

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1009

(Ano XIII)

(10/04/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Transsexuais e travestis podem escolher o estabelecimento de cumprimento de pena de acordo com o gênero – mas impõe-se a separação dos demais detentos(as)

Eduardo Luiz Santos Cabette, 04.

ARTIGOS

A adoção intuitu personae sob a égide do melhor interesse e proteção da criança e do adolescente

Carolina Ferraz Viana, 06.

Inserção da criança em família substituta: Garantia do Direito Constitucional como medida protetiva

Silma Mendonça Rocha, 25.

A legalização do aborto um direito de escolha da mulher

Jesnaiane Rodrigues da Silva, 40.

Feminicídio como direito penal simbólico

Denise Gonçalves Thiago, 60.

Abordagem policial e abuso de autoridade

Igor de Carvalho Delfino, 77.

A relevância da fiscalização do trabalho

Eduardo Morelato Sanchez, 96.

Proteção post mortem de registro de dados pessoais e os direitos da personalidade do de cujus

Gilson Aires de Menezes Júnior, 114.

Cadeia de custódia e sua relevância nas provas do Processo Penal

Diego da Silva Estrela Matiel, 133.

Controle Concentrado-Abstrato de Constitucionalidade nos Estados-Membros

Thiago Borges Mesquita de Lima, 148.

A publicidade enganosa e abusiva nas relações de consumo

Marlon Gabriel Brito Coelho, 174.

A necessidade de citação dos herdeiros sucessíveis na ação de reconhecimento de união estável post mortem

Gilson Aires de Menezes Júnior, 187.

Acesso ilícito a conversas de WhatsApp e possibilidade de posterior perícia legal

Eduardo Luiz Santos Cabette e Francisco Sannini, 215.

Violência doméstica contra a mulher e a ineficácia da Lei Maria da Penha, Lei n. 11.340/2006

Talita Miriam Gonçalves Ribeiro Velho, 218.

Adoção inversa na terceira idade no âmbito jurídico brasileiro

Luis Eduardo dos Santos Guedes, 237.

A fixação do dano moral coletivo na sentença penal condenatória

Amanda Buarque Bernardo, 255.

A eficácia da prova nos crimes de drogas em face do artigo 155 do Código de Processo Penal

Luan Ladislau da Silva, 271.

Abandono parental inverso: análise jurídica da responsabilidade civil dos filhos em relação aos idosos

Ana Carolina Guimas Batatel, 290.

Importância da aplicação de políticas públicas acerca do crescimento de crianças e adolescentes sob a análise da teoria bioecológica do desenvolvimento humano

Laís de Oliveira, 313.

A (in)aplicabilidade da teoria da imputação objetiva pelos tribunais brasileiros como complementação à teoria da equivalência dos antecedentes

Amanda Buarque Bernardo, 368.

TRANSSEXUAIS E TRAVESTIS PODEM ESCOLHER O ESTABELECIMENTO DE CUMPRIMENTO DE PENA DE ACORDO COM O GÊNERO – MAS IMPÕE-SE A SEPARAÇÃO DOS DEMAIS DETENTOS(AS)

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, pós-graduado, com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

Ao comentar a questão do crime de abuso de autoridade consistente em recolher presos de sexos diversos na mesma cela, indicava a correção da lei ao referir-se ao sexo e não ao gênero, não adotando cegamente a chamada “Ideologia de Gênero”, apartada de qualquer sustento científico e da própria realidade do mundo da vida, com o enorme risco de submissão, especialmente de mulheres, trans ou não, às mais variadas violências. [1]

O Ministro Luís Roberto Barroso do STF, após nosso livro já estar diagramado, ao julgar a ADPF 527/DF, mesmo sendo conhecido defensor da ideologia de gênero, acaba cedendo aos fatos, nos termos de uma mediania virtuosa que já sugeríamos em nossa obra, de acordo com Resoluções já em vigor. Estabelece a regra de que os transexuais e mesmo os travestis de ambos os sexos têm o direito de optar por serem recolhidos em estabelecimento prisional de acordo com a sua identidade de gênero ou de acordo com o seu sexo biológico. Até aí, poder-se-ia pensar que o Ministro Barroso, de acordo com sua anuência à ideologia de gênero, teria se rendido irracionalmente a uma temeridade já mencionada neste texto. Mas, isso não ocorreu. Barroso sustenta cautelosamente seu voto em Nota Técnica do Ministério da Justiça e Segurança Pública, onde consta que cabe ao detento (a) a escolha do estabelecimento de acordo com seu gênero ou sexo biológico, mas devem tais pessoas em caso de ser recolhidas em locais que abrigam pessoas de sexo diverso, serem alocadas em compartimentos separados. É interessante notar como as mulheres que assumem o gênero masculino chamam mais a atenção para sua necessária proteção, acaso recolhidas a seu pedido em estabelecimentos masculinos. O Ministro chega a cometer erro material no final de sua decisão, destacando a separação apenas quando recolhida a pessoa em estabelecimento prisional masculino, sendo mulher segundo o sexo biológico. Ao tratar da pessoa de sexo biológico masculino, recolhida em estabelecimento feminino, esquece-se de fazer a observação da necessária separação, não em relação à segurança da pessoa

trans ou travesti, mas em relação às detentas mulheres, o que é diverso na Nota Técnica que sustenta o voto. Nessa Nota, como já dito, a separação é impositiva para ambos os casos, como não poderia deixar de ser, sob pena de abandonar os direitos da mulher, sujeitando detentas a possíveis abusos ou violências, em absoluta desconsideração da dignidade humana dessas mulheres presas. Entretanto, tendo em vista o teor completo do voto do Ministro Barroso, é de se compreender que é impositiva a separação em ambos os casos. Esse posicionamento do STF e em especial do Ministro Barroso é o melhor possível, pois que adota o respeito à identidade subjetiva de gênero e às peculiaridades desse grupo, bem como não se aparta da realidade do sexo biológico e dos perigos que a aplicação irresponsável e fantasiosa de uma ideologia sem substrato científico ou mesmo de realidade poderia gerar na vida prática. [2]

REFERÊNCIAS

BARROSO permite que trans e travestis escolham onde cumprir pena. Disponível em [https://www.conjur.com.br/2021-mar-19/barroso-permite-trans-travestis-escolham-onde-cumprir-pena#:~:text=Nesta%20sexta%2Dfeira%20\(19%2F,em%20pres%C3%ADdios%20femininos%20ou%20masculinos.&text=A%20medida%20foi%20uma%20altera%C3%A7%C3%A3o,pelo%20pr%C3%B3prio%20Barroso%20em%202019.](https://www.conjur.com.br/2021-mar-19/barroso-permite-trans-travestis-escolham-onde-cumprir-pena#:~:text=Nesta%20sexta%2Dfeira%20(19%2F,em%20pres%C3%ADdios%20femininos%20ou%20masculinos.&text=A%20medida%20foi%20uma%20altera%C3%A7%C3%A3o,pelo%20pr%C3%B3prio%20Barroso%20em%202019.) , acesso em 22.03.2021.

NOTAS:

[1] Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Leme: Mizuno, 2021 (em fase de pré – venda).

[2] Cf. BARROSO permite que trans e travestis escolham onde cumprir pena. Disponível em [https://www.conjur.com.br/2021-mar-19/barroso-permite-trans-travestis-escolham-onde-cumprir-pena#:~:text=Nesta%20sexta%2Dfeira%20\(19%2F,em%20pres%C3%ADdios%20femininos%20ou%20masculinos.&text=A%20medida%20foi%20uma%20altera%C3%A7%C3%A3o,pelo%20pr%C3%B3prio%20Barroso%20em%202019.](https://www.conjur.com.br/2021-mar-19/barroso-permite-trans-travestis-escolham-onde-cumprir-pena#:~:text=Nesta%20sexta%2Dfeira%20(19%2F,em%20pres%C3%ADdios%20femininos%20ou%20masculinos.&text=A%20medida%20foi%20uma%20altera%C3%A7%C3%A3o,pelo%20pr%C3%B3prio%20Barroso%20em%202019.) , acesso em 22.03.2021. Ver ainda o voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso: MEDIDA cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 527 Distrito Federal. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/barroso-permite-trans-travestis.pdf> , acesso em 22.03.2021.

A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* SOB A ÉGIDE DO MELHOR INTERESSE E PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

CAROLINA FERRAZ VIANA:

Bacharelanda em Curso de Direito
pela Universidade Brasil

PEDRO MANOEL CALLADO MORAES.

(orientador)

RESUMO: A adoção *intuitu personae* é uma modalidade de adoção que ocorre quando a família biológica é quem escolhe os adotantes do filho, fora do procedimento preestabelecido para tanto. Portanto, não está contida na legislação brasileira, nem proibida expressamente no direito positivo, apesar de ser reconhecida pela jurisprudência nas situações em que já se constata vínculo de afetividade entre a criança ou adolescente e os adotantes. O presente artigo científico, por meio da metodologia de revisão bibliográfica, busca ressaltar a importância do instituto da adoção para o desenvolvimento do infante, e analisar esse tipo específico de adoção sob a perspectiva do melhor interesse e proteção da criança ou adolescente. Para tanto, são apontados os princípios pertinentes e direitos relevantes que norteiam o assunto, além de reflexões a respeito das perspectivas contraditórias acerca do tema, concluindo pela exposição dos benefícios que poderiam advir da criação de uma legislação que normatize essa modalidade, flexibilizando o cadastro de adoção.

Palavras-chave: Adoção *intuitu personae*. Melhor Interesse. Proteção. Cadastro de Adoção. Estatuto da Criança e do Adolescente.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 ADOÇÃO. 1.1 Procedimento e Requisitos Legais para Concessão da Adoção. 2 ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*. 2.1 Distinção com a Adoção à Brasileira. 2.2 Posicionamento Recorrente do Poder Judiciário. 3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3.2 Princípio da Afetividade. 3.3 Princípio da Proteção Integral. 3.4 Princípio do Melhor Interesse do Menor. 4 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA. 5 AS PERSPECTIVAS CONTRADITÓRIAS DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* E A NECESSÁRIA FLEXIBILIZAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA ADOÇÃO. 5.1 Vantagens da Elaboração de uma Legislação que Flexibilize o Cadastro de Adoção. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda sobre a adoção *intuitu personae*, que é quando a família biológica intervém, escolhendo os adotantes da criança; é uma espécie de

adoção que não é apreciada pela legislação, apesar de ser uma prática muito recorrente no Brasil.

Por não ser um tipo de adoção tipificada em lei, muitas vezes os adotantes irregulares, temerosos que o Poder Judiciário retire o infante de seus cuidados, decidem criá-lo sob o manto da clandestinidade. Essa situação permanece até que cultivem laços fortes de afetividade com a criança ou adolescente, a fim de solicitarem na Justiça seus direitos legais de adoção, pautado no melhor interesse do menor, o que por vezes é acatado pelo Poder Judiciário.

Destarte, o fato de não existir uma legislação clara que se posicione sobre o assunto, ocasiona um distanciamento do Poder Judiciário com relação a essa prática. Portanto, a família biológica entrega a criança para um casal desconhecido, que não se submeteu aos ditames, ou seja, às formalidades da lei, muitas vezes estando despreparado para o complexo processo intrafamiliar e social que é uma adoção.

Contudo, sob o âmbito do melhor interesse e proteção da criança, são manifestos os benefícios que podem advir desse tipo de adoção. Isto porque, nesse caso seria a própria família biológica quem escolheria os adotantes, em vez de inserir o menor em uma instituição de acolhimento, o que poderia causar inúmeros prejuízos para seu desenvolvimento.

