.

Este conceito, pauta-se na expropriação do capital, e implica necessariamente nos conflitos e na precarização no mundo do trabalho que são causados basicamente pela divergência de interesses entre as classes sociais, considerando-se que a sociedade capitalista é dividida em classes sociais, como já dizia Karl Marx, sendo fato que essas classes têm interesses antagônicos na precarização dos direitos trabalhistas.

Cada vez mais distante de seus sonhos, o homem busca respostas para equacionar soluções que o satisfaçam na medida de suas necessidades. No contraponto deste desejo, encontra-se o modelo de produção capitalista onde mesmo se produzindo riquezas em patamares astronômicos, encontra-se cercado por desigualdades que indicam a diferença social e econômica das classes burguesa e operária. Isto pela determinação dos valores de mercadorias a partir da Lei da Oferta e Procura, seguindo-se a ótica da mais valia de Karl Marx.

No mesmo intuito, a partir da constatação de que os desejos humanos são ilimitados e os recursos escassos, levando-se em conta o processo da globalização e o papel predominante das inovações tecnológicas, o estudo aborda a acirrada competitividade global que acaba por impactar significativamente as relações de trabalho atingindo diretamente o desenvolvimento social e econômico.

E, neste sentido, o estudo se desenvolve na tentativa de reflexão sobre a precarização do trabalho diante dos novos formatos que flexibilizam as relações contratuais, fazendo com que hajam perdas ao longo dos processos, sendo o homem, enquanto trabalhador, o polo mais afetado desta relação.

Destaca-se que a trajetória desenvolvida para a construção deste trabalho foi construída tomando-se por linha de pesquisa, a social e de humanidade tendo adotado por procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica.

Este intento será conseguido a partir da revisão bibliográfica de cunho qualitativo, por meio de livros, revistas e artigos científicos relacionados com a temática proposta.

Deste modo, espera-se o final do estudo, ficar perceptível ao leitor, a compreensão de que, dada a importância do trabalho para o homem, essa relação, tal qual está posta, o esteja afastando de um dos mais importantes princípios da Constituição Federal de 1988, qual seja, o da dignidade humana.



2 TRABALHO: CARACTERIZAÇÃO E SIGNIFICADO PARA O SER HUMANO

O trabalho, essencialmente, é uma ação própria do homem mediante a qual transforma e melhora os bens da natureza, com a qual vive historicamente em insubstituível relação. Nesse sentido, pode-se afirmar que o homem trabalhou sempre e que não existirá momento, na terra, em que não será necessário trabalhar. (MIGLIACCIO FILHO, 2021 p. 22)

Não é possível conceber a complexidade humana por um pensamento que não una as partes. Isso porque, quando há avanços nos saberes dos fragmentos sem o esforço de religá-los, se permanece estático no conhecimento do todo. (PINTO *et al*, 2017 *apud* MORIN, 2011).

De acordo com essa afirmativa, os autores nos levam a percepção de que para entendermos o homem, precisamos vê-lo como um todo e não apenas individualmente, ou seja, de acordo com suas palavras o homem é, ao mesmo tempo, plenamente biológico e cultural com características antagônicas e complementares.

À luz dessa reflexão, caracteriza-se a condição de dependência do homem, de elementos outros, que lhe assegurem a realização conforme se verifica a seguir:

Diante de tão diversas formas de inserção humana no mundo, produto e origem de diferentes histórias, culturas, valores, crenças, explicar o que constitui o “ser humano” é uma forma de buscar compreender o que nos faz tão semelhantes e tão únicos, tão universais e tão singulares ao mesmo tempo. Mais do que uma inquietação teórica, explicar aquilo que caracte-

riza o ser humano, no que tange ao seu processo de aprendizagem, suas necessidades e suas motivações, é uma forma de buscar compreender a própria essência humana (MORETTI *et al*, 2011 p. 478)

Neste entendimento, a compreensão da essência humana está atrelada ao condicionamento de satisfação de variáveis únicas, sem as, quais, segundo os autores, nos faz semelhantes e únicos. O trabalho, neste contexto, é evidenciado como sendo algo inerente ao homem desde os primórdios. Tal afirmação pode ser vislumbrada a seguir:

Se o trabalho, em sua essência, permanece inalterado, o tipo de trabalho, contudo, transformou-se e continua transformando-se ao longo da história. Da primitiva colheita e caça, do trabalho industrial para o pós-industrial, as mudanças foram tão significativas que dificultam prever os novos rumos. Em qualquer caso, haverá trabalho, mesmo que seja simplesmente organizar o ócio (MIGLIACCIO, 2021, p. 23).

Nesse viés, Migliaccio pontua as transformações do trabalho e deixa como uma incógnita o fato de previsão em relação aos rumos que o mesmo deverá tomar, sem, no entanto, deixar de existir.

Corroborando com o tema, Sewaybricker (2010 n.p.) entende que, na medida em que o trabalho tem sua relevância alterada ao longo da história, pode-se analisá-lo em relação à importância que ele assume na atribuição de sentido para a existência humana – seja na forma de obstáculo ou como um fator positivo.



Clarifica-se, diante das afirmações acima expostas, que a existência do trabalho e sua relação com o homem, bem como em relação ao seu processo evolutivo, que é ditado por mudanças ocorridas a partir das novas necessidades existentes pode ser visto de prismas diferentes é inegável.

No entanto, a importância do trabalho para o homem enquanto ser social leva a repensar o papel do sistema capitalista na atual conjuntura econômica, uma vez que este impacta diretamente no desenvolvimento econômico e na qualidade de vida dos trabalhadores.

Para que se possa entender o processo de expropriação do capital, a seguir será abordada a questão da mais valia, um conceito criado pelo alemão Karl Marx (1818-1883), para entender as relações entre o tempo necessário para realizar um trabalho e sua renumeração.

3 O CAPITALISMO E SUA VORACIDADE A PARTIR DA ÓTICA DE MAIS VALIA DE KARL MARX

De modo simplificado, posta a seguinte afirmativa: o trabalhador assalariado vende sua força de trabalho por um salário no final do mês, a acepção da mais-valia de Karl Marx está associada à exploração dessa mão de obra assalariada, em que o capitalista recolhe o excedente da produção do trabalhador como lucro. Eis a ótica capitalista sob este aspecto.

Para Marx o capitalismo baseia-se na relação entre trabalho assalariado e capital, mais especificamente na produção do capital por meio da expropriação do valor do trabalho do proletário pelos donos dos meios de produção.

A esse fenômeno Marx deu o nome de mais-valia, conforme segue:

Mais-valia é um conceito criado por Marx. Tal conceito relaciona a força de trabalho com o tempo de realização desse trabalho e com o lucro obtido pelo empregador. A mais-valia tem como característica principal a desigualdade entre o valor do trabalho e a remuneração recebida pelo trabalhador pela venda da sua força de trabalho. Trata-se de uma forma de exploração presente no sistema capitalista. Em outras palavras, a força de trabalho vendida pelo trabalhador é agregada ao valor atribuído ao capital no processo de produção, agregando ainda mais valor ao capital inicial, o que gera a mais-valia. (DORETO *et al*, 2018 p. 7)

Karl Marx sustentava a ideia de que o valor de troca de uma mercadoria é determinado pela quantidade de trabalho aplicado em sua produção.

O próprio trabalho, de acordo com Marx, possui valor agregado, que é determinado pelo valor dos meios de subsistência (comida, habitação, transporte etc.) necessários para que o trabalhador sobreviva. Dessa forma, todo trabalho empregado na produção de um sapato, por exemplo, agrega custos em seu valor de troca final.

A mais-valia nesta visão, consiste na interpretação marxista de lucro, diante das palavras do autor, como sendo a base de como essa corrente entende o funcionamento do sistema capitalista. É a partir da ideia de mais-valia que surge o argumento da luta de classes, que está na raiz dos ideais socialistas.

Essa corrente de pensamento político-econômico entende a sociedade marcada por um antagonismo decorrente do processo de produção capitalista. Esse antagonismo é resultante do fato da existência de dois grupos dentro da



sociedade: aqueles que possuem os meios de produção (capitalistas detentores de dinheiro para gerar investimento na produção, meios e maquinários), e aqueles que não os possuem (proletários).

Nessa senda sinaliza Moraes:

De acordo com a teoria marxista, por não deter os meios de produção, o proletário é levado a vender sua força de trabalho ao capitalista, para poder garantir sua subsistência. Dessa maneira, a própria força de trabalho/mão de obra torna-se uma mercadoria, à medida que será vendida em troca de dinheiro (salário).
(MORAES, n.d, n.p., 2021)

Fica perceptível a relação de necessidade de venda de mão de obra em função da subsistência humana. Porém, considerando que antes do sistema capitalista cada pessoa produzia para suprir suas próprias necessidades, com a implementação desse sistema a produção passa a ser voltada para a lógica do lucro, que fica concentrada nas mãos dos capitalistas.

De acordo com Sobrinho (n.p., 2021), Karl Marx (1994) alertou que o capitalismo, além de modificar constantemente as relações produtivas, visa, de modo contraditório, eliminar “toda tranquilidade, solidez e segurança da vida do trabalhador, mantendo-o sob ameaça constante de perder os meios de subsistência.

O papel regulador do Estado, é destacado por Doreto *et al* (2018, p.8):

Muito se fala sobre o papel do Estado na materialização dos direitos. Vale lembrar que o Estado foi

criado para regular a vida em sociedade e, entre outras funções, cabia-lhe estabelecer normas e exercer o poder de forma a preservar os direitos e deveres existentes entre os homens. De acordo com essa linha de raciocínio, o Estado possui duas funções importantes: a elaboração das leis que comandam a sociedade e o oferecimento de subsídios para que elas sejam aplicadas. Assim, o Estado dita as leis, regula o comportamento e a sociedade. No entanto, o Estado desenvolve suas funções em meio ao modo de produção capitalista e ao ideário neoliberal, o que determina as condições específicas para que tais funções sejam realizadas. Isso porque ele tem também a função de manter a ordem vigente, contribuindo para que os interesses capitalistas sejam assegurados e os direitos dos trabalhadores. (DORETO *et al*, 2018).

Nessa perspectiva, os autores defendem a participação do Estado tanto na criação das leis quanto na aplicação destas. Defendem o posicionamento de que necessário se faz, manter a ordem social, o que inclui também os interesses dos capitalistas.

Na lógica capitalista de Marx, segundo Souza (2017 p. 01):

[...] todos os métodos de aumento da produtividade social do trabalho são empregados à custa dos trabalhadores; todos os meios de produção



se transformam em meios de dominação e de exploração dos produtores; mutilam o trabalhador, transformando-o num fragmento de homem, degradando-o ao nível de apêndice de uma máquina, destruído todo o encantamento que resta de seu trabalho, transformam sua vida em uma vida de trabalho e arrastam sua esposa e seus filhos para o domínio do capital idolatrado. Todos os métodos de produção de mais valia são, ao mesmo tempo, métodos de acumulação da riqueza e da miséria. (SOUZA, 2017).

Assim sendo, evidencia-se a nocividade do capitalismo e a fragilidade da figura humana nas relações de trabalho, vez que, de acordo com o autor, a ameaça constante de perder o emprego está presente neste sistema.

4 O PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO E AS NOVAS TECNOLOGIAS: IMPACTOS NO TRABALHO

Novas tecnologias estão fundindo os mundos físico, digital e biológico de forma a criar grandes promessas e possíveis perigos. A velocidade, a amplitude e a profundidade desta revolução estão nos forçando a repensar o desenvolvimento dos países, a criação de valores organizacionais e o significado de ser humano.

Ante as capacidades destrutivas desse modelo de produção, que tem transformado uma relação entre pessoas numa relação entre coisas, justifica-se à partir de uma atitude de suspeição diante do deslumbre da narrativa da chamada “era do conhecimento”, a qual teria dado surgimento a Revolução 4.0.

“A chamada 4ª revolução industrial, impulsionada por três categorias inter-relacionadas física, digital e biológica, parte de quatro concepções, quais sejam: veículos autônomos, impressão em 3D, robótica avançada e novos materiais, mais leves, mais fortes, recicláveis e adaptáveis, traz a internet das coisas e para as coisas”, afirma Schwab (n. p, 2016)

Apesar dos avanços trazidos por esta tecnologia que “empolga”, é preciso estar atento ao que dela advém como forma de compreender a humanização por detrás dessa concepção.

Amparado pelo desenvolvimento da informática e da sua capacidade de processar e distribuir informações e dados em todo o planeta, este processo adquire uma velocidade incalculável. A informática, associada às novas tecnologias no campo das comunicações, rompe as fronteiras nacionais com facilidade e rapidez, transformando o mundo numa aldeia conectada por uma infinidade de minúsculos circuitos eletrônicos.(DAL CIN, 2021 n.p.)

Neste sentido, Sobrinho (n. p. 2016), defende que: [...] “a tecnologia, sob o capitalismo, está – em considerável parcela – a serviço da estupidez, da barbárie e do controle pelo mercado para manipular as populações, discriminar pessoas e comunidades, desregular o trabalho, implodir as democracias e alavancar as chamadas megacorporações globais.

E complementa enfatizando que as propostas de benefícios oriundos das diversas tecnologias, devem nos fazer refletir sobre uma questão central que reside na indagação sobre o fato de que usa a tecnologia, ou ela nos usa?

Nessa trilha corrobora Sobrinho:

As pessoas tendem a ficar maravilhadas com as excentricidades da tecnologia. É como se esta introduzisse um feitiço nas consciências. Parte do deslumbre não é só em relação ao que existe de inovação tec-



nológica, mas também no tocante a crença edulcorada de que poderá haver no futuro um capitalismo humanizado. Esta é uma contradição em termo, pois o fim supremo do modo de produção é a obtenção de lucro e não a construção de uma sociedade fraterna. (SOBRINHO, n. p., 2016).

Há tempos falamos sobre inovações tecnológicas, desenvolvimento digital e automação de processos. As tecnologias, conforme posto, invadem o subconsciente de tal forma, que induzem ao homem acreditar que algo positivo está ocorrendo, quando, em se tratando de relações trabalhistas, cada vez mais afasta-se da humanização.

Corroborando com o tema, Araújo & Morais (2017, n. p. *apud* Linares 2013 p. 131-146) enfatizam que a precarização dos vínculos empregatícios tem um caráter expansivo que provoca tanto a desestabilização quanto a segmentação do mercado de trabalho e se reflete no agravamento das desigualdades sociais.

Pode-se afirmar diante do exposto, que o futuro do trabalho sinaliza para as seguintes características: ser diverso, humanizado e disperso.

5 A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO E A RELAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO SOCIAL

Se o fim do desenvolvimento econômico é o homem, é necessário poder avaliar se este fim está sendo atingido quando a economia se desenvolve, e em que medida.

Este é o entendimento de Schwartzman (2020, p. 107-108), ao afirmar que dentro de um conceito de países desenvolvidos, é preciso dar atenção a

outros itens da existência humana.

Logo, no entendimento do supra autor:

Uma vez satisfeitas as necessidades econômicas fundamentais, estabelecidas as garantias sociais e econômicas e elevado a nível global de produtividade da economia, muitas outras coisas além da vida do trabalho passam a ter importância: o lazer, a educação como forma de auto realização, os sistemas de vizinhança, a participação em grupos profissionais com seus critérios próprios de atribuição de prestígio, sistemas de valores contrários à compulsividade da ética protestante do hard work, tudo isto coloca em questão todo um sistema educacional, político e social baseado na ampliação progressiva dos direitos de participação no sistema produtivo. (SCHWARTZMAN, 2020, p. 107-108)

Contempla-se que o capitalismo contemporâneo é marcado por crises que repercutem diretamente nas condições de vida e trabalho da classe trabalhadora. As mudanças nas relações entre capital e trabalho interferem diretamente nas políticas sociais, cujos efeitos são devastadores para a proteção social, acentuando os seus aspectos de precarização, seletividade e atendimento pontual diante das demandas sociais.

Contextualizando Sobrinho (n.p., 2016) entende que a despeito dos relevantes alertas de Mozarov e de Buolamwini, a tecnologia sob o capitalismo não apenas trata da espoliação dos direitos sociais, mas se volta para a destruição total do homem e da natureza”.



Sob este ponto de vista, enxerga-se o capitalismo como algo voraz e implacável não apenas pela espoliação dos direitos sociais, mas admitindo que este processo, tal como se encontra, levará a destruição do próprio homem.

No mesmo entendimento, Doreto *et al* (2018 p. 8) contribuem:

[...] no entanto, hoje predominam o capitalismo e a ideologia neoliberal. Portanto, muitos direitos assegurados foram desregulamentados e o trabalhador foi colocado à margem do sistema, passando a desenvolver seu trabalho com condições mínimas e precárias.(DORETO et al, 2018)

Isto leva a reflexão de que é preciso enxergar para além do que está posto afinal, décadas de predições e propagandas das ideias dominantes do mercado, a circular em na velocidade da internet, tem contribuído para o afrouxamento das legislações trabalhistas ao redor do mundo.

Corroborando com o tema, Lins (n. p, 2021) destaca:

Ao discutirmos a precarização do trabalho, necessariamente ela nos remete à análise das alterações que vêm ocorrendo no mundo do trabalho, sobre a hegemonia do capital, consubstanciadas pelas alterações nos direitos trabalhistas, nas proteções sociais, nas perdas salariais, nos benefícios sociais, na segurança e higiene no trabalho, na proteção sindical, enfim, nas transformações societárias que repercutem diretamente na vida dos trabalhadores. (LINS, 2021).

Nas palavras do autor, “não se trata de prescindir da técnica e sim discutir a validade de tomá-la como algo absoluto, que pode obscurecer outras capacidades do homem empobrecendo a qualidade da vida humana”.

No mesmo sentido, Migliaccio (2021 p. 23), explana que a realidade é muito mais rica do que os rígidos esquemas analíticos, e deve ser respeitada se quisermos evitar um lamentável reducionismo da natureza humana.

Diante das explicações, observa-se a necessidade de aprofundamento de análises acerca dos impactos oriundos do capitalismo, não apenas como indicadores que não expressam variáveis como “a felicidade”, por exemplo, pois em estudos baseados na neurociência comprova-se que trabalhadores felizes se saem muito melhor em diferentes frentes, como a saúde própria, a produtividade e seu avanço na carreira. É preciso compreender o homem como um todo e não apenas como oferta de mão-de-obra.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das tecnologias representarem muitos avanços, é inegável o fato de que, preservar o modo de produção vigente, é preciso compreender o ser e não “o ter”, onde conclui-se que a realidade poderá ser modificada a partir do entendimento de que serem humanos é que devem dar sentido à vida.

Para tanto, o princípio da dignidade humana deve ser posto em prática para que se possa encontrar no trabalho o aparato necessário para o atendimento das realizações e motivações pessoais para além de somente o atendimento de suas necessidades mais básicas.

É preciso repensar o papel do trabalhador de modelo vigente com consciência e urgência, a partir de uma perspectiva revolucionária, a qual demonstra ser uma alternativa viável, que possa trazer esperança na construção de um outro mundo melhor e possível.



Enfim, ante a voracidade destrutiva do capitalismo, necessário se faz a intensificação da luta pela superação do modo de produção vigente como forma de impedir ainda mais a precarização do trabalho e a conseqüente derrocada da sociedade como um todo.

O Direito do Trabalho, tem muito a contribuir neste sentido, pois compreendendo a dinâmica corrosiva do capitalismo, pode aplicar leis mais equânimes, que levem a distribuição mais justa de renda e desenvolvimento social, levando em consideração as necessidades humanas.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, M. R. M. de; MORAIS, K. R. S. de. A Precarização do trabalho e o processo de derrocada do trabalhador. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/scielo>>. Acesso em 23/novembro/2021.

DAL CIN, A. Globalização, novas tecnologias e mudanças no mundo do trabalho. Disponível em: <<https://www.extraclasse.org.br>> Acesso em 23/novembro/2021.

DORETO, D. T. *at. al.* Estado, sociedade e Direito do trabalho. Disponível em: DIREITO DO TRABALHO-Livro: Estado, Sociedade e Direitos.pdf (2018). Acesso em 29/Outubro/21.

LINS, M. A. T. **CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO: precarização e flexibilização das relações de trabalho.** Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br>. Acesso em 29/Agosto/2021.

MORETTI V. D; ASBAHR, F. S. F; RIGON, A. J. **O HUMANO NO HOMEM: os pres-**



supostos teórico metodológicos da teoria histórico-cultural. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf> (2011 p. 478) Acesso em 05/Outubro/2021.

PINTO *et al.* **Conceito de ser humano nas teorias de enfermagem: aproximação com o ensino da condição humana.** (2017). Disponível em: <https://www.sciel.org>. Acesso em 06/Outubro/2021.

RODRIGUES, L. O. com referência em MARX, Karl. *O capital, Volume I* – Trad. J. Teixeira Martins e Vital Moreira, Centelha - Coimbra, 1974. **Mais valia.** Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br>. Acesso em: 10/Outubro/2021

SANTOS, W. J. **P.A felicidade como fim das ações humanas.** Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br>. Acesso em 07/Setembro/2021

SCHWARTZMAN, S. **Desenvolvimento social e qualidade de vida: algumas perspectivas de pesquisa.** 2020. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br>. Acesso em 28/Setembro/2021

SEWAYBRICKER, L. **A atual relação entre homem e trabalho: (im)possibilidade para a eudaimonia?** (2010). Disponível em: <https://psibr.com.br>. Acesso em 03/Setembro/2021

SOBRINHO, Z. P. **Capitalismo-Tecnologia e trabalho.** Disponível em: <http://www.justificando.com>. Acesso em: 26/Setembro/2021

SOUZA, E. F. de. (2017). **O Direito do Trabalho e dignidade humana como fatores de desenvolvimento econômico e social.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos>. Acesso em 15/Setembro/2021.



VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Suiane Silva dos Santos¹
Joel Saueressig²

RESUMO

O artigo tem como objetivo abordar o reconhecimento da violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro e no Estado de Santa Catarina. Remete a apresentar um relato de como ocorre a violência obstétrica. Uma forma de violação dos direitos da mulher, no período gestacional, parto e puerpério por parte dos profissionais e instituições de saúde. Urge a necessidade dos tribunais de analisar os casos de violência obstétrica e delimitar como sendo uma violação aos direitos humanos da mulher.

Palavras-chave: Direito Penal. Violência obstétrica. Direitos da mulher.

ABSTRACT

The article aims to address the recognition of obstetric violence in the Brazilian legal system and in the State of Santa Catarina. It refers to presenting an account of how obstetric violence occurs. A form of part of women's rights, in the gestational period on the part of women's rights and the puerperium.

¹Acadêmica do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

²Prof. Graduado em Direito, mestre e doutor em Direito, lecionando no corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST.

There is an urgent need for the courts to deal with cases of obstetric violence and delimit it as a freedom to the human rights of women.

Key Words: Criminal law. Obstetric violence. Women's rights.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema a Violência Obstétrica no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

A relevância do mencionado assunto se efetiva pelo fato de que essa violência está inserida na sociedade e vem sendo praticada contra as mulheres há anos. Para que seja possível acabar com este momento de terror na vida de muitas gestantes, tal violência passa a ser discutida no âmbito jurídico.

Isso corresponde à problemática do presente artigo. Em geral, são pouquíssimos os relatos de violência obstétrica pelo fato de as mulheres não terem total acesso à informação e dessa forma estarem cientes que sofreram uma violência e tiveram seus direitos violados, no entanto, movimentos contra a violência obstétrica vem ganhando força e visibilidade em nossa sociedade. Mas, no cenário jurídico atual, as mulheres que tiveram seus corpos violados durante o parto têm amparo de nossa legislação?