Analisando por este lado, é de se ponderar: por que não criar uma legislação que abarque a adoção *intuitu personae*, ou ao menos flexibilize o cadastro de adoção? Será que não seria mais prejudicial à criança colocá-la em instituição de acolhimento, ou continuar permitindo essa prática de forma clandestina, do que preparar, por meio de requisitos judiciais, esses adotantes irregulares que já estão - ou pretendem estar - exercendo os cuidados sobre a criança?

Este trabalho é um artigo de revisão bibliográfica. A metodologia a ser utilizada, quanto a sua finalidade, se dará por pesquisa básica ou pura; quanto ao seu objetivo, será utilizada a pesquisa exploratória; com relação aos procedimentos, empregar-se-á a pesquisa bibliográfica; no que tange a natureza, pesquisa qualitativa; e quanto ao local, pesquisa de campo.

O objetivo deste artigo é refletir acerca das diversas perspectivas da adoção *intuitu personae*, analisando sob a égide do melhor interesse e proteção da criança e do adolescente; busca ponderar sobre os benefícios que poderiam advir da criação de uma legislação que englobe referida espécie de adoção, flexibilizando o cadastro de adoção.

Em síntese, será abordado um pouco sobre a adoção legal e seu procedimento, e depois mais especificadamente sobre a adoção *intuitu personae*,

sua diferenciação com a adoção à brasileira, e o posicionamento recorrente do Poder Judiciário quanto a isso. Ademais, serão analisados os princípios e direitos norteadores da proteção da criança e do adolescente e, por fim, serão retratadas as perspectivas contraditórias dessa espécie de adoção, assim como os benefícios que poderiam advir da criação de uma legislação que integre essa modalidade de adoção.

1 ADOÇÃO

A adoção é: “o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha” (GONÇALVES, 2020, p. 376), podendo se dar tanto em situações em que o adotado seja criança ou adolescente, como até mesmo maior de idade. No mesmo sentido, expressa Diniz (2010, p. 522):

A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado.

Assim, entende-se estabelecida uma relação fictícia de filiação, que é plena e irrevogável, pois dissocia completamente o adotado de suas origens biológicas. Além disso, conforme art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), transfere ao adotado os mesmos direitos e deveres de um filho biológico, inclusive de cunho sucessório, com a ressalva dos impedimentos matrimoniais, os quais continuam vigorando em relação à família biológica e, agora, também com a nova família, a dos adotantes.

E, mais do que isso, a adoção, como importante instituto do Direito de Família, representa um papel humanitário na sociedade, muito significativo para os adotantes e adotados, pois é forma de constituir família, criando os laços mais importantes que uma pessoa possui, com inúmeras consequências positivas para todos os envolvidos. Assim, deve atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, prevalecendo este sobre quaisquer outros, o que fica estampado no art. 43 do ECA.

Portanto, é tamanha a importância do instituto, tanto no âmbito intrafamiliar e social, quanto na esfera jurídica, pois se caracteriza como matéria de interesse geral, sendo ato complexo, deferido somente por meio de sentença judicial, conforme expressamente consolida o art. 47 do ECA.

1.1 Procedimento e Requisitos Legais para Concessão da Adoção

A partir do advento da Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009 (conhecida como Lei da Adoção), foram revogados expressamente os dispositivos legais do Código Civil que tratavam da adoção, restando apenas a informação, nos artigos 1.618 e 1.619, de remessa à Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1999 (ECA), que é onde estão compactuadas as normas fundamentais para o instituto da adoção.

Em regra, devido a seu caráter de interesse público - trazendo consequências para o adotante e para o adotado, inclusive para terceiros - a adoção depende de um procedimento judicial regulado por requisitos legais e preestabelecidos. É, por exemplo, competente a Vara da Infância e Juventude para análise de ações de adoção de menores, sempre com a intervenção do Ministério Público; e a Vara Cível da Família, no caso de adotando maior de 18 anos.

Antes de postular o processo específico de adoção, é necessário que os pretendentes ingressem com ação para sua habilitação, cujo procedimento está expresso nos artigos 197-A a 197-F do ECA. Somente quando deferida a habilitação é que os adotantes serão inseridos nos cadastros apontados no art. 50 desse mesmo estatuto. Em referida ação, o Judiciário terá acesso às diversas informações acerca dos postulantes, como qualificação completa, declaração de sanidade física e mental, certidões de antecedentes criminais, comprovante de renda e domicílio, entre outras, o que permite uma análise completa do perfil dessas pessoas.

Outrossim, os pretendentes à adoção são avaliados por uma equipe multidisciplinar do Poder Judiciário, que elabora um estudo psicossocial, a fim de averiguar a aptidão deles para o desempenho de uma paternidade ou maternidade responsável. Além disso, as partes serão submetidas a uma espécie de preparação para a adoção, por meio de programa ofertado pela Justiça da Infância e da Juventude, o que constitui requisito legal para o deferimento da habilitação; bem como, sempre que possível e recomendado, será incluído contato com crianças e adolescentes que estejam em acolhimento familiar ou institucional.

Conforme orientações do Conselho Nacional da Justiça (2019):

[...] O programa pretende oferecer aos postulantes o efetivo conhecimento sobre a adoção, tanto do ponto de vista jurídico quanto psicossocial; fornecer informações que possam ajudar os postulantes a decidirem com mais segurança sobre a adoção; preparar os pretendentes para superar possíveis dificuldades que possam haver durante a convivência inicial com a criança/adolescente; orientar e estimular à adoção interracial, de crianças ou de adolescentes com deficiência, com

doenças crônicas ou com necessidades específicas de saúde, e de grupos de irmãos.

Com relação à capacidade para adotar, é possível aos maiores de 18 anos, desde que não sejam ascendentes ou irmãos do adotando. Também que entre adotante e adotado, pelo menos, tenham 16 anos de diferença de idade, independentemente do estado civil dos adotantes, deixando claro que no caso de adoção conjunta (realizada por um casal), é imprescindível que os adotantes sejam casados ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade familiar (art. 42, *caput*, §§§1º, 2º e 3º do ECA).

A consolidação da adoção fica subordinada ao consentimento do adotando, (caso tenha mais de 12 anos), e dos seus pais biológicos ou representante legal. Entretanto, esta declaração pode ser dispensada nos casos em que os pais não sejam conhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar, com fulcro no art. 45 do ECA.

Embasado no art. 46 do supracitado Estatuto, vê-se que também se faz necessário o chamado estágio de convivência entre os adotantes e a criança ou adolescente, que somente poderá ser dispensado se este já estiver sob a tutela ou guarda daqueles por tempo suficiente a avaliar se realmente é apropriada a constituição do vínculo. Referido estágio será assistido pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que apresentará relatório cuidadoso, e tem como principal objetivo observar e comprovar a sintonia entre as partes.

A Lei da Adoção também instituiu o Cadastro Nacional de Adoção, que em 2019, por meio da Resolução do CNJ nº 289, de 14 de agosto, obteve uma nova versão, denominada Sistema Nacional de Adoção. Esta, que surgiu da união do Cadastro Nacional de Adoção e do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas, mantém um registro de pessoas habilitadas para adoção e de crianças e adolescentes em condições para serem adotados, com o fim de alcançar maior celeridade e controle na resolução dos casos.

Em suma, referidos requisitos têm o objetivo precípuo de proteção dos adotados, bem como preparação dos adotantes. É necessário que haja compatibilidade entre eles, e que seja uma decisão favorável para ambos, considerando que se trata de um instituto que modifica consideravelmente a vida do adotando e adotante, além de ser irrevogável depois da decisão judicial definitiva que venha a deferir a adoção.

2 ADOÇÃO INTUITU PERSONAE

A adoção *intuitu personae*, também conhecida como adoção dirigida, consiste no fato de a própria família biológica escolher os adotantes da criança. É uma modalidade de adoção que não é permitida nem proibida pela legislação brasileira atual.

Dias (2015, p. 496) consubstancia que há esse tipo de adoção quando existe a vontade da genitora de entregar seu filho a uma pessoa determinada, bem como quando há a intenção de uma certa pessoa adotar uma criança determinada, o que pode ocorrer em circunstâncias de fato diversas.

Em complemento, Madaleno (2020, p. 701) aduz:

Adoção intuitu personae é aquela em que os pais dão consentimento para a adoção em relação a determinada pessoa, identificada como pessoa certa ou para um casal específico [...] Portanto, os pais biológicos intervêm nessa modalidade de adoção, concorrendo para a escolha da família adotante, porque essa aproximação entre os pais biológicos e os adotantes já vinha sucedendo, provavelmente, durante todo o período da gestação, ou porque mantinham vínculos de amizade e confiança com os adotantes indicados.

2.1 Distinção com a Adoção à Brasileira

A adoção à brasileira, também conhecida como adoção simulada, é uma criação da jurisprudência, hoje abordada pela doutrina, e consiste em registrar filho alheio como próprio, previamente combinado com a família biológica. É muito comum também nos casos em que o marido registra como seu o filho da esposa, quando este não o é.

Ou seja, tanto esse tipo de adoção, quanto a adoção *intuitu personae*, representam a “entrega” de filho a terceiro, de forma pactuada. Porém, tornar-se-á adoção à brasileira a partir do registro falso, o que é expressamente proibido pela legislação do país, caracterizando-se como uma prática ilícita, tipificada em lei como crime, previsto no art. 242 do Código Penal.

2.2 Posicionamento Recorrente do Poder Judiciário

A jurisprudência não é unânime quanto ao tema abordado. Entretanto, o posicionamento recorrente é no sentido de regularizar a adoção *intuitu personae* (assim como a adoção à brasileira), nos casos em que já existem vínculos de afetividade entre a criança e adolescente com os adotantes.

Para tanto, fundamenta-se no respeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, em prejuízo do atendimento ao Cadastro de Adotantes; bem como na primazia do acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de Recurso Especial, deliberou que a exigência de cadastro para fins de adoção admite exceção para atingir o melhor interesse da criança. Em um fato julgado em 2010, havia forte vínculo afetivo da criança com relação ao casal, que esteve ininterruptamente exercendo os cuidados sob ela durante os seus oito primeiros meses de vida, sem informação de qualquer prejuízo ou ilicitude na relação:

RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância a princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro; [...] (BRASIL, 2010).

Outrossim, o STJ tem reconhecido, no mesmo sentido, a interposição de mandado de segurança, medida cautelar e habeas corpus, antes mesmo de admitido recurso especial, como é o exemplo do recente julgado de Habeas Corpus nº 575.883 – SP:

"HABEAS CORPUS". DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR (1 ANO E DEZ MESES). SUSPEITA DE ADOÇÃO "INTUITU PERSONAE". ENTREGA PELA MÃE AO PAI REGISTRAL. PATERNIDADE BIOLÓGICA AFASTADA. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL EM ABRIGO. ILEGALIDADE. PRIMAZIA DO ACOLHIMENTO

FAMILIAR. AUSÊNCIA DE RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA OU PSÍQUICA DO INFANTE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE E DE PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRECEDENTES [...] 3. Inexistência, nos autos, de indício de fatos que desabonem o ambiente familiar em que a criança se encontrava. [...] 5. Primazia do acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional, com a preservação de vínculos afetivos estabelecidos durante significativo período. Precedentes desta Corte Superior. [...] (BRASIL, 2020).

Em complemento, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) reconheceu a possibilidade jurídica da adoção *intuitu personae*, por meio da aprovação, em 2015, do Enunciado nº 13, que exprime: “na hipótese de adoção *intuitu personae* de criança e de adolescente, os pais biológicos podem eleger os adotantes”.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A adoção, tratando-se de importante instituto do Direito de Família, possui como alicerce os princípios constitucionais, bem como os próprios desse ramo do direito, que o regem e demonstram os valores que devem ser buscados e priorizados, alguns dos quais se fazem pertinentes para a reflexão acerca da adoção *intuitu personae*, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade.

Além disso, quando se fala sobre infância e juventude, verifica-se que as crianças e os adolescentes são resguardados por alguns princípios específicos e doutrinas norteadoras para sua proteção, dentre eles o princípio da proteção integral; do melhor interesse do menor; e o direito à convivência familiar e comunitária.

3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, um dos mais importantes princípios constitucionais, elencado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme art. 1º, III, da Constituição Federal, não emitiu um conceito direto, mas tem como objetivo a concretização de uma vida digna a todas as pessoas, possibilitando uma interpretação extensiva. A doutrina elenca-o como um macroprincípio, que dá ensejo a todos os demais princípios e direitos constitucionais, devendo ser entendido como fundamento da ordem jurídica.

No âmbito da família, o princípio supracitado reflete-se no direito à busca pela felicidade - considerando que uma das formas de propiciá-la é por meio da

família - procurando assim proporcionar dignidade para todos os tipos de constituição de entidades familiares, sem distinção ou qualquer tipo de tratamento desigual.

3.2 Princípio da Afetividade

Nesse contexto, outro importante princípio para o direito familiar deve ser ressaltado: o princípio da afetividade, que atualmente alcança grande ascensão como norteador desse ramo jurídico. Gonçalves (2020, p. 24) reconhece: “os novos rumos conduzem à família socioafetiva, onde prevalecem os laços de afetividade sobre os elementos meramente formais”.

Portanto, o afeto revela grande valorização como formador de entidades familiares, até mesmo em razão de ser uma forma de proteger a dignidade da pessoa humana. Dias (2015, p. 49), acertadamente, expressa:

Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça.

Assim, conclui-se que o Estado não pode engessar a sociedade, impondo-lhe um modelo familiar pré-concebido pela legislação. Deve levar em consideração precipuamente se o arranjo familiar, ainda que não contido expressamente pelos moldes do direito, está atendendo à dignidade das pessoas envolvidas.

Isso se faz relevante principalmente quando se trata do interesse de crianças ou adolescentes. Inclusive, a Lei nº 12.010 (Lei Nacional da Adoção), por meio de suas diversas mudanças, reconheceu a afetividade e a afinidade como elementos primordiais para a constituição de uma família.

3.3 Princípio da Proteção Integral

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente faz parte da doutrina da proteção integral, que foi consagrada pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, admitida em 1989 pela ONU e ratificada no país pelo Decreto 99.710, de 1990 (BARBOZA, 2000, p. 203). Encontra-se presente no direito brasileiro por meio do art. 227 da CF, que foi reproduzido pelos arts. 4º e 5º, do ECA.

Por meio de referida doutrina, a criança e o adolescente passaram a ser tratados como pessoa dotada de dignidade e respeito, incumbindo ao Estado, à família e à sociedade o dever de assegurar ao infante, com prioridade absoluta, os

seus direitos fundamentais e cuidados necessários à sua formação, devido a sua condição mais frágil e situação peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Destarte, o princípio da proteção integral acarreta um tratamento singular à infância e juventude, que se afirma por meio de uma proteção especial, sendo integral e maximizada, que deve ser a todo custo efetivada.

Rossato, Lépore e Cunha (2019, p. 62) denominam referido preceito como um metaprincípio, e sobre ele declaram:

[...] pretende, pois, que a família se responsabilize pela manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência coletiva harmônica, e o Estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas.

3.4 Princípio do Melhor Interesse do Menor

Conforme dizeres de Maciel et al. (2019, p. 77), o princípio do melhor interesse do menor, também conhecido como princípio do superior interesse da criança e do adolescente, surgiu, igualmente ao anterior, a partir da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Esta foi introduzida no direito brasileiro por meio do art. 227, da Constituição Federal, tal como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que abarcou a doutrina da proteção integral do infante, trazendo amplitude para este princípio.

O melhor interesse do menor se consubstancia na busca incessante pela garantia do maior número de direitos fundamentais da criança e do adolescente. O objetivo precípua é proporcionar prioridade absoluta para os interesses deles, sejam nas decisões judiciais e interpretações legislativas, sejam nas aplicações de demais princípios e regras, bem como na elaboração de futuras normas, sempre observando o equilíbrio desses interesses.

Nesse contexto, Barboza (2000, p. 207) aduz:

[...] após a Constituição de 1988 o princípio do melhor interesse da criança passou a ser de observância obrigatória, com caráter de prioridade absoluta, em *toda* questão que envolva *qualquer* criança ou adolescente, e não apenas aqueles indicados pela lei, anteriormente considerados em situação irregular, já que todos, indiscriminadamente, têm iguais direitos.

Portanto, trata-se de um princípio orientador de todo o trâmite judiciário e social, que objetiva priorizar continuamente todas as crianças e adolescentes, assim

como seus direitos fundamentais, com relação aos adultos e seus respectivos interesses e direitos. Isto porque as crianças e os adolescentes são pessoas em desenvolvimento, que estão em situação de vulnerabilidade, cuja dignidade deve ser protegida pelo Estado.

4 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

O direito à convivência familiar e comunitária é um dos mais importantes para o âmbito da infância e juventude, levando em consideração que representa a garantia que toda pessoa tem de constituir uma família em ambiente de afeto e cuidados recíprocos, e assim fazer parte de uma comunidade.

Com a modernização do conceito de família, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, esta passou a significar:

[...] o ambiente de desenvolvimento da personalidade e da promoção da dignidade de seus membros, sejam adultos ou infantes, o qual pode apresentar uma pluralidade de formas decorrentes das variadas origens e que possui como elemento nuclear o afeto. [...] Desta sorte, a convivência em família é, sem dúvida, um porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e todo adolescente. Ser criado e educado junto aos pais biológicos ou adotivos deve representar para o menor de 18 anos estar integrado a um núcleo de amor, respeito e proteção. (MACIEL et al., 2019, p. 151, 162).

Assim, fica nítido o relevante papel do convívio familiar no desenvolvimento do infante, que é um ser em formação. Trata-se da primeira influência socializadora do indivíduo, que proporcionará ensinamentos acerca de valores éticos, sociais e morais, além de ofertar-lhe afeto, segurança e fortalecimento emocional, para, enfim, estruturar o adulto que se tornará.

Deste modo, a constituição familiar apresenta função fundamental na sociedade e, portanto, deve ser protegida pelo Estado, como bem estabelece a Carta Magna, em seu art. 226. Da mesma forma a convivência comunitária, que é tão relevante para a socialização e desenvolvimento da criança e do adolescente quanto fazer parte de uma família, inclusive como decorrente desta.

Referido direito foi inserido pela Constituição Federal, em seu art. 227, como um direito fundamental inerente à infância e juventude. Assim, obteve importantes reflexos no Estatuto da Criança e do Adolescente, cujos dispositivos legais, como exemplo o art. 19, buscam priorizar a manutenção da criança e do adolescente na

família de origem (natural ou extensa), e caso assim não seja possível, proporcionar colocação em família adotiva, sempre priorizando o melhor interesse do menor.

5 AS PERSPECTIVAS CONTRADITÓRIAS DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* E A NECESSÁRIA FLEXIBILIZAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA ADOÇÃO

A adoção *intuitu personae* pode ser analisada sob diversas perspectivas, tanto em cunho negativo como positivo, a depender do enfoque. Por se tratar de uma modalidade de adoção que pode ser demasiadamente impactante ao infante, deve ser compreendida com cautela e ponderação.

Inegável a percepção de que essa espécie de adoção caracteriza-se como burla ao cadastro de adotantes, visto que normalmente as pessoas a quem a família biológica entrega a criança não estão cadastradas no Sistema Nacional de Adoção. Dessa forma, desrespeita o procedimento preestabelecido pela legislação, assim como as pessoas que estão há anos cadastradas na fila de adotantes.

Nessa perspectiva, Digiácomo (2010) afirma que a adoção dirigida converte a criança em mero objeto dos pais, além de caracterizar um retrocesso à legislação vigente, contrariando-a claramente. Segundo o autor, essa prática acoberta até mesmo atitudes criminosas, como paga ou promessa de vantagens em troca do filho (art. 238 do ECA). Sobre o assunto, referido autor complementa:

E nem seria razoável (além de juridicamente admissível) solução diversa, pois toda vez que a Justiça da Infância e da Juventude, abrindo mão de suas prerrogativas legais e constitucionais (e mesmo de seu poder jurisdicional), se limita a "homologar" situações pretensamente já consolidadas (concedendo "adoções *intuitu personae*", notadamente a pessoas não habilitadas previamente), mas que traduzem um "ato de disposição" dos pais em relação a seus filhos, não previsto e nem admitido pelo ordenamento jurídico vigente, que representa evidente burla à sistemática legal para adoção, está desestimulando e mesmo desrespeitando (e assim lesando, de forma absolutamente injustificada e injustificável) todos aqueles que confiaram no Poder Judiciário e se submeteram ao procedimento de habilitação à adoção, alimentando assim uma "espiral de ilegalidade" que já existe desde tempos imemoriais e que, a persistir tal mentalidade, jamais terá fim.

Entretanto, a fim de rechaçar referidos apontamentos, deve-se refletir acerca de duas circunstâncias: a questão da morosidade do sistema de adoção atual,

reforçado pelos prejuízos que podem advir de um longo período em instituições de acolhimento; bem como a análise dos princípios já clarificados anteriormente, principalmente o da afetividade e o do melhor interesse do menor, que constituem os valores a serem observados nos dias de hoje pelas decisões na área da família.

A complexidade do processo de adoção é indiscutível, muitas vezes não atendendo à realidade atual da sociedade. Inevitavelmente, referida burocracia acaba ocasionando que muitas crianças e adolescentes passem períodos longínquos em instituições de acolhimento, sendo privados de uma convivência familiar adequada.

A institucionalização, fatalmente, não proporciona a segurança e direitos fundamentais ao crescimento saudável do infante, que fica suscetível à apresentar danos psicológicos, bem como atraso em seu desenvolvimento mental e emocional. Destarte, a adoção dirigida seria uma forma de possibilitar que o processo de adoção seja agilizado, inserindo a criança ou adolescente mais rapidamente em um lar, prevenindo os supracitados danos, que poderiam ser irreparáveis ou de difícil reparação.

Ademais, quando se analisa sob o olhar dos enfoques principiológicos, é seguro afirmar que a adoção deve atender a eles, não obstante o que diz a legislação. Isto porque a adoção significa muito além de uma relação meramente jurídica, mas uma conexão afetiva, representando a construção de uma entidade familiar importante e necessária para o adequado desenvolvimento de uma criança ou adolescente. Nesse sentido, Rezende (2016, p. 7) expressa:

Em suma, a verdadeira finalidade da adoção, hoje, é propiciar ao adotado as melhores condições de desenvolvimento humano e de realização pessoal, fornecendo-lhe uma família em que ele se sinta protegido, acolhido e querido.

Em complemento, é importante ressaltar que o superior interesse a ser protegido nessa relação deve ser o da criança ou adolescente, pois a adoção deve considerar, prioritariamente, o interesse do menor, como reforça o art. 43, do ECA.