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivos gerais e específicos estudar o instituto da violência obstétrica no Brasil, demonstrando a importância da mesma no ordenamento jurídico.

A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.



Para melhor compreensão do tema será desenvolvida uma primeira parte voltada a noções gerais de gênero e violência contra a mulher. Posteriormente, será analisada a violência obstétrica e seus aspectos. Finalmente em um terceiro momento foi abordado o reconhecimento da violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro.

2 NOÇÕES GERAIS DE GÊNERO E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Este trecho aborda as questões de gênero, fazendo uma análise a categoria teórica e histórica de gênero, bem como a violência sofrida pelas mulheres, buscando compreender seus direitos fundamentais e reprodutivos.

2.1 Breve Análise Sob Perspectiva de Gênero e Patriarcado

Gênero é uma forma de conceito sociológico na qual não consiste na diferenciação biológica dos sexos feminino e masculino, mas sim no processo histórico e evolutivo da maneira que homens e mulheres estão inseridos na sociedade.

É de pleno conhecimento que a desigualdade de gênero está presente em nossa sociedade há séculos, fazendo com que mulheres tenham sofrido opressão em diversos aspectos conforme os valores de cada época. Sendo assim, o modelo patriarcal é o mais comum dentro das mais variadas sociedades e culturas no mundo, por conta deste modelo, influenciado pelas instituições sociais, foi criado um conceito de que a mulher é um ser frágil, inferior e com instintos de proteção apenas. Para entender essa violência que permeia a vida de muitas mulheres, deve-se entender o processo histórico que envolve essa inferiorização, fruto de uma produção cultural. De acordo com Pinafi (2007, p.01):

A violência contra a mulher é produto de uma construção histórica – portanto, passível de desconstrução – que traz em seu seio estreita relação com as categorias de gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder. Por definição, pode ser considerada como toda e qualquer conduta baseada no gênero, que cause ou passível de causar morte, dano ou sofrimento nos âmbitos: físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada.

Desde os primórdios o homem tem exercido seu domínio e superioridade, acabando por criar uma sociedade patriarcal, machista e sexista, na qual a mulher tem como função ser mãe, reprodutora, zelosa do lar, subordinadas à ideologia formada pelos homens.

2.2 Direitos Fundamentais da Mulher

Os direitos humanos podem ser considerados direitos históricos, já que têm como objetivo atender as necessidades singulares de cada época, tendo incluído reivindicações políticas e éticas que todas as pessoas têm direito perante a sociedade.

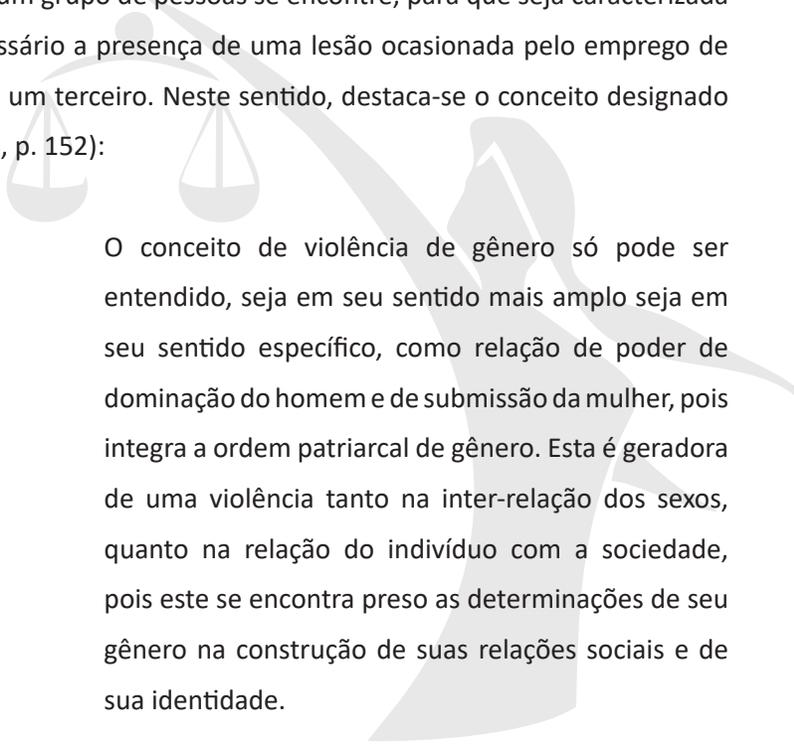
A concepção contemporânea desses direitos foi introduzida pela Declaração Universal de 1948, onde consolidou que toda e qualquer pessoa é detentora de direitos, independente de raça, classe, gênero e religião, declarando que todos nascem livres e iguais. Essa concepção foi marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos.



Nossa legislação é um reflexo dos costumes e ideais da sociedade, tendo evoluído com o passar dos tempos. Antigamente, tinha-se o pensamento ultrapassado de que o trabalho externo da mulher provocaria a desagregação da família. Desta forma, para que a mulher pudesse trabalhar era necessário a autorização do marido, conforme intitulado pelo Estado no Código Civil de 1916.

Assim, para que a mulher seja capaz de alcançar um status de igualdade concreta, é imprescindível que o Direito contemporâneo entenda a mulher e a reconheça considerando sua singularidade nos mais diversos contextos culturais.

A ciência define violência como algo que prejudique o estado físico em que uma ou um grupo de pessoas se encontra, para que seja caracterizada violência é necessário a presença de uma lesão ocasionada pelo emprego de força oriunda de um terceiro. Neste sentido, destaca-se o conceito designado por Cunha (2014, p. 152):



O conceito de violência de gênero só pode ser entendido, seja em seu sentido mais amplo seja em seu sentido específico, como relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher, pois integra a ordem patriarcal de gênero. Esta é geradora de uma violência tanto na inter-relação dos sexos, quanto na relação do indivíduo com a sociedade, pois este se encontra preso as determinações de seu gênero na construção de suas relações sociais e de sua identidade.

Violência de gênero foi um termo adotado em detrimento à expressão violência contra a mulher, considerada uma grave violação aos direitos humanos. Em muitos casos, a mulher vítima de violência ao procurar ajuda é fortemente desacreditada e desencorajada. Isso faz com que muitas vítimas desistam de procurar ajuda na justiça por falta de apoio das instituições competentes.

2.3 Direitos Reprodutivos e Violência de Gênero

A maternidade é um acontecimento fisiológico que tem caráter social, cultural e histórico, o qual será sempre lembrado durante a existência de uma mulher. Os direitos reprodutivos da mulher se distinguem por princípios e normas de direitos humanos que asseguram o exercício livre e responsável da sexualidade e da procriação. Deste modo, as decisões referentes à reprodução e direitos humanos são adotadas como direito fundamental dos indivíduos.

O direito reprodutivo remete à escolha que toda pessoa tem em decidir quantos filhos deseja ter e o tempo de intervalo entre as gestações, bem como o direito de praticar sua autonomia sexual e reprodutiva.

Existem diversas categorias sociais de violência, basta observar que elas não remetem apenas as questões de gênero, mas também de classe social, raça/etnia e orientação sexual, dentre outras categorias socialmente construídas, como diferença no atendimento à mulher em diversas instituições, inclusive da saúde, onde distinguem entre mulheres brancas de classe média, prostitutas, mulheres negras, pobres, e transgêneros. A violência de gênero pode ser somada a muitas outras e se manifestar de diversas maneiras.

Por conta disso, em quase todas as sociedades do mundo, bem como no Brasil, as mulheres enfrentam dificuldades diárias para usufruir sua liberdade e autonomia, já que nosso sistema de saúde se encontra marcado pela medicalização do corpo da mulher, do parto e do nascimento, refletindo



nos direitos sexuais e reprodutivos. Além da violência doméstica que retarda o progresso dos direitos das mulheres e muitas vezes acaba impedindo o mesmo de ocorrer, outro meio de violência vem se tornando mais presente dentro da sociedade brasileira: a violência obstétrica.

3 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E SEUS ASPECTOS

A mulher vem sendo vítima de diversas formas de violência ao longo da história da sociedade. Os tipos mais conhecidos de violência são violência doméstica e sexual, porém, nas últimas décadas pode-se observar diversos relatos sobre violência contra a mulher durante o nascimento de seus filhos, tornando aquele que deveria ser o momento mais feliz de sua vida no mais traumático.

Este ponto fala sobre os principais conceitos acerca da violência obstétrica, sua caracterização, formas de manifestação, sua presença nas instituições públicas e privadas do Brasil e os direitos da mulher na humanização do parto.

3.1 Conceito e Caracterização da Violência Obstétrica

Através do parto humanizado o conceito de violência obstétrica foi construído, tal termo foi criado pelo presidente da Sociedade de Obstetrícia e Ginecologia da Venezuela, Dr. Rogelio Pérez D'Gregório em 2010. Utiliza-se a expressão violência obstétrica para descrever abusos sofridos através da apropriação do corpo e processos reprodutivos da mulher pelos agentes de saúde mediante tratamento desumanizado, abuso de medicamentos e patologização dos processos naturais, tendo como resultado a perda de autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seu corpo.

Essa violência praticada durante o período gestacional acontece através de violações, desrespeitos e maus-tratos. Como o parto é um momento de grande vulnerabilidade para a mulher, esse tipo de abuso acaba se tornando um dos mais desumanos e intensifica o sofrimento das mesmas.

Segundo Ciello (2012) a violência obstétrica pode se manifestar através de caráter físico, psicológico, sexual, institucional, material e midiático.

O caráter físico são ações contra o corpo da mulher, causando dor ou lesão; o caráter psicológico consiste em alienação mental, fazendo com que a mulher se sinta inferior e vulnerável causando instabilidade emocional.

Ainda sobre o tema, o autor afirma que:

[...]Caráter sexual: toda ação imposta à mulher que viole sua intimidade ou pudor, incidindo sobre seu senso de integridade sexual e reprodutiva, podendo ter acesso ou não aos órgãos sexuais e partes íntimas do seu corpo.

Caráter institucional: ações ou formas de organização que dificultem, retardem ou impeçam o acesso da mulher aos seus direitos constituídos, sejam estas ações ou serviços, de natureza pública ou privada.

[...] (CIELLO *et al.* 2012)

Com esses conceitos, torna-se possível definir os legitimados ativo e passivo nas práticas de violência obstétrica. Para Santos (2016) “a legitimidade passiva, por óbvio, pertence à mulher, uma vez que somente ela pode passar por um período gestacional, condição para caracterizar a violência obstétrica”. Sendo assim, o profissional de saúde é o legítimo ativo da violência obstétrica.



Mesmo que ocorra com frequência, é uma violência que se tem dificuldade no diagnóstico e ainda mais dificuldade no combate, levando em consideração que se trata de fruto de uma relação hierárquica e privada, neste caso médico-paciente, encontra-se relutância em denunciá-la e até mesmo reconhecê-la.

3.2 Violência Obstétrica como Violência de Gênero

A violência obstétrica também pode ser caracterizada como uma forma de violência contra a mulher, é um problema de saúde pública, já que afeta a saúde física e mental da mulher, bem como seus direitos sexuais e reprodutivos, assim se apresenta como violência de gênero e violação dos direitos humanos. A violência de gênero atinge as mulheres em suas mais completas diversidades, independente de idade, classe social, raça ou orientação sexual.

Podemos dizer que a violência obstétrica é um meio de legitimar e ratificar uma posição da mulher como um objeto de reprodução e inferioridade repetida pela sociedade, bem como a retirada de seu poder decisório em relação às alternativas de intervenção sobre seu corpo, já em serviços de saúde é praticada especificamente contra as mulheres, em relação de vulnerabilidade e subordinação para com os profissionais de saúde, causando-lhes desrespeito à integridade física, mental e moral.