Assim, quando se defere uma adoção *intuitu personae*, o magistrado não está menosprezando o direito das pessoas que estão na fila de adoção, ou prevalecendo sobre elas os adotantes irregulares, mas sim priorizando os direitos e interesses dos menores em questão. Afinal, o melhor interesse da criança ou adolescente seria inevitavelmente continuar sob a guarda daqueles que ofertaram-lhe desde sempre cuidados, amor e proteção, pois esta é a intenção de se constituir família.

Como bem expressa Souza (2020, p. 3):

Não se trata da busca de uma criança para uma família, trata-se de uma busca de uma família que acolha, represente e garanta os princípios superiores e fundamentais a um ser humano, ligado por vínculos afetivos.

Outrossim, com base no princípio do melhor interesse do menor, é razoável concluir que os pais biológicos, ainda detentores do poder familiar, mais do que qualquer pessoa ou órgão jurídico, são os melhores titulares do direito de escolher as pessoas ideais para cuidarem de seus filhos, não porque os consideram como objetos, mas porque prezam pelo melhor para eles. E o fazem por diversos motivos, geralmente relacionados à uma ligação de inteira confiança ou amizade com os adotantes, cuja intenção maior é que as crianças sejam imediatamente adotadas e acolhidas em um novo seio familiar, para que não sejam institucionalizadas.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente demonstra, em diversos dispositivos legais, inclusive na subseção que trata da adoção (art. 45), assim como no art. 166, a prevalência para o consentimento dos pais. No mesmo sentido dispõe o Código Civil, que garante aos pais o direito de escolher os tutores de seus filhos, em caso de falecimento, conforme art. 1.729.

Sobre o assunto, Dias (2015, p. 498) brilhantemente aduz:

E nada, absolutamente nada, deveria impedir a mãe de escolher a quem entregar o seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos é um casal de amigos, que têm certa maneira de ver a vida, ou uma retidão de caráter, que a mãe considera serem os pais ideais para o seu filho.

5.1 Vantagens da Elaboração de uma Legislação que Flexibilize o Cadastro de Adoção

É certo que existem determinadas hipóteses de adoção, previstas no art. 50, §13º do ECA, que dispensam o cadastro prévio, quais sejam: nos casos em que a adoção é realizada por um dos cônjuges ou companheiros com relação ao filho legítimo do outro, denominada adoção unilateral; quando o pedido de adoção é formulado por algum ente da família extensa, ou seja, parentes próximos com os quais o infante possui convívio, afinidade e afetividade; e nas situações em que o pedido provém de pessoa que já possua a guarda ou tutela da criança maior de três anos ou adolescente, em situação em que seja perceptível laços de afinidade e afetividade criados, desde que não tenha havido má-fé ou fraude.

Contudo, apesar de ser uma prática muito recorrente no Brasil, nenhuma das supracitadas hipóteses abarca a adoção *intuitu personae*, que somente tem a

possibilidade de ser formalizada por meio de decisão judicial, ficando sujeita ao critério do magistrado, que pode ou não ser favorável à ela.

Conseqüentemente, o que acontece na prática é que os adotantes irregulares criam a criança ou o adolescente sob o manto da clandestinidade, ao menos até que se estabeleçam indícios seguros de afetividade com aquele, já que a jurisprudência tende a ser favorável à adoção dirigida nesses casos. Isto porque, ausente referida circunstância, temem que o Poder Judiciário retire-lhes a guarda de fato, o que por vezes é o que acontece. Dias (2015, p. 498) assim exemplifica, verificando-se claramente a problemática causada:

O juiz não avalia sequer quem a mãe entregou o filho, para verificar se a situação em que se encontra a criança atende ao seu melhor interesse. Não, imediatamente arranca a criança dos braços que sempre a acalentou e determina sua institucionalização. Lá permanece até findar o processo de destituição do poder familiar, o que frequentemente chega a demorar anos. Só depois a criança é entregue em adoção ao primeiro inscrito da lista que esteja disposto a adotá-la. Como, de modo geral, todos desejam adotar crianças de pouca idade, retirada de quem a quis, acaba sem ninguém que a queira.

Em decorrência disso, normalmente os adotantes e os pais naturais do infante constituem a adoção dirigida de forma velada, oculta do Poder Judiciário, o qual não tem como exercer nenhum tipo de controle sobre ela, sequer proteger ou preparar os adotados e adotantes, respectivamente.

Assim, na adoção *intuitu personae* os adotantes não se submetem ao trâmite judiciário, já exposto, que é necessário para se concretizar uma adoção. Ou seja, não são avaliados psicossocialmente por uma equipe técnica especializada, não têm seus dados analisados por servidores da justiça, assim como não passam pelo curso preparatório para adoção, estando totalmente despreparados para tanto.

Além disso, algumas das controvérsias acerca das conseqüências dessa modalidade de adoção, como a objetificação do infante, o tráfico infantil, ou a comercialização de bebês, não têm como serem prevenidas concretamente sem a salvaguarda do Poder Judiciário.

Por todo o exposto, seria de grande valia a elaboração de uma legislação que flexibilizasse o cadastro de adoção e reconhecesse a adoção *intuitu personae*. Desse modo, esse tipo de adoção atenderia aos requisitos legais, essenciais para proteção e preparação dos envolvidos, além de proporcionar uma forma mais célere de inserir a criança ou adolescente em uma entidade familiar. Tudo de acordo com a

manifestação de vontade dos pais biológicos do infante, assim como priorizando o melhor interesse do menor, garantindo a ele um amadurecimento saudável e seguro, no seio de uma família.

Importante destacar que a legislação deve sempre acompanhar as mudanças da sociedade, e a justiça se adequar da melhor forma à elas, até mesmo para que proporcione segurança jurídica à sociedade, evitando decisões divergentes sobre uma mesma situação.

Em busca dessa perspectiva, já há um projeto de lei do Senado Federal sobre a adoção *intuitu personae* (Projeto de Lei nº 369/2016), com o fim de incluí-la em uma das situações em que se permite o deferimento da adoção sem que haja cadastro prévio, "mediante a comprovação de prévio conhecimento, convívio ou amizade entre adotantes e a família natural, bem como, para criança maior de dois anos, do vínculo afetivo entre adotantes e adotando" (PL 396, 2016), respeitando-se o preenchimento dos requisitos necessários à adoção.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção é um instituto jurídico muito relevante, além de ser fundamental para o desenvolvimento da criança ou adolescente adotado, bem como modificar consideravelmente a vida do adotante. À vista disso, depende do atendimento de diversos requisitos, preestabelecidos pela lei, que prezam prioritariamente pela proteção do adotando e preparação do adotante.

Considerando esse aspecto, é certo que a adoção *intuitu personae* possui alguns pontos controversos, justamente por não atender aos específicos requisitos legais e estar efetivamente fora do resguardo da legislação. Assim, caracteriza burla ao cadastro de adotantes e pode até mesmo ser meio para práticas ilícitas e/ou prejudiciais ao menor, como tráfico de crianças, objetificação do infante, adotantes despreparados, entre outras.

No entanto, as vantagens que podem resultar dessa modalidade de adoção são sobressalentes, considerando a busca pelo melhor interesse e proteção integral da criança e do adolescente. Isso em razão de serem pessoas em situação peculiar de desenvolvimento, que possuem direito à uma vida digna, no seio de uma família que lhes proporcione afeto, proteção e um desenvolvimento saudável. Assim, o princípio do melhor interesse do menor deve ser observado tanto na criação das leis, quanto na análise das situações concretas e posteriores decisões judiciais, como o superior interesse a ser protegido, acima de todos os demais.

Nesse contexto, a adoção *intuitu personae* caracteriza-se por ser uma forma de concretizar referido princípio, pois tende a agilizar o seguimento da adoção,

afastando longos períodos de institucionalização do menor - o que comumente ocasiona atrasos consideráveis em seu desenvolvimento psicológico, social e afetivo - e propiciando a colocação em família socioafetiva. Além disso, esse tipo de adoção é intermediado pela própria família biológica, que em tese seria a melhor detentora do direito de escolher os adotantes ideais para seus filhos.

Destarte, os aspectos questionáveis advindos dessa modalidade de adoção indubitavelmente seriam prevenidos por meio da criação de uma legislação que trate da adoção dirigida, isto é, que possibilite que o Poder Judiciário acompanhe referida prática. Dessa forma, inibe a clandestinidade na criação dessas crianças ou adolescentes e proporciona a adequada preparação dos adotantes, para que enfim possam propiciar um lar saudável e seguro para os adotantes, em atendimento aos princípios e direitos da criança e do adolescente e ao fundamento da adoção em si.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALLARDIN, Flávia Gubert; SILVA, José Gomes da; NUNES, Ayrton Motta. **Adoção intuitu personae: algumas reflexões à luz do princípio do melhor interesse da criança.** Revista Jurídica UNIGRAN, 2019. Disponível em: <https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/41/artigos/artigo_12.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A família na travessia do milênio:** anais do II congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 578 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, 5 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 de dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 de jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, DF, 3 de ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Habeas corpus nº 575.883/SP (2020/0094887-0)**. Impetrante: Helio Ferraz de Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data de Julgamento: 04/08/2020. Data de Publicação: DJe 20/08/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919820183/habeas-corpus-hc-575883-sp-2020-0094887-0/inteiro-teor-919820203?ref=serp>>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.172.067/MG (2009/0052962-4)**. Relator: Ministro Massami Uyeda. Data de Julgamento: 18/03/2010. Data de Publicação: DJe 14/04/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9115155/recurso-especial-resp-1172067-mg-2009-0052962-4/inteiro-teor-14264225>>. Acesso em: 29 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 289, de 14 de agosto de 2019**. Dispõe sobre a implantação e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA e dá outras providências. Diário da Justiça Eletrônico/CNJ nº 165, p. 2-5, 15 de ago. 2019. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2976>>. Acesso em: 17 out. 2020.

CNJ. **Passo a passo da adoção**: sistema nacional de adoção e acolhimento. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>>. Acesso em: 20 out. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 750 p.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Da impossibilidade jurídica da "adoção intuitu personae"**. MPPR, 2010. Disponível em: <<http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1081.html>>. Acesso em: 29 out. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5. 749 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 6. 736 p.

IBDFAM. **Enunciados do IBDFAM**. Disponível em:
<<https://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em: 20 out. 2020.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. et al. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1.312 p.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 1.424 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: em busca da constituição federal das crianças e dos adolescentes. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1.160 p.

REZENDE, Priscilla Correa Gonçalves de. **Adoção intuitu personae: um confronto entre o direito posto e a realização da justiça**. Revista de Direito de Família e Sucessão, 2016. Disponível em:
<<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0227/2016.v2i2.1277>>. Acesso em: 03 out. 2020.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069/90. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 752 p.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 369, de 2016**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para dispor sobre adoção intuitu personae. Disponível em:
<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127082>>. Acesso em: 03 out. 2020.

SOUZA, Maria Isabel Santos. **Adoção intuitu personae sob a ótica do melhor interesse da criança e o cadastro único**. UCSAL, 2020. Disponível em:
<<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/1664>>. Acesso em: 02 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. 1.640 p.

INSERÇÃO DA CRIANÇA EM FAMÍLIA SUBSTITUTA: GARANTIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMO MEDIDA PROTETIVA

SILMA MENDONÇA ROCHA:
Graduada em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Bauru – IESB.

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora).

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar quais são as medidas protetivas asseguradas pela Magna Carta e também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em se tratando da inserção dos mesmos em família substituta, e como se dá essa convivência familiar e comunitária. Serão apresentados os modelos de famílias existentes e seu contexto histórico. Como surgiu a família acolhedora e quais são os procedimentos para a participação do programa. A pesquisa promove uma discussão sobre inclusão social apresentando conceitos por meio da pesquisa bibliográfica da área do Direito Civil. Por último, a apresentação dos institutos da Guarda. Tutela e Adoção que são caracterizados como medidas de exceção tratadas pela Constituição da República Federativa de 1988, sendo que a colocação da criança em família substituta, se faz necessário, tendo em vista a reintegração familiar, sempre que possível, eliminando os riscos sociais pessoais, que levaram a retirada da criança. Se houver possibilidade da inserção da criança a sua família de origem, no retorno, as crianças continuarão recebendo um acompanhamento por uma equipe especializada.

Palavra-chave: Acolhimento. Criança. Família.

Abstract: The purpose of this article is to analyze which are the protective measures provided by the Magna Carta and also by the Statute of the Child and the Adolescent in relation to the insertion of the same ones in substitute family, and how this family and community coexistence takes place. Existing family models and their historical context will be presented. How did the welcoming family come about and what are the procedures for participating in the program? The research promotes a discussion about social inclusion presenting concepts through the bibliographic research of the area of Civil Law. Finally, the presentation of the Institutes of the Guard. Guardianship and Adoption, which are characterized as exceptional measures dealt with by the Constitution of the Federative Republic of 1988, and the placement of the child as a substitute family is necessary, with a view to family reintegration whenever possible, eliminating personal social risks, which led to the withdrawal of the child. If there is a possibility of insertion of the child to his / her family of origin, in return, the children will continue to receive follow-up by a specialized team.

Keywords: Reception. Kid. Family.

Sumário: Introdução. 1. Convivência familiar e comunitária: instituição e o papel social das famílias existentes. 1.1 O papel da Família Substituta. 2. Medidas de proteção asseguradas pelo estatuto da criança e do adolescente. 3. Da família acolhedora. 4. Guarda. 5. Tutela. 6. Adoção. 7. Metodologia. Considerações Finais. Referências

Introdução

Com intuito de manter uma relação de afeto o instituto da família substituta é a instalação da criança no lar de uma família que se dispõe a fornecer as necessidades básicas das quais necessitam, proporcionando-os uma vida digna.

O Direito Brasileiro dispõe no Estatuto da Criança e do Adolescente a partir de seu artigo 28 considerações sobre a Família Substituta, sendo a problematização da pesquisa realizada sobre como são asseguradas as garantias constitucionais da criança que é inserida neste meio familiar.

Se a criança é inserida em uma família substituta, logo ela terá as suas garantias constitucionais asseguradas pela Legislação Brasileira, as quais serão tratadas no decorrer deste artigo.

A metodologia escolhida é a pesquisa bibliográfica, com intuito de apresentar o contexto e avanço da legislação, a importância deste instituto para o Direito.

Este artigo tem o objetivo geral de analisar quais são as medidas protetivas asseguradas pela Magna Carta de 1988 cabíveis em relação ao instituto, os objetivos específicos são os de analisar o estado em que a criança é acolhida pela família substituta, além identificar quais são os problemas psicológicos que a criança apresenta ao ser inserida neste meio familiar.

1 Convivência familiar e comunitária: instituição e o papel social das famílias existentes

Para compreender esse capítulo serão abordados os seguintes modelos de família existentes:

Antigamente, a organização familiar era formada por um poder patriarcal, no qual o papel da mulher/mãe era destacado por sua autoridade, havia um vínculo biológico, afetivo para com seus filhos.

“A hipótese patriarcal surgiu em 1861, quando o suíço Johann Bachofen sugeriu a existência de sociedades patriarcais na pré-

história. Suas ideias influenciaram fortemente antropólogos e arqueólogos do final do século 19 e começo do século 20. Quando os pesquisadores da chamada era do gelo (40.000 - 10.000 a.C.) desencavaram grande quantidade de estátuas femininas conhecidas como vênus (essa que você vê acima é a vênus de Willendorf), foram rápidos em identificá-las como representações de deusas-mãe. Em 1901 o arqueólogo britânico Sir Arthur Evans descobriu a civilização minóica, que teve seu auge na Grécia entre os séculos 27 e 11 a.C., e afirmou tratar-se de uma sociedade matriarcal." (MATRIARCADO: HISTÓRIA OU MITO? 2005).

Posteriormente, quem recebeu um destaque maior foi o pai, com sua arbitrariedade, se destacando em atividades do campo, como caça, pesca, etc., tornando-se o responsável pelo sustento familiar.

O reconhecimento do papel da mulher na sociedade foi reconhecido apenas pelas suas funções domésticas e matriarcais. O Código Civil Brasileiro/2002 utilizava a expressão pátrio poder em sua redação, sendo substituída pelo poder familiar, no Livro IV Do Direito de Família, em que o pai e mãe que cuidavam de suas famílias em conjunto, não havendo relação de subordinação, nem pela mulher, nem pelo homem, e seus filhos devendo obediência a ambos.

Vejamos um exemplo:

"Art. 1.634 Código Civil. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 ; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição."

Diante das alterações ocorridas, imperou o Direito Romano, ao qual há um grande destaque para a moral, os bons costumes e caridade, como afirma a doutrinadora Dias, 2005; p. 1:

“Nos mostra que, ao longo da história, a família gozou de um conceito sacralizado por ser considerada a base da sociedade. De início, as relações afetivas foram apreendidas pela religião, que as solenizou como união divina e abençoada pelos céus. O Estado não podendo ficar aquém dessa intervenção nas relações familiares, buscou estabelecer padrões de estrita moralidade e de conservação da ordem social, transformando a família numa instituição matrimonializada, [...] A tendência do legislador é de arvorar-se no papel de guardião dos bons costumes, buscando a preservação de uma moral conservadora. É o grande ditador que prescreve como as pessoas devem proceder, impondo condutas afinadas com o moralismo vigente. Limita-se a regulamentar os institutos sociais aceitáveis e, com isso, acaba refugiando-se em preconceitos. Qualquer agir que se distancie do parâmetro estabelecido é tido como inexistente por ausência de referendo legal.”].

A família atual tem uma característica de afetividade, ambos os pais em busca do que é melhor para a sua prole, e o Estado protegendo-os Constitucionalmente como instituto familiar, presente no artigo 226 da Magna Carta (Constituição Federal de 1988), demonstrando a evolução, do ponto de vista em que há mais deveres do poderes diante da filiação.

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao

Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. ”

1.1 O papel da Família Substituta

A importância da família na vida do ser humano é indispensável, vez que é a partir dela que ele adquire os seus primeiros conceitos que formarão, ao longo do tempo, as pilastras de seu caráter, servindo de orientação para os inúmeros caminhos que a vida imporá durante sua trajetória.

“O direito a convivência familiar e comunitária conferido as crianças é reconhecido internacionalmente pelas Nações Unidas, desde a Convenção de 1989 sobre Direitos da Criança. Assim dispõe o seu preambulo “que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”. Ainda declaram que, a família é um grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças (PELIANO et al, 2004)”.

Infelizmente o fornecimento de uma família estruturada às crianças, em condições necessárias para uma sólida, não vem sendo alcançada, aliás, pelo contrário, é alvo de diversos embates contra a mídia e a tecnologia e pelas condições socioeconômicas, além do uso abusivo de drogas.

O modelo da família substituta ameniza o sofrimento de milhares de menores, porém apenas refletem o caos em que vive a família brasileira, que não apresenta condições financeiras, morais e educacionais de manterem seus filhos.

De acordo com Alexandre Sturion de Paula (p.4):

“O ECA trata da Família Substituta em seus arts. 28 a 32 e 165 a 170. Esta, como o nome já a define, consiste em uma célula familiar que substituirá a família original, ou melhor, os benefícios que uma família deveria estar proporcionando ao menor, lhe oferecendo educação, lazer, alimentação, segurança, enfim, todo o bem-estar geral da criança e do adolescente, evitando assim, a internação do menor”.

2 Medidas de proteção asseguradas pelo estatuto da criança e do adolescente

Ao serem inseridas em um ambiente familiar, as crianças serão protegidas e cuidadas, assim como especifica o Artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

“É dever da família, da sociedade e do estado; assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Emenda 65, de 2010)”.

De acordo com a Lei 8.069/90, tem-se a seguinte definição de Criança

“Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

Algumas medidas de proteção à criança são determinadas por uma autoridade competente diante de qualquer situação ocorrida que coloque a integridade dos mesmos em risco, são elas o encaminhamento, a orientação, inclusão em programa de acolhimento familiar, e a colocação em família substituta.

Essas medidas são caracterizadas por ações ou programas assistenciais aplicadas isolada ou cumulativamente quando os pupilos estiverem em situação que demonstrem risco em qualquer aspecto, ou quando há a prática de algum ato considerado infracional.

O acolhimento familiar e o apoio institucional são caracterizados por serem medidas excepcionais que servem como uma forma de reintegração no seu ambiente de origem.

Não sendo possível a reintegração familiar, serão colocadas em família substituta, por meio da guarda, tutela ou adoção (de caráter excepcional, última medida a ser aplicada).

“Apenas em última análise, vencidas todas as etapas e aplicadas todas as medidas previstas no citado art. 129 da Lei nº 8.069/90, caso se mostre impossível tal reestruturação e reintegração familiar, é que se irá falar em colocação da criança ou adolescente em família substituta, para o que, na falta de

familiares interessados em assumir o encargo (pois por força do disposto nos arts.28, §2º, primeira parte e 100 da Lei nº 8.069/90, terão estes preferência para fazê-lo), deverão ser chamados, pela ordem de inscrição, pessoas ou casais regularmente registrados, como manda a lei, no cadastro próprio de pretendentes à adoção mantido pelo Juízo a quo (conforme art.50, da Lei nº 8.069/90), não devendo ser reconhecido aos pais qualquer "direito" em indicar a pessoa ou casal com que seus filhos irão permanecer. Devemos, pois, ter em mente que a verdadeira e definitiva solução para os problemas experimentados por crianças e adolescentes oriundos de famílias carentes e desestruturadas, que muitas vezes se veem na impossibilidade de criá-los e educá-los de acordo com os "padrões" aceitáveis por nossa sociedade [nota 14], não é, em absoluto, a colocação daqueles em famílias substitutas e muito menos seu execrável abrigo, mas sim o investimento maciço na reestruturação familiar, através do encaminhamento de toda família a programas oficiais ou comunitários de orientação, apoio e promoção social que cada município, por imposição da Lei nº 8.069/90 e Constituição Federal, deve criar e manter". (DIGIÁCOMO, 2018, p. 1).

O acolhimento familiar é aplicado pelo Juiz da Vara da Infância e Juventude, em que a criança é retirada da guarda de sua família biológica e é inserido em um ambiente familiar, que é encarregado de oferecer carinho, proteção, e suprir todas as necessidades básicas do acolhido.

3 Da família acolhedora

Modalidade prevista em lei, onde a criança é retirada de sua família de origem ou alguma instituição e logo em seguida encaminhadas a um ambiente totalmente familiar, visando a proteção e resgate do vínculo afetivo.

"As famílias acolhedoras oferecem condições favoráveis para o desenvolvimento da criança e do adolescente, um ambiente saudável, seguro e afetivo. Ao serem encaminhadas a essas famílias, as crianças não são "institucionalizadas", ou seja, não ficam em abrigos à espera da adoção ou do retorno à família de origem". (CNJ,2017)

Essa medida de retirada da criança de seu lar originário, ou da instituição em que reside ocorre em caráter excepcional, quando são esgotados todos os meios possíveis de convivência nos locais citados acima.