3.3 Violência Obstétrica no Brasil

A violência obstétrica vem se tornando uma prática comum dentro dos hospitais brasileiros, no entanto é um assunto que tem pouca visibilidade. O uso excessivo de intervenções durante o parto tem sido relatado como violência obstétrica e contribui para os elevados índices de morbimortalidade materna

e neonatal. Os principais tipos de violência nesses casos são agressões físicas e verbais, restrição da presença de acompanhante durante o parto e a realização de procedimentos intervencionistas sem o consentimento da gestante, como por exemplo a episiotomia.

A falta de informações dos direitos básicos de saúde às gestantes é constante nas redes públicas e privadas, bem como a falta de informação sobre o procedimento médico, as leis não estão surtindo efeito, segundo dados do Ministério da Saúde (2012):

O Ministério da Saúde através da divulgação dos dados coletados pela ouvidoria demonstra que: 41,5% das mulheres não receberam informações sobre benefícios do parto normal; 35,9% não tiveram direito ao acompanhante durante o parto, desrespeitando a lei do acompanhante já em vigência; 45,9% fizeram parto cesárea, o que demonstra a discrepância do índice de cesáreas nacional com o padrão internacional exigido pela OMS; 51,5% foram mal atendidas na rede hospitalar, não tendo acesso à saúde de forma digna; 25,3% não tiveram suas necessidades atendidas; 12,1% mencionaram agressão verbal e 2,4% à agressão física. (ROCHA; MARINHO, 2019 *apud* MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012).

Através de relatos de mulheres que se sentiram invadidas e violentadas, a violência obstétrica vem se tornando um assunto cada vez mais comentado e divulgado, por conta desses relatos está sendo possível a identificação de situações que indicam a fragilidade na rede de atenção durante o parto e o



nascimento. Assim, compreende-se que todas as mulheres estão passíveis de se tornarem vítimas dessa violência.

4 RECONHECIMENTO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em nosso país não existe uma lei específica para combater a violência obstétrica e também não há tratamento com relação à sua tipificação como crime no Código Penal. Entretanto, mesmo com a omissão da legislação brasileira referente aos direitos e proteção da mulher gestante, é possível encontrar sanções para as práticas abusivas direcionadas às mulheres no atendimento obstétrico.

Mesmo com essa omissão legislativa sobre a violência obstétrica, a violação dos direitos da mulher pode ser tratada na esfera judicial. Nestes casos aplicam-se normas existentes equivalentes aos danos causados, podendo utilizar o Código Civil, Código Penal e o Código de Defesa do Consumidor, no âmbito federal destacam-se as leis nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e lei nº 11.108/2005 (Lei do Acompanhante). Com o objetivo de combater a violência obstétrica, o Estado de Santa Catarina instituiu a Lei nº18.322/22.

Este contexto, analisa a legislação brasileira em relação ao reconhecimento da violência obstétrica, com a intenção de questionar a violação dos direitos da mulher e a punibilidade dos agentes.

4.1 Violência Obstétrica no Código Penal

O nosso Código Penal abrange ações suscetíveis de serem enquadradas em casos de violência obstétrica. Importante destacar que grande

parte das violações advém de condutas de modalidade culposa (art. 18, II, CP), que é quando o agente dá causa ao resultado por negligência, imprudência ou imperícia. Ademais, em casos de erros médicos, o que prevalece na doutrina penal é a teoria subjetivista da culpa, na qual o agente não quer o resultado, tampouco assume o risco de produzi-lo.

Nas palavras de Correia-Lima (2012, p.01): “Erro médico: conduta (omissiva ou comissiva) profissional atípica, irregular ou inadequada, contra o paciente durante ou em face de exercício médico que pode ser caracterizada como imperícia, imprudência ou negligência, mas nunca como dolo”.

Conforme o Código Penal fala (art. 121, §§3º e 4º) o homicídio culposo incide na eventualidade de morte da mulher ou seu bebê devido negligência, imprudência ou imperícia médica, podendo a pena ser aumentada, caso a morte tenha ocorrido por inobservância de regra técnica da profissão; ainda (art. 129, §1º, IV) dispõe que acelerar o parto configura crime de lesão corporal de natureza grave, se dessa aceleração de parto ocorrer a morte do feto, configura-se o aborto, sendo considerado crime de lesão corporal de natureza gravíssima. (ZANON; RANGEL, 2019).

Além disto, os crimes contra a honra (art. 140), caracterizados por comentários maldosos, piadas com duplo sentido, chacotas, comentários racistas e vários tipos de violência psicológica, adequam-se nos crimes contra a honra especificados na legislação citada. Desta forma, é possível a aplicação do disposto no Código Penal (art. 140, §3º) referente à injúria configurada por elementos que dizem respeito à ofensa à dignidade ou ao decoro através de palavras ou expressões referenciadas à raça, cor, etnia, origem ou deficiência da paciente. Assim, é possível verificar que o Código Penal possui mecanismo que pode ser utilizado como proteção dos direitos da mulher em face da violência obstétrica.



4.2 Responsabilidade Civil nos Casos de Violência Obstétrica

A responsabilidade civil decorre do dano causado a outra pessoa, seja ele moral ou material, devendo restituir o bem ao estado anterior ao ocorrido, e, caso o restabelecimento não seja possível, deverá ser compensado.

É possível apresentar a responsabilidade civil em diversas modalidades, sendo uma delas a responsabilidade civil subjetiva e objetiva. A responsabilidade civil subjetiva tem como base a culpa do agente, devendo ser comprovada pela vítima para que surja o dever de indenizar, portanto o dever de reparação surge somente quando a culpa é comprovada, de acordo com Correia-Lima (2012, p. 34): “origina-se de dano decorrente de ato doloso ou culposo (culpa *lato sensu*), dependendo do comportamento do agente. A culpa na teoria clássica, também chamada teoria da culpa ou subjetiva, é pressuposto necessário e indispensável do dano indenizável”.

Ainda, a responsabilidade civil objetiva não leva em consideração a ideia de culpa para que se tenha o dever de reparação do dano. Assim, se for comprovado o nexo de causalidade entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima, ocorre o dever de indenizar.

Portanto, a responsabilidade civil do médico provém da comprovação da culpa, podendo ser apresentada nas condutas da maneira dolosa ou culposa. O dolo médico é caracterizado quando o mesmo age consciente e com intenção de provocar um resultado danoso, ou então quando age sabendo dos riscos de sua conduta. Já a culpa médica é quando o profissional age sem intenção de causar o dano, mas age com imprudência, imperícia ou negligência.

Segundo o Código Civil de 2002: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Tal ato ilícito é passível de responsabilização civil gerando o dever de indenizar, conforme

preceitua o referido Código (art. 927), segundo o qual: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. (BRASIL, 2002).

Esse dispositivo é aplicável em relação à responsabilização civil do médico, que ocorre por danos causados ao paciente, sejam eles morais, materiais ou estéticos, causando a obrigação de repará-los. Ou seja, quando a ocorrência de violência obstétrica resulta em dano, é possível a reparação civil.

4.3 Violência Obstétrica na Lei Maria da Penha e Lei do Acompanhante e o Tratamento da Violência Obstétrica em Santa Catarina

Embora os casos de violência obstétrica sejam comuns na atualidade, os termos jurídicos são escassos, gerando um descontentamento no quesito garantia e proteção nos casos de violação a esse direito. Todavia, graças a diversos relatos, houve o reconhecimento dessa violência, e para que ocorra a atuação dos juristas em benefício das mulheres é necessário utilizar o que existe na atual legislação, mesmo que não aborde especificamente o tema em sua totalidade. À vista disso, é possível dar início a apresentação de alternativas legais expondo instrumentos que abordam violência de gênero como uma espécie de violência, como por exemplo a lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha.

Tal lei (art. 8º, VII) determina como diretriz a formulação de políticas públicas contra a violência doméstica e familiar contra as mulheres e a capacitação permanente do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública nas áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação quanto às questões de gênero, raça ou etnia. Mesmo sendo destinada à proteção da mulher em situações de violência doméstica e familiar, traz considerações no tocante à eliminação das demais



violências e discriminações sofridas pelas mulheres, abrangendo situações de violência obstétrica.

Todavia, nota-se que a Lei Maria da Penha não poderia ser aplicada expressamente em casos onde a mulher fora vítima de violência obstétrica, exceto se tal violência for praticada por algum familiar, já que a referida legislação trata da violência doméstica e familiar nas relações de afeto. Assim, compreende-se que não pode ser aplicada literalmente em casos de violência obstétrica, pois esse conceito traz a correlação entre médico, equipe médica, hospital e por último a família da gestante ou parturiente.

A Lei do Acompanhante nº 11.108/2005 alterou a Lei nº 8.080/1990 (art. 19 – J §§1º e 2º) e garante as parturientes o direito de um acompanhante durante o trabalho de parto do início ao fim, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (BRASIL, 1990).

Ou seja, a parturiente pode escolher livremente seu acompanhante, seja homem ou mulher, parente ou não-parente, durante todo o trabalho de parto, parto e pós-parto. Desta maneira, a gestante tem seu direito garantido, podendo recorrer a alguém nos momentos anteriores ao parto, pois o acompanhante é importante para socorrer a parturiente em casos de dor extrema, desmaios ou situação de perigo de vida para ela ou seu bebê.

Lei nº18.322/22: Trata-se da primeira legislação a conceituar a violência obstétrica, segundo a qual, no artigo 34, preceitua que “todo ato praticado pelo médico, pela equipe do hospital, por um familiar ou acompanhante que ofenda, de forma verbal ou física, às mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período puerpério” configura violência obstétrica (SANTA CATARINA, 2022).

O artigo 35 desta Lei apresenta vinte e uma situações que podem ser consideradas como violência obstétrica. Neste rol estão destacadas situações frequentes, e, por consequência, comuns, que muitas vezes não são

consideradas violentas ou agressivas. O artigo 5º estabeleceu que tais condutas devem ser publicadas em cartilhas ou cartazes, devendo ser disponibilizadas e estar visíveis em hospitais, postos de saúde, unidades básicas de saúde e consultórios médicos especializados em atendimento da saúde da mulher, com o intuito de conscientizá-las.

A seguir, duas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, posteriores à entrada em vigor da Lei nº. 17.097/2017, de 17/01/2017, na qual uma não reconhece a violência obstétrica e a outra sim, como se passa a expor.

Apelação Cível nº 0005797-67.2010.8.24.0064, de São José, relator Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, julgado em 31/10/2017: Pode se observar que a Lei Estadual 17.097/17 não tem sido aplicada, já que o julgado não reconheceu o disposto na referida legislação (art. 3º XIII) pela qual, proceder a episiotomia quando esta não é realmente imprescindível, constitui prática de violência obstétrica. Acredita-se que há desinformação a ponto de os magistrados não admitirem tal procedimento como ofensa à gestante.

Apelação Cível nº 0312724-89.2016.8.24.0023, da Capital, relator João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, julgado em 08/10/2019: Neste caso, o magistrado reconheceu que o procedimento realizado, denominado manobra de Kristeller, controverso e não recomendado na conduta médica, por caracterizar violência obstétrica, enseja o dever de indenizar a gestante, por dano moral, garantindo-lhe o direito a um parto livre de violência, embora tenha fundamentado a decisão no erro médico.

Diante disso é possível observar que os operadores de Direito ainda não aplicam a Lei Estadual (substituída pela Lei nº 18.322/22) em relação a violência obstétrica, já que tratam os conflitos com base em erro médico, excluindo a violência sofrida pelas mulheres durante todo o momento do parto, desde o pré-parto até o pós-parto. No entanto, a intenção das gestantes



é que ocorra o reconhecimento de seu direito à indenização por dano sofrido em decorrência da violência obstétrica, para que assim exista cada vez menos casos dessa violência e ela se torne algo incomum dentro da sociedade, passível de punição pelo ordenamento jurídico brasileiro.

5 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi analisar de que forma a categoria da violência obstétrica está sendo reconhecida e adotada no ordenamento jurídico brasileiro e no Estado de Santa Catarina, e também sua construção como violência de gênero.

A violência obstétrica deve ser analisada como uma modalidade de violência de gênero, pois se trata de uma violência específica contra a mulher. Compreende-se que a violência obstétrica representa um impasse para a concretização da plenitude dos direitos da mulher, os princípios da dignidade da pessoa humana e o da autonomia, que são afetados pelo abuso obstétrico, já que à mulher não é garantido um tratamento respeitoso, digno e humanizado na hora do parto, de modo a levar em consideração seu poder de decisão, respeitar a individualidade e a autonomia da mulher enquanto sujeito. Sendo assim, a violência obstétrica pode ser caracterizada através de abusos psicológicos, físicos, sexuais e institucionais, podendo resultar em traumas físicos e emocionais significativos para o resto da vida das mulheres que a sofrem.

Conclui-se que a jurisprudência aponta que não há ainda uma compreensão clara por parte dos julgadores do que seja a violência obstétrica sendo necessário a capacitação continuada dos magistrados e demais operadores do direito para que possam compreender melhor a temática e assim aprofundar seus conhecimentos a fim de que sejam proferidas decisões

melhor embaixadas tecnicamente e com as sanções devidas à gravidade dos casos trazidos em juízo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília. Rio de Janeiro, RJ: Presidente da República, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 abr. 2022.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 42. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Brasília, DF: Presidente da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Brasília, DF: Presidente da República, [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm#:~:text=Cria%20mecanismos%20para%20coibir%20a,Viol%C3%Aancia%20contra%20a%20Mulher%3B%20disp%C3%B5e. Acesso em: 05 abr. 2022

CIELLO, Cariny *et al.* Parto do Princípio – Mulheres em Rede Pela Maternidade Ativa (org). **Violência Obstétrica**: parirás com dor. 2012. Disponível em: <https://>



www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf. Acesso em: 17 abr. 2022.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012. p.92. *E-book*. Disponível em:<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/errromedicoresponsabilidadecivil.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022

CUNHA, Bárbara Madruga da. **Violência contra a mulher, direito e patriarcado: perspectivas de combate à violência de gênero**. In: JORNADA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 16., 2014, Curitiba. Anais [...] Curitiba: UFPR, 2014. Disponível em:<http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-B%C3%A1rbara-Cunha-classificado-em-7%C2%BA-lugar.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022

PINAFI, Tânia. Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. **Revista Histórica**. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/texto03>. Acesso em: 03 mai. 2022.

ROCHA, Adna; MARINHO, Marcos Silva. Direito fundamental ao parto humanizado à luz da bioética feminista. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 24., n. 5797, 16 mai. 2019. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/73377/direito-fundamental-ao-parto-humanizado-a-luz-da-bioetica-feminista>. Acesso em: 04 mai. 2022.

SANTACATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 00057976720108240064**.

Apelação Cível. Agravo retido. Ação indenizatória. Erro médico. Análise da responsabilidade civil do Estado. Inteligência do art. 37, §6º, da Constituição Federal. Encargo do médico. Teoria subjetiva. [...]. Relator: Júlio César Knoll. São José, 31 out. 2017. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516858701/apelacao-civel-ac-57976720108240064-sao-jose-0005797-6720108240064/inteiro-teor-516858762>. Acesso em: 20 mai. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0312724820168240023**. Apelação cível. Ação condenatória. Preliminares de cerceamento de defesa e de nulidade do laudo pericial. Improcedência. Mérito. Pedido de indenização por dano moral e estético e de pensão mensal vitalícia. [...]. Relator: João Henrique Blasi. Capital, 08 out. 2019. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767565454/apelacao-civel-ac-3127248920168240023-capital-0312724-8920168240023/inteiro-teor-767565804>. Acesso em: 20 mai. 2022.

SANTOS, Anna Marcella Mendes dos. Violência obstétrica: relações entre gênero e poder. **JurisWay**, São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=16211. Acesso em: 27 abr. 2022.

ZANON, Leonara de Oliveira; RANGEL, Tauã Lima Verdán. Análise jurídica da violência obstétrica como instrumento de conformação e Dominação do feminino. **Jornal Jurid**. São Paulo, 27 fev. 2019. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/doutrina/civil/analise-juridica-da-violencia-obstetrica-como-instrumento-de-conformacao-e-dominacao-do-feminino>. Acesso em: 18 mar. 2022.



ZOUEIN, Luiz Henrique Linhares. Ainda precisamos falar sobre a violência obstétrica. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 nov. 2019. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2019-nov-26/tribuna-defensoria-ainda-precisamos-falar-violencia-obstetrica>. Acesso em: 02 mai. 2022.

SANTA CATARINA. **Lei nº 18.322, de 05 de janeiro de 2022**. Consolida as Leis que dispõem sobre Políticas Públicas de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres. Disponível em:<https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=425990>. Acesso em: 08 de jun. 2022.



A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO PARENTAL NA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

Géssica de Paula Ramos Simões¹
Grazielle Cristina Pinheiro²

RESUMO

O objetivo deste estudo é mostrar que existe a possibilidade de indenização por meio da Responsabilidade Civil nos casos em que se define o abandono afetivo de crianças e adolescentes por seus genitores e responsáveis. Esse tema ainda é considerado novo, sem tantas decisões já proferidas, entretanto, bastante debatido. Para uma melhor compreensão do tema, faz-se necessário um breve apanhado sobre a definição de família e seus princípios, abordando a importância do afeto familiar no desenvolvimento social, moral e psicológico de uma criança e adolescente. Explanando os deveres dos pais para com os filhos, a importância da presença e participação em todas as fases da criança, expondo o lado psicológico da criança abandonada e como o seu desenvolvimento pode ser prejudicado, em absolutamente todas as fases da vida, inclusive na fase adulta. O estudo faz análise jurisprudencial e doutrinária, demonstrando o entendimento dos magistrados brasileiros acerca da responsabilidade civil do abandono afetivo. Nesse sentido, entende-se que o tema é de relevância jurídica, social, e também psicológica, tanto para o campo do Direito Brasileiro, quanto para a Psicologia.

Palavras – chave: Indenização. Abandono afetivo. Responsabilidade Civil. Desenvolvimento psicológico. Princípios.

¹Acadêmica da 10ª fase do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

²Prof. Mestra em Práticas Transculturais, graduada em Direito e pós graduada em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Unifacvest, lecionando no corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST.



ABSTRACT

The objective of this study is to show that there is the possibility of compensation through Civil Liability in cases where the affective abandonment of children and adolescents by their parents and guardians is defined. This topic is still considered new, without so many decisions already made, however, it is much debated. For a better understanding of the subject, a brief overview of the definition of family and its principles is necessary, approaching the importance of family affection in the social, moral and psychological development of a child and adolescent. Explaining the duties of parents towards their children, the importance of presence and participation in all stages of the child, exposing the psychological side of the abandoned child and how their development can be harmed, in absolutely all stages of life, including the adult. The study makes a jurisprudential and doctrinal analysis, demonstrating the understanding of Brazilian magistrates about the civil responsibility of emotional abandonment. In this sense, it is understood that the theme is of legal, social and psychological relevance, both for the field of Brazilian Law and for Psychology

Keywords: Indemnification. Affectiveabandonment. Civil responsibility. Psychologicaldevelopment. Principles.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho aborda a possibilidade de indenização por meio da Responsabilidade Civil nos casos em que se define o abandono afetivo de crianças e adolescentes por seus genitores e responsáveis, quando este abandono for constatado.

A evolução da família no contexto histórico tem notória importância, pois passou por diversas mudanças ao longo dos anos, saindo de um modelo engessado ao matrimônio e casamento, um modelo mais diversificado que abrange inúmeros tipos de familiaridades. Desse modo, as relações iniciam-se e perpetuam-se através do afeto e de laços, no momento em que se rompem esses laços, devem ser analisadas todas as responsabilidades advindas desse relacionamento, principalmente se o mesmo teve como frutos, filhos.

O assunto abordado efetiva-se e justifica-se, na questão em voga atualmente, em que, incontáveis crianças brasileiras são vítimas do abandono, e, recentemente, pelo fato da busca constante do entendimento em demonstrar, na conformidade da lei, da doutrina e da jurisprudência, que alguns julgados vem entendendo que tal negligência por parte dos pais cabe inclusive indenização por dano moral aos filhos.

Para desenvolver a problemática de quando ocorrerá a responsabilidade civil pelo abandono afetivo, o artigo será dividido em tópicos.

O primeiro tópico visa analisar a evolução histórica da família, abordando suas principais mudanças ao longo dos anos, bem como, os deveres dos pais para com os filhos de assistir, cuidar, criar e educar, segundo a Carta Magna.

O segundo tópico consiste na análise do abandono afetivo em si, analisando os efeitos psicológicos e todas as consequências que o abandono afetivo pode causar a uma criança ou adolescente.

O terceiro tópico retrata o tema da responsabilidade civil do abandono afetivo, ensejando a reparação punitiva e educativa, analisando o posicionamento dos magistrados que são a favor e os que são contra a responsabilidade civil por abandono afetivo, expondo algumas jurisprudências acerca do assunto.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de



se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos, jurisprudências, livros, artigos e doutrinas, disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

2 DEFINIÇÃO ATUAL DE FAMÍLIA

Unindo conceitos de doutrinadores como Lôbo e Diniz (2017/2010) é possível definir família como uma organização social que consiste na formação de laços sejam eles sanguíneos, matrimoniais, união estável, afinidade, afetividade, de pessoas que vivam e convivam entre si e se considerem como família. Conceito fundado em princípios como o da igualdade, solidariedade e respeito à dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 normatizou as garantias das mulheres através das cláusulas pétreas, de que não há como ter uma diferenciação entre os cônjuges. Diante disso, Diniz (2010, p.9) conceitua:

No sentido amplíssimo o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou afinidade. [...] Já a acepção “lata” além dos cônjuges ou companheiros, da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). [...] Na significação restrita é a família o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole.

Desta forma, a família tem início pelos cônjuges, e de forma posterior, os descendentes. Assim sendo, o art. 1593, segunda parte do Código Civil de 2002 (CC/2002) dispõe que “O parentesco é natural ou civil conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”

Nesse contexto, durante muitas décadas, no âmbito familiar, havia a concepção de *pátrio poder*, que foi inspirada do Direito Romano que se referia ao poder exclusivo do pai sobre os filhos, expondo a absoluta hierarquia em que todos eram subordinados ao provedor da família. (PEREIRA; PEREIRA, 2006).

Com a vigência do CC/2002, essa expressão “pátrio poder” foi substituída por poder familiar. Assim sendo, esclarece Figueiredo (2014, p.13):

A necessidade de o Estado regular a relação existente entre os pais e seus filhos, com base na evolução do que antes se via no pátrio poder, levou o legislador civilista de 2002 a abraçar o termo poder familiar. Assim, enquanto os filhos forem menores, ou seja, não tenham atingido a capacidade civil plena, estarão sujeitos ao poder familiar que impõe aos pais os deveres, nos termos do art. 1.634, CC.

É importante salientar que, apesar do CC/2002, ter introduzido uma nova terminologia quanto ao pátrio poder, não despreza a natureza de poder da instituição. Nessa vertente Diniz (2002, p.514) expõe que:

Um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para



que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção do filho.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) regulou o direito de os filhos serem acolhidos, amparados e protegidos pelos pais, incumbindo a estes, iguais obrigações, dirigindo e comandando a estrutura familiar com o objetivo principal de um desenvolvimento sadio e equilibrado dos filhos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe mudanças para o Direito da Família, em que, o casamento passa a ter total e ampla ligação com o afeto e, conseqüentemente o princípio da afetividade passa a ser a base das relações familiares, sempre acordando com os princípios da dignidade da pessoa humana e da personalidade.

Com base na norma do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) a criança e o adolescente passam a ter o direito fundamental do seu sadio desenvolvimento, o direito à vida, a saúde, alimentação, etc. Além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Cujas responsabilidades são impostas aos pais, família, à comunidade, à sociedade e ao próprio Estado.