A família acolhedora é submetida a uma seleção após o cadastro no programa, passa por um treinamento, além do acompanhamento psicológico para poder receber a criança em seu lar pelo tempo determinado, reestabelecendo o vínculo afetivo que ora foi infrutífero para os pupilos, para que possam retornar a família biológica ou substituta.

“O afastamento da criança ou do adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária. A criança em acolhimento poderá ser encaminhada para adoção ou retornar à família de origem – ou seja, nem toda criança acolhida está apta à adoção. De acordo com o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), da Corregedoria do CNJ, há cerca de 7,8 mil crianças cadastradas para adoção no país, ou seja, cujos genitores biológicos perderam definitivamente o poder familiar.” (CNJ,2017)

O período que a criança fica acolhida pela família é de seis meses, o tempo de uma adoção, e a família recebe uma ajuda de custo de um salário mínimo, devendo ser acolhida uma criança/adolescente por vez, exceto quando houver grupo de irmãos, onde todos serão acolhidos.

De acordo com o Programa De Família Acolhedora (FPA):

“O Programa de Famílias Acolhedoras caracteriza-se como um serviço que organiza o acolhimento, na residência de famílias acolhedoras, de crianças e adolescentes afastados da família de origem mediante medida protetiva. Representa uma modalidade de atendimento que visa oferecer proteção integral às crianças e aos adolescentes até que seja possível a reintegração familiar (BRASIL, 2017a p. 42) ”.

O Programa prevê diferentes denominações para essas famílias: família de apoio, família guardiã, família solidária, família cuidadora e, Família acolhedora (2017a, p. 128). Essa modalidade oferece uma experiência de vida familiar que, em determinadas situações de negligência, abandono, maus tratos entre outras, os pais biológicos não podem proporcionar.

De acordo com Valente, 2013, p.104:

“Como medida de proteção, o serviço deve realizar um trabalho psicossocial levando sempre em consideração o caráter excepcional e provisório do acolhimento. Deve assumir, como necessidade fundamental e prioritária, a preparação da reintegração familiar de forma protegida. Para isso, torna-se imprescindível o acompanhamento da família de origem/extensa, em corresponsabilidade com a rede de proteção e a Vara da Infância e Juventude, para que, com qualidade, as ações possam ocorrer de maneira ágil, como o próprio momento da criança e do adolescente exige. Na impossibilidade de retorno à família de origem/extensa, deve ser realizado o trabalho de encaminhamento para uma família substituta, garantindo assim o direito à convivência familiar e comunitária”.

As crianças permanecem acolhidas por uma família até que se verifique a possibilidade de reintegração ao lar de origem, sendo inviável a reintegração, serão encaminhados para a adoção, tendo seus nomes incluídos no Cadastro Nacional de Adoção, quando não houver vínculos e interesse de outro familiar, além do pai ou da mãe.

4 Guarda

A guarda está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como uma modalidade em que é prevista apenas quando é descumprido o dever de guarda, decorrente do poder familiar.

Se os pais descumprirem alguma obrigação, a guarda é destacada em relação ao poder familiar, transformando-a em uma modalidade de colocação em família substituta, não implicando na destituição do poder, mas sim a transferência provisória da obrigação de cuidar da manutenção da integridade da criança ou adolescente.

Segundo a norma do Estatuto, a guarda é a modalidade de colocação em família substituta destinada a regularizar a posse de fato. Assim ela obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

É uma medida provisória que antecede a devolução da criança para a sua família biológica, ou até que exista o seu encaminhamento para a família substituta, ou seja, os pais adotivos.

5 Tutela

A tutela caracteriza-se como uma modalidade de inserção em família substituta, conferindo representação ao tutelado até que o mesmo complete 18 anos, sendo portanto, uma medida assistencial que substitui a autoridade parental.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado tem-se o conceito de tutela como:

“Forma de colocação em família substituta que, além de regularizar a posse de fato da criança ou adolescente, também confere direito de representação ao tutor, permitindo a administração de bens e interesses do pupilo. Desta feita, a tutela pressupõe a destituição ou suspensão do poder familiar, o que não ocorre com a guarda. Como destacam Josiane Rose Petry Veronese e Mayara Silveira “muito embora se assemelhe ao caráter protetivo do instituto da guarda, a tutela tem um raio de abrangência significativa maior, sendo seu exercício incompatível com o do poder familiar”.

O artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua esta modalidade. Vejamos:

“Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.”.

A Constituição Federal, em seu art. 227, § 1º, afirma que é dever do Estado participar da assistência integral das crianças, existindo amparo legal para que tenham condições básicas para o seu desenvolvimento, contribuindo com a sociedade, e construindo um futuro melhor para as próximas gerações.

6 Adoção

A adoção se constitui no desejo de ter um filho, um sonho, é um ato de amor, carinho, espera e ansiedade, tanto da criança quanto da pessoa que vai adotar toda uma mudança de rotina e muito mais.

É a vontade de se construir uma família para aquelas pessoas que não tem condições como no caso de um casal que não pode ter filhos por motivos de saúde, um casal homoafetivo, e até mesmo os solteiros.

É um tema bastante importante, pois se trata da formação de um lar, de uma família e para as crianças adotadas, uma oportunidade que naturalmente, não lhes foi proporcionada, é a busca de um ambiente agradável e gratificante de se viver.

Em um aspecto histórico, em se tratando da adoção, considera-se com um princípio bíblico, já que segundo a Bíblia somos filhos adotivos de Deus (Ef: 1.5).

Moisés foi adotado pela filha de Faraó por volta de 1.500 anos a.C.

Mais adiante, na época da escravidão, as mulheres “adotavam” os filhos de outras escravas que eram comprados por seus senhores para que esses os servissem desde pequenos.

Existia neste mesmo seguimento as que eram tiradas de suas famílias para serem exploradas, serviam como babás, empregadas domésticas, etc., sem direito algum.

Então, já se percebe que, não havia uma veemência simples de zelo e cuidado pelo menor necessitado ou abandonado; essencialmente, este filho alagava um lugar distinguido, sendo também particular a maneira como o mesmo era tratado, sempre de forma distinta, comumente inferior, em comparação aos filhos naturais daquela família. Poderia se dizer que é parecido a adormecer junto com os demais membros da família e não no espaço reservados aos empregados, no entanto, não ser dono de um quarto ou uma cama própria. Referido legado cultural ajudou expressivamente para que, até a nossa atualidade, esta forma de filiação seja carregada por costumes e preconceitos.

Nesse sentido o autor Rangel (2014 apud Weber,2001). Nos mostra que durante muito tempo praticou-se também a doção à brasileira, quando crianças eram adotadas e registradas como filhos biológicos:

“A prática ilegal de registrar como filho uma criança nascida de outra pessoa sem passar pelos trâmites legais, ou seja, o registro feito diretamente em cartório, conhecida como adoção à brasileira, até os anos 80 do século XX, constituía cerca de 90% das adoções realizadas no país. Desta forma. Procurava-se dentre outras razões, esconder a adoção como se esta fosse motivo de vergonha e humilhação. Hoje em dia, embora a lei proíba tal prática, ainda encontramos casos de pessoas que realizaram adoção à brasileira e justificam que o fizeram por não saber que era ilegal e porque na época em que o avô, o pai, ou algum conhecido realizou uma adoção, era assim que se fazia”.

A adoção garante a dignidade e reconhecimento social e a formação e a proteção da criança em um ambiente familiar, resguardando o direito aos pais adotivos de ter um filho quando isso não é possível por meios naturais.

O artigo 227 da Constituição Federal 1988 diz:

“[...]§5º A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. §6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, 1988, p.3)”.

Hoje a criança adotada tem garantido pela nova lei de adoção os mesmos direitos do filho biológico, sendo assim, os casais interessados em adotar o fazem com a plena consciência de que além do vínculo afetivo o adotado será também seu herdeiro.

Em agosto de 2009 foi sancionada a Lei nº. 12.010/2009, que elenca novas questões a respeito da prática da adoção no Brasil, não havendo entre esta e a Nova Lei da Adoção diferenciação legal entre os filhos de um casal, independentemente de serem eles adotivos ou biológicos. Segundo o autor Rangel (2014 apud Weber, 2001).

“Essencialmente, as leis nacionais anteriores ao Estatuto da Criança e do Adolescente privilegiava os filhos sanguíneos em detrimento dos adotivos, apreciando o chamado “laço de sangue”, dando a àquele uma posição superior. Contudo, com a Lei nº. 12.010, de 03 de agosto de 2009, que dispõe sobre adoção; altera as Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências, mais precisamente em seu artigo 25, o mesmo apresenta o conceito de família extensa ou família ampliada, sendo esta composta por parentes adjacentes da criança e que teriam precedência em sua adoção caso ela não ficasse sob o zelo dos pais”.

Segundo Rodrigues (2007, p. 336 e 337), “Houve um relativo avanço com o advento da Lei 3.133/57, que alterou a redação de cinco artigos do código civilista, vez que diminuíram os obstáculos para aquele que queria adotar, principalmente para os mais jovens: a idade foi reduzida para trinta anos, e a diferença de idade entre adotante e adotado para dezesseis anos”.

Porém, há uma problemática a ser discutida: Por qual motivo existem abrigos cheios de crianças esperando por uma família e muitas famílias querendo adotar?

7 Metodologia

A metodologia escolhida para a realização do presente artigo é a pesquisa bibliográfica, com intuito de apresentar o contexto e avanço da legislação, a importância deste instituto para o Direito.

Considerações Finais

A proposta desta pesquisa foi de apresentar de maneira geral o estudo do direito civil voltado para o instituto da família, analisando campanhas de incentivo ao apadrinhamento e a inserção da criança no ambiente familiar.

Através de pesquisas bibliográficas e de autores conceituados da área do direito, a fundamentação obteve grande enriquecimento de conteúdo sobre o contexto do acolhimento familiar, relacionando assuntos como opinião pública e a doutrina.

Que de fato a contribuição do trabalho foi de abordar o tema relativo as questões sociais de forma a apresentar conteúdos pesquisados, explorando a temática como forma de obter compreender mais o assunto e contribuir para a área do Direito Civil em uma perspectiva nova na área do Instituto Familiar, mais precisamente na Colocação da Criança em Família Substituta.

Modalidade prevista em lei, onde as crianças são retiradas de sua família de origem ou alguma instituição e logo em seguida encaminhadas a um ambiente totalmente familiar, visando a proteção e resgate do vínculo afetivo.

O acolhimento familiar e o apoio institucional são caracterizados por serem medidas excepcionais que servem como uma forma de reintegração no seu ambiente de origem.

Não sendo possível a reintegração familiar, serão colocadas em família substituta, por meio da guarda, tutela ou adoção (de caráter excepcional, última medida a ser aplicada).

Referências

BAPTISTA, Rachel Fontes et al. **Família Acolhedora**: Uma proposta protetiva. Disponível em: <<http://periodicos.puc-rio.br/index.php/dignidaderevista/article/view/214/227>>. Acesso em: 17 maio 2019.

BEE, Helen. **A criança em desenvolvimento**. 12. ed. São Paulo: Ar-tmed E, 2011. 504 p. Disponível em: https://drive.google.com/drive/folders/12w9v499FodzVOS2vJYCDxnrf9o_wzWpW. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. **Código Civil Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 mar. 2020.