O sistema normativo traz como constitucional e prioritário a criança e os adolescentes, porque esses, são vulneráveis e necessitam de cuidados. Sendo assim, a constituição recria qualquer forma de discriminação de filhos, pois, todos são iguais perante a lei. É de fundamental importância a proteção e o cuidado das crianças e adolescentes, onde, estando amparados e protegidos, a sociedade automaticamente se tornará mais bem desenvolvida.

A norma do artigo 4º da Lei 8069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) confirma essa proteção, afirmando que:

Artigo 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:

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

Ainda, sobre o bom desenvolvimento da criança e do adolescente no seio familiar que o ordenamento jurídico, hoje, legitima o afeto como fundamental para a constituição da família, prevendo assim os princípios constitucionais garantindo por meio deles, o bem estar e convivência familiar.

2.2 Princípios do direito da família

O Direito da Família é regido por alguns princípios, que de acordo com Diniz (2010) são: princípios da “ratio” do matrimônio e da união estável; da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros; da igualdade jurídica de



todos os filhos; do respeito da dignidade da pessoa humana; do pluralismo familiar; do superior interesse da criança e do adolescente: da consagração do poder familiar; da liberdade; e o princípio da afetividade.

Não obstante, alguns pesquisadores expõem diversos princípios do Direito de Família, como os princípios de diretrizes gerais, que são usados como regra por grande parte dos doutrinadores, sendo eles; o princípio da dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança, sendo direitos constitucionais extraídos para utilização do Direito de Família. Desta forma, argumenta Lôbo (2017, p.53):

Para efeito didático, os princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família e a todas as entidades familiares podem ser assim agrupados:

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS:

- 1) dignidade da pessoa humana;
- 2) solidariedade;

PRINCÍPIOS GERAIS:

- 3) igualdade;
- 4) liberdade;
- 5) afetividade;
- 6) convivência familiar;
- 7) melhor interesse da criança.

Apesar de tantos princípios, há de se destacar dois princípios que são fundamentais e estruturantes segundo Lobô (2017, p.53) que são: “o da dignidade da pessoa humana e a solidariedade.” O Princípio da dignidade da pessoa humana determina o valor que é inerente da moralidade, espiritualidade e honra de todo ser humano.

Consequente, Kant (1986 apud Lôbo 2017, p.54), exemplifica:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra coisa equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é ferido a partir do momento em que um ato ou conduta coisifique a pessoa, ou seja, iguale a pessoa à uma coisa, objeto ou algo disponível, diminuindo assim, o seu devido valor (LÔBO, 2017).

O princípio da solidariedade fundamenta a necessidade de racionalizar ou limitar de alguma maneira o egoísmo originário do estado de natureza, de forma tal que se fez possível a convivência na sociedade civil.

Consoante, Lôbo (2011, p.134) expõe que a solidariedade no núcleo familiar:

Deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto a assistência moral e material dos filhos, como também, em relação a exigência de a pessoa ser cuidada até atingir a idade adulta, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social.

Diante disso, os pais têm a responsabilidade mútua em assistir e amparar, moralmente e materialmente os filhos, até atingirem a maior idade, para que os mesmos, tenham um desenvolvimento sadio e pleno em todas as áreas

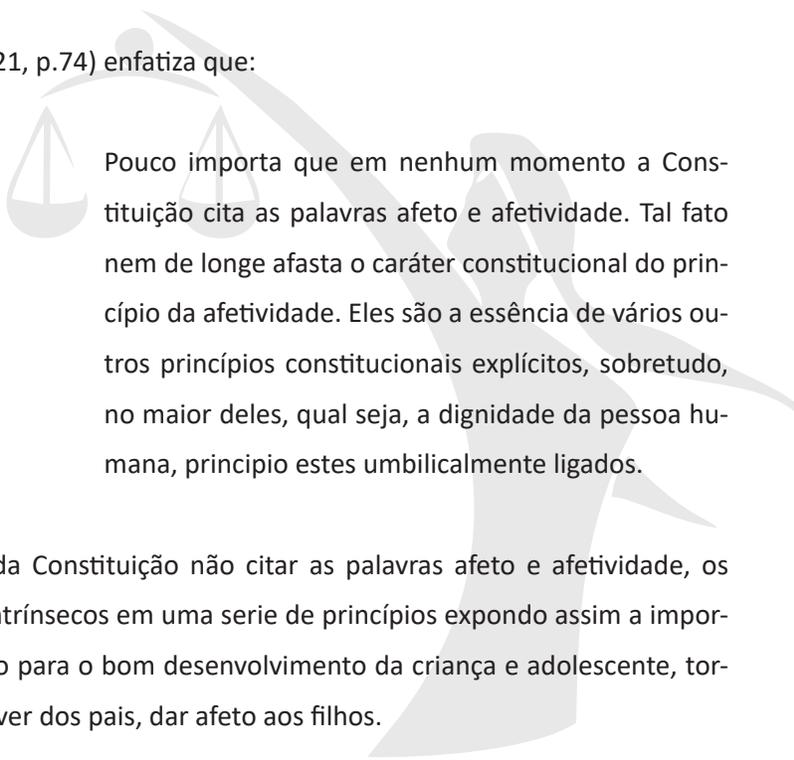


da sua vida. Sendo também necessário a análise do princípio da afetividade, que tem importante relevância no contexto familiar. O princípio da afetividade para Dias (2021, p.74) é “o que fundamenta o Direito das Famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunicação de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial e biológico”.

A afetividade é um dos principais fatores que mantém a união e a saúde emocional de uma família, se tornando um elo que gera a união entre os indivíduos, é ela também que auxilia na cooperação social, transformando a família o principal pilar da sociedade.

Apesar de a afetividade não ser mencionada na constituição, ela tem sido abordada com frequência por muitos doutrinadores do Direito de Família e Civil.

Dias (2021, p.74) enfatiza que:



Pouco importa que em nenhum momento a Constituição cita as palavras afeto e afetividade. Tal fato nem de longe afasta o caráter constitucional do princípio da afetividade. Eles são a essência de vários outros princípios constitucionais explícitos, sobretudo, no maior deles, qual seja, a dignidade da pessoa humana, principio estes umbilicalmente ligados.

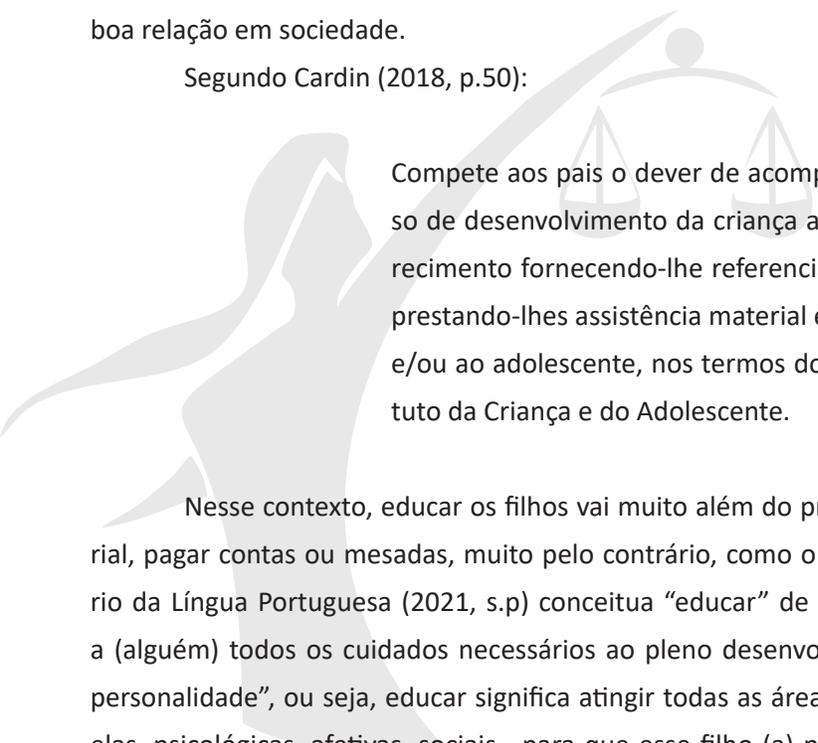
Apesar da Constituição não citar as palavras afeto e afetividade, os mesmos estão intrínsecos em uma série de princípios expondo assim a importância do mesmo para o bom desenvolvimento da criança e adolescente, tornando-se um dever dos pais, dar afeto aos filhos.

2.3 Dever dos pais

O artigo 229º da Carta Magna, institui aos pais o dever de assistir, cuidar, criar e educar os filhos menores, bem como, responsabiliza os filhos maiores o dever de cuidar e amparar os pais na velhice, enfermidade ou carência.

Nesse sentido os pais são peças essenciais na vida dos filhos, pois, é no ambiente familiar em que a criança encontra a base, aprende a conviver e respeitar, a se desenvolver em sociedade, aprende sobre limites e punidade, a interagir com as demais pessoas, como também, a lidar com emoções e sentimentos, entre inúmeros benefícios que a convivência familiar trás para a o crescimento e desenvolvimento da criança. É obrigação dos pais, ensinar e dar suporte para a construção de valores e princípios que são relevantes para uma boa relação em sociedade.

Segundo Cardin (2018, p.50):



Compete aos pais o dever de acompanhar o processo de desenvolvimento da criança até o seu amadurecimento fornecendo-lhe referenciais de conduta e prestando-lhes assistência material e moral à criança e/ou ao adolescente, nos termos do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse contexto, educar os filhos vai muito além do provimento material, pagar contas ou mesadas, muito pelo contrário, como o próprio dicionário da Língua Portuguesa (2021, s.p) conceitua “educar” de forma clara “dar a (alguém) todos os cuidados necessários ao pleno desenvolvimento de sua personalidade”, ou seja, educar significa atingir todas as áreas da vida, sejam elas, psicológicas, afetivas, sociais, para que esse filho (a) possa ter o pleno



desenvolvimento da sua personalidade, tornando-se participativa, crítica e sabendo se posicionar no meio em que está inserida.

Então, em uma pesquisa feita pelo Comitê de Ética do HCPA publicada na revista da Associação Brasileira de Psiquiatria (2002), com base em observações clínicas e estudos publicados em diversos países, sugeriram que psicopatologias da idade adulta podem ter sido originadas na infância. Esses estudos identificaram que há, sim, associação entre trauma na infância e depressão na vida adulta. Vivências traumáticas na infância, como a perda de vínculos afetivos devido à morte de pais ou de irmãos ou, ainda, a privação de um ou de ambos os pais por separação ou abandono constituem importantes fatores associados à depressão na vida adulta.

O ECA (Lei nº 8.069/1990), por sua vez, prevê no seu artigo 3º, que a criança e o adolescentes devem fruir de todos os direitos fundamentais que são inerentes a pessoa humana, sem nenhum prejuízo da proteção integral que a lei trata, garantindo todas as oportunidades e facilitando todo o seu desenvolvimento em condições de liberdade e de dignidade.

O mesmo estatuto, em seu artigo 22º, imputa aos pais o dever de sustentar, educar e guarda os filhos que são menores. Contudo, a educação não se restringe apenas ao ir à escola ou a alfabetização, mas também a convivência com a família, ao afeto, carinho, momentos de lazer e descontração, como também os de broca e desentendimentos é de suma importante a presença do pai e da mãe para um amplo desenvolvimento da criança.

Incontáveis vezes, estas obrigações dos pais em relação aos filhos são observadas apenas sob a ótica material prevista no artigo 244º do Código Penal (Decreto Lei nº 2.848), que diz respeito a prover materialmente com o que é necessário para a subsistência do filho. No entanto, trata-se de um grande equívoco, pois, tais deveres, além dos valores patrimoniais, também são revestidos de valores afetivos e psíquicos.