COORDENADORIA INFANCIA. **CNJ Serviço: O que são “Famílias Acolhedoras” para crianças e adolescentes**. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas - Coordenadoria da Infância e da Juventude, Agosto 2017. Disponível em: <https://sistemas.tjam.jus.br/coij/?p=2941>. Acesso em: 19 out. 2019

DIREITOS, MINORIAS E INCLUSÃO SOCIAL. **Mulheres: retrocesso ou avanço dos direitos no mundo contemporâneo?** Organizado por Carlos José Pacheco; Claudia Maria Gil; Silva; Daniele do Amaral Souza; Pablo Jiménez Serrano; Úrsula Adriane Fraga Amorim. – Volta Redonda: FOA, 2019. 384 p. Disponível em: <http://editora.unifoa.edu.br/wp-content/uploads/2020/02/direitos-minorias-inclusao-social-ebook.pdf#page=83>. Acesso em: 06 mar. 2020.

DE PAULA, Alexandre Sturion. **A desestrutura familiar e os institutos da família substituta e da guarda sob a ótica do ECA**. Direito Net, 2003. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1091/A-desestrutura-familiar-e-os-institutos-da-familia-substituta-e-da-guarda-sob-a-otica-do-ECA>. Acesso em: 21 set. 2019.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Família Substituta: O necessário asseguramento do direito fundamental à convivência familiar**. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-377.html>. Acesso em: 11 maio 2019.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; DÓI, Cristina Teranise. **A Proteção Integral das Crianças e dos Adolescentes Vítimas: Comentários ao art. 143 do ECA**. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1222.html>. Acesso em: 11 maio 2019.

MATRIARCADO: **HISTÓRIA OU MITO?** Sem Local: Editora Globo S.a, abr. 2005. Disponível em: http://revistagalileu.globo.com/EditoraGlobo/componentes/article/edg_article_print/0,3916,938505-1719-1,00.html. Acesso em: 06 mar. 2020.

PARANÁ. MINISTÉRIO PÚBLICO. **Critérios para a colocação em família substituta**. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-191.html>. Acesso em: 17 maio 2019.

ROSSATO, LUCIANO ALVES et al. **Estatuto da criança e do adolescente lei 8.069/90: comentado artigo por artigo**. 10. ed. rev. e atual. SÃO PAULO: SARAIVA, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601523/cfi/5!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 23 out. 2019.

SILVA, V. N. da, & Silva, R. A. da. (2020). **Um breve estudo sobre a proteção do nascituro à luz do estatuto da criança e do adolescente**. Revista Artigos. Com, 18, e3826. Recuperado de <https://acervomais.com.br/index.php/artigos/article/view/3826>. Acesso em: 06 mar. 2020.

SENADO FEDERAL. **Programa de Acolhimento Familiar: as famílias acolhedoras**. Revista de Audiências Públicas do Senado Federal, Maio 2013. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/programa-de-acolhimento-familiar-as-familias-acolhedoras.aspx>. Acesso em: 9 nov. 2019.

SOUZA, Hália Pauliv de; CASANOVA, Renata Pauliv de Souza. **Adoção: O amor faz o mundo girar mais rápido**. Curitiba: Juruá, 2011. 134p. - 4ª triagem.

VASCONCELOS, Keila de Oliveira. **O instituto da família substituta e a adoção**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 141, out 2015. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artig_id=15560&revista_caderno=12. Acesso em maio 2019.

A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO UM DIREITO DE ESCOLHA DA MULHER

JESNAIANE RODRIGUES DA SILVA:

Bacharelanda em Direito pela
Universidade Brasil

ADEMIR GASQUESSANCHES

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de explanar sobre a legalização do aborto no Brasil e as principais discussões que norteiam o tema atualmente. Não obstante, o aborto induzido é comumente praticado nos dias atuais, mesmo que mal visto pela sociedade, há agentes e clínicas particulares que praticam o ato clandestinamente, lucrando em cima do desamparo de mulheres. Segundo o Ministério da Saúde, temos por volta de 1 milhão de abortos provocados no país, uma quantidade exorbitante que veio crescendo nos últimos anos, e o número de mulheres que vem a óbito estima-se em 250 mil. Buscamos discutir a legislação norteadora do assunto, bem como, o movimento pró-aborto crescente em meio as manifestações feministas como um direito da mulher de decidir sobre seu próprio corpo. Esta pesquisa é baseada em outros artigos, livros e revistas, finalizando com as considerações finais trazendo um entendimento acerca da problemática apresentada, bem como suas referências bibliográficas.

Palavras-chave: Direito Penal; Aborto; Feminismo; Direito das Mulheres.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2 CONCEITUALIZAÇÃO DO ABORTO. 2.1 Classificação do Aborto. 2.2 Aspectos Sociais Envolventes. 2.2.1 Aspectos éticos e morais. 2.2.2 Aspectos científicos. 2.2.3 Aspectos históricos. 2.2.4 Aspectos religiosos. 2.2.5 Aspectos jurídicos. 3 O ABORTO NO BRASIL. 3.1 Evolução Histórica da Legislação. 3.1.1 Código Penal brasileiro. 3.1.2 Projetos de lei pró-aborto. 3.1.3 O planejamento familiar como forma de conscientização. 4 OS MOVIMENTOS FEMINISTAS EM FAVOR DO DIREITO DE ESCOLHA. 4.1 Razões para legalizar. O aborto é uma realidade na vida das mulheres de todos os credos e classes sociais. 4.1.2 A criminalização penaliza principalmente mulheres em situação de vulnerabilidade. 4.1.3 A criminalização é um ataque à nossa liberdade de crença. 4.1.4 A legalização não aumenta e pode até diminuir o número de abortos. 4.1.5 A legalização é condição para a efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como delimitação temática a legalização do aborto e o direito de escolha da mulher sobre seu próprio corpo. Atualmente no Brasil, é permitida a realização do aborto provocado apenas nos casos em que a gravidez é resultante de um estupro, nos casos em que há risco de morte para a gestante, bem como, quando o feto é diagnosticado anencefálico mediante autorização judicial.

No segundo capítulo, serão expostos os conceitos e os aspectos sociais norteadores sobre o tema, abordando, ainda que brevemente, os princípios científicos, religiosos e jurídicos. Em seguida, o terceiro capítulo abordará a legislação vigente, as previsões do nosso ordenamento jurídico na esfera penal e constitucional e maneiras de prevenção.

O quarto capítulo é responsável por apresentar a luta feminina pelo seu direito de escolha e soberania sobre seu corpo, apontando os principais motivos que a legalização do aborto trará para a sociedade em esfera de saúde pública.

O objetivo deste trabalho é elucidar questões como: a proibição do aborto reduz sua prática, ou pode inclusive aumentar a quantidade de abortos praticados? Quais os impactos da criminalização do aborto na saúde materna? Através da análise de artigos acadêmicos relacionados à legalização do aborto, mortalidade materna, escala do aborto no Brasil, impacto do aborto na saúde pública, aborto e contracepção, autonomia da mulher, direitos humanos e decisão de implementar o aborto.

A metodologia é baseada em pesquisa bibliográfica de livros doutrinários, artigos, revistas especializadas, monografias, bem como na análise dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais relativos à temática em discussão.

2 CONCEITUALIZAÇÃO DO ABORTO

Em termos médicos, a palavra aborto significa "*ação ou efeito de abortar; abortamento; privação do nascimento*". Em outras palavras, o aborto ocorre quando há interrupção da gravidez com a morte do feto ou embrião de forma prematura, independente do organismo expelir ou não.

A OMS determina que o aborto ocorre antes do período perinatal, a datar da 22ª semana completa de gestação, com peso inferior a 500g, com diagnóstico realizado clinicamente através de sinais, sintomas e exames complementares. Naótica religiosa, o aborto é definido como a morte de uma criança, em qualquer estágio de evolução, que pode ser desde a fecundação até o nascimento.

2.1 Classificações do Aborto

A realização do aborto é classificada em seis situações pelo nosso ordenamento jurídico, sendo elas:

- a) Espontâneo: conhecido como “aborto natural”, este acontece devido a alterações genéticas, deformidade orgânica da mulher e ou deficiência do próprio ovo, sem que haja interferência externa;
- b) Acidental: Intercorre devido interferência externa involuntária, como queda da gestante, por exemplo;
- c) Terapêutico: este também pode ser chamado de “aborto necessário”, ocorrendo quando, infelizmente, a mãe possui risco de morte caso a gestação não seja interrompida;
- d) Eugênico: Ocorre quando o feto manifesta grave doença, contraída através dos genitores, causando-lhe possível desenvolvimento de sérias e irreversíveis deformidades físicas ou mentais;
- e) Humanitário: Ocorre nos casos resultantes de estupro com o consentimento da gestante ou seu responsável;
- f) Provocado: Este aborto é considerado criminoso no nosso ordenamento jurídico e ocorre quando o indivíduo de forma intencional utiliza de meios externos para suspender a gravidez.

2.2 Aspectos Sociais Envolventes

2.2.1 Aspectos éticos e morais

A prática do aborto no país é autorizada apenas nos casos em que a gestação represente risco de morte para mãe e em casos que a gestação seja resultado de um estupro. No ordenamento jurídico, também é permitido a realização do aborto quando o feto for anencefálico.

Nesse aspecto, encontramos os costumes e valores mais íntimos da sociedade, ao qual todos devem obedecer, uma vez que a gravidez somente será interrompida após determinação médica e autorização judicial, ou seja, cada caso será analisado particularmente.

2.2.2 Aspectos científicos

Dentro desse âmbito, muitos médicos alertam sobre a grande possibilidade de complicações durante e após a realização dos procedimentos, inevitavelmente, sendo a causa de muitas mortes entre as mulheres. Um aborto mal feito ou de procedência clandestina aumenta demasiadamente os riscos de infecções graves e fatais que podem gerar consequências nocivas em futuras gestações. São complicações que não poderão ser revertidas e as mulheres, principalmente as pobres e sem acesso a informação, que serão as mais prejudicadas.

As consequências podem ser hemorragia, perfuração do útero, infecções, esterilidade, traumas psicológicos, transtornos e até mesmo a morte.

2.2.3 Aspectos históricos

Nos primórdios organizacionais da humanidade era predominante o matriarcado. No período bárbaro, os recém-nascidos não recebiam afeição de seus genitores, contudo, eram servidos para alimentação deles ou para armadilha de feras.

De acordo com a antropologia, há registros que apontam a realização de abortos entre a maior parte dos povos antigos, variando suas legislações e execuções de acordo com a cultura do período.

Independente de legislação, o aborto era praticado livremente na Grécia antiga, servindo como técnica de controle populacional. Para os filósofos da época, o aborto era considerado um método eficaz para garantir a linhagem pura dos guerreiros e nos casos de risco à saúde de mulheres acima de 40 anos. O mesmo se repetia para os Romanos, que utilizavam o abortamento para controle da natalidade e apenas na época do Primeiro Império o aborto passou a ser considerado crime, se provocado.

Para os Hebreus, aquele que provocasse o encerramento da gravidez de uma mulher propositalmente, pagaria uma multa determinada pelo juiz, e se desseato, fosse ceifada a vida da mulher, sua condenação seria a morte. A partir do surgimento do cristianismo, o aborto foi considerado imoral e contrário aos mandamentos de Deus, mantendo a Igreja Católica essa posição até hoje.

2.2.4 Aspectos religiosos

No aspecto religioso, o assunto é considerado polêmico e gerador de diversas opiniões e discussões pelo mundo. A Igreja Católica se posiciona contra

ao aborto em qualquer período gestacional e sob quaisquer circunstâncias que seja, até mesmo nos casos que a gravidez resulta de violência sexual.