Os pais têm o dever muito maior do que um simples auxílio material. O abandono material pode ser, de maneira fácil e prática, corrigido, sobretudo, as consequências traumáticas que o abandono afetivo pode causar são irreparáveis. Conforme explana Pereira e Silva (2006, s.p), “Na assunção de seus papéis de pais, os genitores não devem limitar seus encargos ao aspecto material, ao sustento. Alimentar o corpo, sim, mas também cuidar da alma, da moral, da psique”.

Quando um casal decide que irão construir uma família e ter filhos, se comprometem a ter todas as responsabilidades que tal função possui, a de cuidar, amparar, dar suporte e acima de tudo, amar os filhos. Pois conforme o princípio da convivência familiar, os pais têm o direito e o dever de cuidar e proteger os seus filhos. O artigo 21 do ECA (Lei nº 8.069/1990), traz a norma expressa de que o poder familiar será exercido em igualdade de condições, pelo pai e mãe, apartando assim, qualquer possibilidade de discriminação, violência, exploração, crueldade, opressão contra a criança ou adolescente.

Vale salientar, no entanto, baseando-se no artigo 1.632 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) que o poder familiar não se altera com a separação judicial, divórcio e a dissolução da união estável.

3 ABANDONO AFETIVO PARENTAL

Inicialmente faz-se necessário definir o que seria o abandono, ou o verbo abandonar. Portanto, de acordo com o dicionário de Língua Portuguesa (2021, s.p) “deixar, afastar-se de (um lugar) para sempre ou por um longo período; deixar à própria sorte; desamparar.” Sendo assim, percebe-se, que seria, logo, desamparado, descuidado, largado.

Nas palavras do desembargador Evandro Lopes da Costa Teixeira (2017, s.p) “Não basta pagar a prestação alimentícia para dar como quitada a sua obri-



gação”, sendo assim, o abandono afetivo caracteriza-se pelo não cumprimento do dever dos pais com relação aos filhos que vai muito além do provimento material. É a ausência do afeto no desenvolvimento da criança e adolescente, do dever de educar, amar, estar presente, acolher, cuidar e assistir os filhos violando assim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A situação de abandono afetivo acontece na maioria das vezes após a separação dos pais, em que, uma das partes fica responsável pela guarda da criança, que na maioria das vezes é a mãe, e a outra parte fica responsável pelo pagamento da pensão e visitas. O genitor responsável pelo pagamento da pensão acaba por se ausentar gradativamente na participação da vida e na criação dos filhos, associando a sua obrigação apenas ao pagamento da pensão, negligenciando assim, a obrigação emocional que possui perante os filhos.

Sobretudo, ainda assim, o abandono não decorre apenas após o divórcio, há muitos pais que apesar de residirem no mesmo ambiente que os filhos, os abandonam, não lhes oferecendo o devido afeto e atenção que eles tanto merecem e necessitam.

Dias (2021) defende que a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. A ausência da figura paterna pode tornar os filhos pessoas inseguras, sofrer traumas e severos danos psicológicos que comprometem o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, danos esses, que refletirão durante toda a sua vida, como ansiedade, apresentar dificuldade em relacionamentos, como também nos estudos e desenvolver necessidade constante de aceitação.

Quando as responsabilidades emocionais são negligenciadas, os filhos crescem desamparados podendo desenvolver traumas para toda a vida, por conta desses diversos fatores já citados anteriormente, há a possibilidade de compensação por dano moral, pois esta, vem tentar amenizar o trauma

causado pelos pais, porque, e acordo com a mesma autora (2021, p.142) “Não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor.”

Nesse quadro, o abandono afetivo parental causa efeitos imensos e muitas vezes irreversíveis na vida de uma pessoa. Uma criança abandonada pode sofrer danos psicológicos irreparáveis, tendo que conviver com os traumas do abandono pelo resto da vida, sentimentos de abandono, de não ser amado, síndrome de pânico, podendo se tornar uma pessoa antissocial e violenta.

Assim, Souza (2008, s.p) explica que:

A criança abandonada por seu genitor, por mais amada e amparada pela mãe e demais familiares presentes em sua vida cotidiana, pode apresentar deficiências de comportamento social e mental que a marcarão para sempre. O vazio injustificado num contexto de senso comum - no qual as pessoas em caráter mediano não entendem tal forma omissiva de agir daquele que gerou – preenche negativamente todo o universo afetivo de quem foi abandonado. A dor psicológica de não ser querido e cuidado por quem se espera tais sentimentos e atitudes, naturalmente, é capaz de desmornar o ser em formação e a lógica (tão ilógica) que permeia suas indagações mais íntimas.

Muitas crianças e adolescentes desenvolvem um sentimento de abandono por acharem que não são dignas da atenção ou de ser amado pelo pai.



Souza também discorre que as consequências do sentimento de não ser digno têm consequências como distúrbios de comportamento, baixa autoestima, problemas escolares, de relação social e sensação da perda de uma chance ainda que ilusória, de ser completo e feliz.

Posto isto, Dias (2021, p.30) enfatiza:

[...]quando os pais são separados ou nas hipóteses de famílias monoparentais, onde um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o direito de visitas, certamente afeta a higidez psicológica do descendente rejeitado.

Desse modo, o judiciário vem reconhecendo o dano moral em desfavor de pais que abandonarem seus filhos, com o intuito de tentar compensar por algo tão dolorido e desalentador.

O abandono afetivo configuraria ato ilícito por ser a afetividade um princípio, portanto, um dever jurídico imposto ao pai frente aos filhos menores. O artigo 927 do Código Civil (Lei 10.406/2002) estabelece e assevera que aquele que por ato ilícito causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo. O não cumprimento dessa recomendação, está automaticamente desobedecendo previsão legal. E tal indocilidade possibilitaria a condenação do infrator ao pagamento de indenização por dano moral.

Os danos que o abandono afetivo pode causar a uma criança são inúmeros e palpáveis. Em uma pesquisa feita nos EUA³ de dimensão na-

³AMATO, P. R. Parental absense during childhoo dandde pression in later life. Sociol Quarter 1991;32(4):543-56.

cional, avaliou mais de treze mil pessoas. E foi comprovado que aqueles que tiveram ausência de um dos pais durante a infância apresentavam um índice bem alto para o desenvolvimento de depressão do que os que foram criados por pais e mães.

Sobre como as sequelas do abandono podem ser efetivamente provadas, assim discorre Souza (2010, s.p):

Os pedidos indenizatórios com fulcro no abandono afetivo existem porque a dor pode não ser palpável, mas é real. As sequelas são provadas por laudos periciais de especialistas: psicólogos, assistentes sociais, entre outros; provas documentais, como boletins escolares e fotografias; depoimentos de testemunhas, além de interrogatório minucioso do juiz competente.

Ao passo que, a indenização é apenas uma forma de tentar reparar e compensar o dano causado à criança, que na maioria das vezes não ameniza os traumas adquiridos pela negligência dos pais. Os efeitos psicológicos são inúmeros, podendo ser passageiros, ou permanentes.

Dias(2021, p.406) pondera que “a indenização por abandono afetivo nas relações familiares é instrumento de extrema relevância, pois tem o condão de desempenhar papel pedagógico”.

Nesse sentido, a indenização serve para demonstrar que há punição para casos de abandono, a fim de que a pessoa não cometa novamente o erro do passado, evitando assim, que mais ações e condenações.



3.1 A responsabilidade civil pelo abandono afetivo

A indenização por dano moral é cabível e pode ser requerida no âmbito da família, pois, assim como qualquer outro grupo, reúne pessoas de diversos gêneros, vontades e anseios, que são ligados através de relação sanguínea e afetiva. Tais ligações possibilitam ainda mais a busca de reparação quando alguém desse meio comete algum ato ilícito ao desprezar um direito subjetivo do outro.

Dessa forma, o artigo 186 do Código Civil (Lei 10.406/2002) descreve que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

O dano moral, dessa feita, é, portanto, uma resultância de um ato de ação ou omissão causado por terceiro que viola o direito de outrem, praticando assim ato ilícito gerando a obrigação de repará-lo.

Sobretudo, para a caracterização do abandono é necessário a presença de quatro requisitos: ação ou omissão, dano e nexa causal, sendo verificado e comprovados, terá a configuração da responsabilidade civil do autor do dano, imputando a responsabilidade de repará-lo (DINIZ, 2010).

Vale ressaltar que o que está sendo discutido não é o sentimento e sim os deveres do poder familiar que estão expressamente previstos em Lei, tais como: de criação, cuidado e convivência, que são imprescindíveis para o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente.

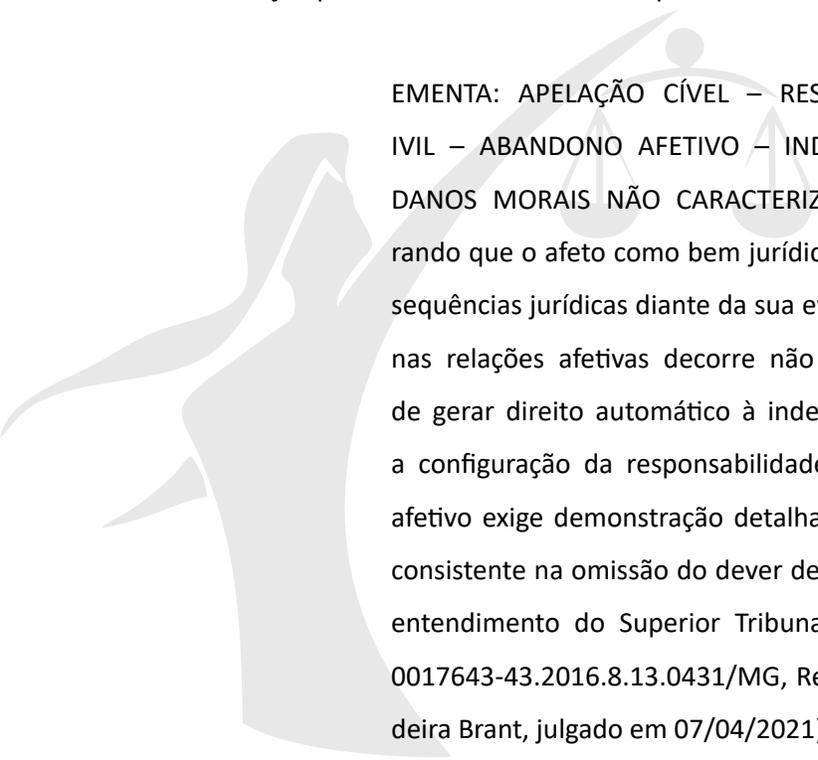
4 A POSSIBILIDADE DA INDENIZAÇÃO PELO ABANDONO AFETIVO

Existem algumas divergências quanto aos posicionamentos doutrinários, contudo, atualmente, há um posicionamento que é consensual na visão

de que a falta de responsabilidade afetiva de um pai ou uma mãe que abandona o filho, deve uma respectiva sanção.

Porém, em contrapartida, alguns doutrinadores resistem ao tema, tendo como argumento de que é impossível mensurar os danos que foram causados pela negligência de maneira monetária, ou seja, transformando as sequelas deixas em dinheiro ou que pagar pela falta de amor não fará surgir amor. Afirmam que a indenização é insuficiente e ineficaz para ressarcir os danos sofridos pelos filhos, e o processo em si só aumentaria essa distância entre pais e filhos.

Na jurisprudência brasileira, existem vários casos em que os julgamentos de indenização por abandono afetivo são improcedentes a exemplo:



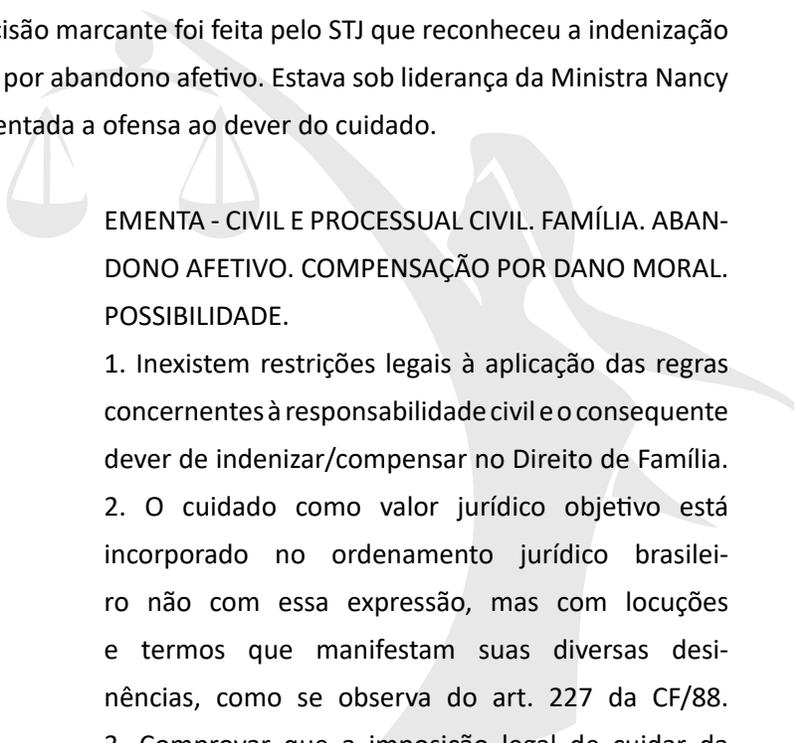
EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ABANDONO AFETIVO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS. Considerando que o afeto como bem jurídico só irradia consequências jurídicas diante da sua eventual ausência nas relações afetivas decorre não possuir condão de gerar direito automático à indenização, eis que a configuração da responsabilidade por abandono afetivo exige demonstração detalhada do ato ilícito consistente na omissão do dever de cuidar, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça.(AC 0017643-43.2016.8.13.0431/MG, Rel. Fernando Caldeira Brant, julgado em 07/04/2021).



A comprovação do dano consequente do abandono muitas vezes não é fácil de provar, por isso muitas decisões são improcedentes, por falta de fundamentos que comprovem o abandono.

Em uma segunda vertente há aqueles que defendem a possibilidade da reparação, entendendo que ocorre distúrbio subjetivo significativo, por conta da falta de afetividade e presença por parte de um dos pais, provocando danos de natureza moral indenizável. É sabido que dinheiro nenhum realmente poderá compensar a ausência, frieza e desprezo de um pai por seu filho ao longa da vida, entretanto, a indenização por abandono afetivo tem caráter punitivo e pedagógico, ou seja, tem a intenção de incentivar a adoção de medidas adequadas a fim de evitar que tais situações de abandono e negligência continuem acontecendo.

Uma decisão marcante foi feita pelo STJ que reconheceu a indenização de danos morais por abandono afetivo. Estava sob liderança da Ministra Nancy Andrighi, foi salientada a ofensa ao dever do cuidado.



EMENTA - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas designações, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da

prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

Em seu voto no Resp. n 1.159.242/SP que foi julgado pela Terceira Turma em 24/04/2012 a Abalizada Relatora expõe que a percepção do cuidado incorporado no nosso sistema jurídico, com expressões e termos que manifestam suas terminações, como o artigo 227 da Constituição Federal já citado anteriormente. A Ministra Nancy Andrighi completa: “Aqui não se fala ou discute o amar, sim, a impossibilidade biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filho”. E finaliza: “E, suma, amar é faculdade, cuidado é dever”.

É importante ressaltar que a indenização pela responsabilidade civil não é forçar o pai amar o filho, sobretudo, é de resguardar os interesses da criança ou então adulto e de compensação por danos psíquico-morais causado pela omissão e abandono emocional que vai muito além da esfera patrimonial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente artigo permitiu um estudo sobre a evolução da família no Direito brasileiro, desde suas origens históricas, adentrando no campo do poder familiar e as mudanças que ocorreram até a família moderna.

Em seguida, foi possível compreender a responsabilidades dos pais para com os filhos, que vai muito além do provimento material, mas sim como sendo os guardiões de sua prole, dando amor, carinho, proteção, assistência emocional, entre outros.

Ao final, adentrando no tema polêmico e atual do abandono afetivo e a possibilidade de responsabilização civil mostrando entendimentos favoráveis e contrários das jurisprudências sobre o assunto.

O propósito deste trabalho de conclusão de curso, foi demonstrar os diversos danos psíquicos que o abandono pode ocasionar à crianças e adoles-

centes, a possibilidade de responsabilidade civil e conscientizar que trata de conduta ilícita que é revestida da maior gravidade possível, pois atenta contra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Destarte, vale ressaltar a importância do estudo e debate sobre o abandono afetivo, para que se possa ter uma noção da gravidade de danos que o abandono possa causar sobre a moralidade psíquica da sociedade futura. A responsabilidade civil tem a importante finalidade de aplicação de indenização sobre o agente que sofreu o dano com função de reparação e compensação moral e material pelo abandono; função pedagógica, que pretende educar e conscientizar e desestimular condutas contra a dignidade humana, e o punitivo impondo sanção ao agente que causou o dano.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. C. **Responsabilidade civil no direito de família**: angústias e aflições nas relações familiares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

AMATO, P. R. **Parental absenceduringchildhoodanddepression in later life**. *SociolQuarter* 1991;32(4):543-56.

ANGELINI, A. H. A. **Convivência parental e responsabilidade civil**: indenização por abandono afetivo. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. acesso em: 25/mar/2022.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da criança e do Adolescente. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. acesso em: 25/mar/2022.



_____. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. acesso em: 25/mar/2022.

CARDIN, V. S.; VIEIRA, T. R.; BRUNINI, B. C. C. **Famílias, Psicologia e Direito.** Brasília, 1. ed, 2017.

COELHO, F. Introdução ao Direito de Família – Sétima Parte – Direito de Família. In: COELHO, F. **Curso de Direito Civil.** Vol. 5 São Paulo: Saraiva, 2020.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias.** 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIREDO, F. V. ALEXANDRIDIS, G. **Alienação parental.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: direito de família.** Vol. 6. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed, 1986.

LÔBO, P. **Direito civil: famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

PEREIRA, C. M. S. **Das instituições de direito civil.** 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, R. C.; SILVA, C. M. Nem só de pão vive o homem. In: **Revista Scielo**. Soc. estado. Brasília. Disponível em: <http://dx.doi.org>. Acesso em: 30/mai/2022.

PEREIRA, T. S.; In PEREIRA, R.C. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

POLI, L. M.; VIEGAS, C. M. A. R. Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno-filiais. In: **Revista síntese direito de família**. Publicação periódica bimestral, v. 15, n. 77, abr./maio 2013, p. 69-94. Nota: Continuação de Revista IOB de direito de família, v. 1, jul. 1999.

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 10. ed. Lages: Unifacvest, 2021.

SOUZA, I. M. **Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e Argentina**. IBDFAM, 2009. Disponível em: <https://ibdfam.org.br>. Acesso em: 01/jun/2022.

STOCO, R. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3º Turma. **Resp. n 1.159.242/SP** – Relatora. Nancy Andrighi. 24/12/2012 RSTJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 13/jun/2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Não basta pagar pensão**, diz TJ-MG ao condenar pai por abandono afetivo. Revista Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 13/jun/2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação cível**. Relator: Fernando Caldeira Brant. Monte Carmelo, 2021. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 13/jun/2022.

ZAVASCHI, M. L. S.; et al. **Associação de traumas por perda na infância e depressão na vida adulta**. Porto Alegre, BrazilianJournalofPsychiatry, 2002 Disponível em: <https://doi.org>. Acesso em: 15/mai/2022.



NORMAS PARA COLABORADORES

A Revista EXEQUATUR, revista jurídica do Centro Universitário UNIFACVEST, terá como regras editoriais para a apresentação de artigos as seguintes:

1. Os artigos deverão ser inéditos (não publicados em periódicos de circulação nacional);
2. Os artigos deverão ser entregues num envelope fechado, em três vias, e o nome do autor deverá ser omitido (blind review) para a apreciação e análise do Conselho Editorial;
3. Acompanhará o envelope com os artigos, um envelope lacrado, com o título do trabalho e um breve Curriculum Vitae, contendo: nome completo, titulações, atividades profissionais em desenvolvimento, instituição de origem, projetos de pesquisa e extensão desenvolvidos, publicações recentes (últimos 5 anos), endereço completo com endereço eletrônico;
4. Dados técnicos: os artigos deverão conter de 5 a 15 páginas, incluindo texto, referências e ilustrações;
5. A apresentação do artigo¹ deve seguir as normas apresentadas no livro: Procedimentos de metodologia científica², referendados pela ABNT³.
6. O endereçamento para correspondência é: Revista EXEQUATUR. Att. Coordenação de Direito da UNIFACVEST. Av. Mal. Floriano, 947. Lages – SC

¹O padrão estético e metodológico para a construção de um artigo científico aparece no livro de metodologia da UNIFACVEST, nas páginas: (p. 54-79).

²RODRIGUES, R. ; GONÇALVES, J. C. Procedimentos de metodologia científica. 10. ed. Lages, SC: Papervest, 2021.

³Associação Brasileira de Normas Técnicas.



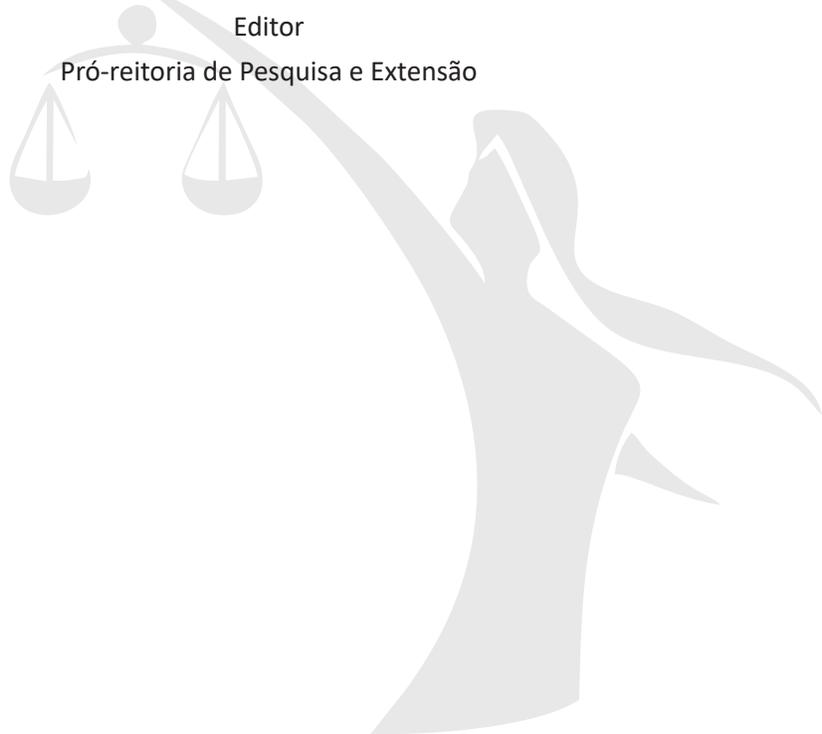
7. Os autores receberão, no período de até 35 dias documento informando sobre a análise pelo Conselho Editorial Externo e pelos revisores;
8. Os autores deverão anexar declaração autorizando a UNIFACVEST e a PAPER-VEST Editora a publicar os artigos sem quaisquer custos para os autores, bem como desenvolver publicidade na mídia sobre a publicação;
9. A periodicidade de circulação da revista será semestral e os artigos serão recebidos até 30 dias antes do fechamento da edição.

Cordialmente,

Renato Rodrigues

Editor

Pró-reitoria de Pesquisa e Extensão









editora
papervest

Publicação da Papervest Editora
Av. Marechal Floriano, 947 - CEP: 88503-190
Fone: (49) 3225-4114 - Lages / SC
www.unifacvest.edu.br