Prega a doutrina que Deus é o autor da vida, e todos os seres possuem direito à vida desde a concepção, pois a alma já está presente desde o momento de fecundação, ou seja, abortar significa matar e esse direito não pertence a nenhum outro ser humano, seja no estágio fetal quanto na vida adulta, posicionamento firmado até nossa atualidade.

Na disciplina espírita, o abortamento é considerado um crime, mas por motivos diferentes quanto aos que representam o catolicismo, pois a defesa consiste na decepção do espírito e não do ser em si, pois este estava se preparado para reencarnar. Seguindo esse pensamento, o direito à subsistência é o primeiro de todos os direitos humanos naturais, razão pela qual ninguém tem o direito de ceifar uma vida.

Os países protestantes assumiram a liderança na aprovação de legislações mais abertas sobre o aborto no século XXI. A maioria das igrejas protestantes acredita que o aborto é uma escolha legal para as mulheres e defende o respeito pela vida da mãe. Se uma mulher grávida tiver que escolher entre sua própria vida e a vida do feto ou embrião, a prioridade recairá sobre a mulher grávida.

Geralmente, os islâmicos se opõem ao aborto, mas concordam em usar drogas para aborto quando o embrião ou feto ainda não adquiriu a forma humana. Isso é contraditório para eles, ou seja, eles acreditam que o aborto ocorre quando o feto obtém o corpo e o sangue. O meio de assassinato, sim, tornou-se humano.

Para os judeus, se eles não querem o aborto, não é um assassinato, porque as pessoas permitem o aborto terapêutico há séculos. Portanto, eles acreditam que a vida das mães é mais sagrada do que o feto, o que determina a saúde e o equilíbrio das mulheres, levando em consideração o estado psicológico delas, mas a escolha é baseada sempre na consciência da mulher.

2.2.5 Aspectos jurídicos

No país, há diversas opiniões jurídicas de alguns doutrinadores sobre as ideias divergentes dentro das próprias correntes doutrinárias, isso mostra as diferentes manifestações da legalização ou não do aborto. De acordo com as observações, como o Código de Processo Civil e suas diversas disposições regulando os direitos dos bebês em gestação, nesta lei o aborto é proibido, inclusive por crimes pessoais.

O artigo 5º da Constituição Federal dispõe sobre o direito à vida. Além disso, fortalece o texto da Convenção de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) da qual o Brasil é signatário e o internalizou de acordo com o Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. O artigo 4 da "Convenção" afirma que o respeito pela vida é o direito "de ser protegido pela lei e geralmente não protegido pelagravidez".

O Código Penal só permite explicitamente o aborto em casos de estupro, mas fica pacificamente entendido que, uma vez feito o pedido, pode-se aplicar a chamada "Parte Bona", ou seja, as semelhanças entre os crimes e a omissão involuntária do infrator. Os legisladores esqueceram a possibilidade de gravidez sem que o pênis seja efetivamente introduzido na vagina.

Para Nelson Hungria (1955), o aborto necessário é definido como "*a interrupção artificial da gravidez para conjurar perigo certo e inevitável por outro modo, à vida da gestante*".

3 O ABORTO NO BRASIL

3.1 Evolução Histórica da Legislação

De acordo com o Código Penal brasileiro e a Constituição Federal/88, o abortohá muito é considerado um crime contra a vida humana, prevendo pena de detenção para quem praticá-lo, com ou sem consentimento.

Segundo dados liberados pelo DataSUS, departamento responsável por coletar e divulgar dados sobre a saúde no país, até o primeiro semestre de 2020, em decorrência de abortos malsucedidos (causados ou espontâneos), o número de procedimentos realizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) é 79 vezes maior que onúmero de interrupções da gravidez prescrito por lei.

Legalmente, os médicos são autorizados a promover o aborto em apenas três situações: risco de morte a mulher, gravidez resultante de estupro, e nos casos que o feto é considerado anencefálico, sem que isso se transforme num ato criminoso e implique em futuras punições. Os custos desses procedimentos serão cobertos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), mediante expressa autorização judicial.

Recentemente veio a público o caso de uma menina de 10 anos que deu entrada em um hospital no estado do Espírito Santo com dores abdominais e após um exame laboratorial, foi constatada a gravidez e assim, revelado os abusos sofridos desde os 6 anos. O caso bárbaro ganhou repercussão nacional, e o mais preocupante foram as manifestações contra a realização do aborto,

mesmo diante da autorização judicial concedida, violando todo e qualquer direito que a vítima (mulher/criança) possui.

Tal fato evidencia que embora a discussão sobre a legalização do aborto no

Brasil pela sociedade civil e pela sociedade política autorize o aborto nos casos específicos, as mulheres ainda enfrentam resistência por parte da sociedade, sem acolhimento, respaldo emocional, vítimas de julgamentos e perseguições, por uma decisão que deveria ser única e exclusiva da gestante. Por tais razões, é evidente que, as interrupções de gravidez continuarão a existir de forma clandestina.

Sendo este um assunto de grande controvérsia, muitas são as opiniões levantadas pelas pessoas, sendo necessária a intervenção do Supremo Federal em analisar e lapidar as regras já existentes norteadoras do tema, aproximando a justiça daquelas que realmente importam quando o assunto é aborto, as mulheres.

3.1.1 Código Penal brasileiro

O crime de aborto está disposto nos artigos 124 a 128 do Código Penal brasileiro de 1940, localizado no Capítulo 1 que trata dos crimes contra a vida. Vale destacar que nesse caso, o bem jurídico protegido é a vida dentro do útero (intra-uterina), portanto, a expulsão do feto do útero configura o ato, inclusive a forma tentada.

Os artigos 124, 125, 127 e 128, respectivamente, estipulam o auto-aborto, o aborto provocado por terceiros sem o consentimento da gestante, o aborto provocado por terceiros sem o consentimento da gestante, formas qualificadas de aborto e abortos necessários (exceções à criminalização do aborto), observe:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Dadas as diferentes classificações de tipos de aborto, o direito penal limita-se a abortos legais ou criminais e situações normais de gravidez. Paulo José da Costa Júnior (2008) explana:

Para que se configure o abortamento, a gravidez deverá ser normal. A interrupção da gravidez extra-uterina (no ovário, fimbria, trompas ou na parede uterina) ou a da gravidez molar (formação degenerativa do óvulo fecundado) não configuram aborto, uma vez que o produto da concepção não atinge vida própria.

Cumprindo ainda destacar que, de acordo com o artigo 18 do Código Penal, é impossível punir a forma culposa de aborto, ou seja, só pode ser punido deliberadamente na forma dolosa. Nesse sentido, Júlio Fabbrini Mirabete destacou que não há crime de aborto indevido, mas a mulher que provoca o aborto responde por lesão corporal culposa.

Luís Regis Prado (2006) afirma que não é possível co-autoria no autoaborto, mas sim participar juntos, se limitando a fornecer as ferramentas necessárias para a prática. Se enquadra no art. 126, àquele que realizar o aborto com o consentimento da gestante.

Em comentários ao código penal brasileiro, Nelson Hungria (1942), o aborto necessário é definido como "*a interrupção artificial da gravidez para conjurar perigo certo e inevitável por outro modo, à vida da gestante...*". Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci dispõe que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida, e por tal razão é perfeitamente admissível o abortamento em circunstâncias excepcionais para preservação da vida digna da gestante (NUCCI, 2013, p. 128).

Em princípio, o aborto é considerado crime, embora, em alguns casos, os legisladores optem por não punir as mães que têm aborto aprovado pelo tribunal. De acordo com o art. 5º. da CF/1988, os princípios constitucionais vigentes garantem o direito à vida a todo aquele que é naturalizado ou não naturalizado no Brasil. O fato é que no ventre da mãe, durante o período gestacional, as pessoas não podem ignorar a existência da vida. O processo se inicia na concepção, e a concepção dá início à existência do homem (ZAFFARONI, 2004).

No mesmo nível, o Código Civil no art. 2º protege o nascituro sem exceções permitidas, desde a fecundação. O Código de Processo Civil também disponibiliza proteção ao feto em seus artigos 877 e 878 também podem proteger o feto. A legislação criminal brasileira entende que o aborto é um crime contra a vida igualado ao homicídio, entretanto, pode ser isento de punição de acordo com o art. 128, o que não significa que a ausência de punição aceita a interrupção da gravidez.

Tendo em vista as condições legais impostas à sociedade para realizar um aborto no país, muitas mulheres recorrem a procedimentos informais para atender às suas necessidades, aumentando o número de óbitos registrados decorrentes das complicações abortivas. O aborto clandestino pode ser considerado um atentado à vida da mulher e do feto.

3.1.2 Projetos de lei pró-aborto

Nos últimos dez anos, apenas um projeto de lei propôs descriminalizar o aborto no Brasil, em contrapartida, desde 2011, 69 propostas foram feitas sobre o assunto, 80% das quais tentam aumentar as penas para quem o praticar.

Tramita no Supremo a ADPF 442 ajuizada pelo partido político PSOL, que pontua sobre as disposições do Código Penal afrontarem pressupostos básicos, como a dignidade humana, a cidadania, liberdade e igualdade, dentre outros, aos direitos a saúde, planejamento familiar, direitos sexuais e reprodutivo das mulheres. Objetiva a exclusão da incidência pelo STF do encerramento da gravidez voluntariamente nas 12 semanas iniciais, destacando:

“De modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento” (ADPF 442).

A relatora indeferiu em 2017, um pedido feito através de medida cautelar de urgência que pretendia suspender as prisões em flagrante, inquéritos policiais, ou quaisquer outros atos processuais relacionados a aplicação dos artigos 124 e 126 do CP, em casos de abortos praticados antes do início do trimestre.

Instaurada a discussão constitucional a cerca da problemática jurídica, a ministra requereu referências à Presidência da República, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, à Advocacia-Geral da União (AGU) e à Procuradoria-Geral da República (PGR). Em retorno, a Presidência da República ponderou haver incompatibilidades consideráveis de âmbito moral e religioso sobre a questão, que implicam diretamente no cenário social, defendendo a competência do Poder Legislativo sobre as discussões e decisões do tema.

Por sua vez, o Senado Federal assegurou que os artigos não são objetos de reforma do legislativo, pontuando haver no Código Civil artigos que asseguram os direitos do feto. Vale destacar que a câmara possui em pauta debates adequados para possíveis futuras modificações legais (petição 17722/2017).

Seguindo o mesmo raciocínio, a Câmara dos Deputados se posicionou favorável a responsabilidade do legislativo em delimitar sobre a descriminalização do aborto. Analisando o Projeto de Lei 1.135/1991, a

assembleia julgou o projeto “inconstitucional e inoportuno”, bem como, informou que há em tramitação diversos projetos que visam a proteção da vida desde a concepção, assim como, há projetos com menores quantidades, que anseiam pela descriminalização do aborto.

Manifestadamente, a AGU defendeu a validação constitucional das normas em questão, e insiste que o aborto não está explicitamente previsto na Constituição, sendo impossível atribuir direitos constitucionais a ele.

Para a ministra relatora, o assunto é bastante delicado por envolver diferentes opiniões e implicar em valores públicos e direitos fundamentais. Perspectivas morais, religiosas e até mesmo de saúde pública devem ser consideradas, além de proteger os direitos individuais da mulher, ponderando:

“A complexidade da controvérsia constitucional, bem como o papel de construtor da razão pública que legitima a atuação da jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais, justifica a convocação de audiência pública como técnica processual necessária”, assinalou a relatora.

3.1.3 O planejamento familiar como forma de conscientização

O planejamento familiar é tema de discussão desde 1967 no Congresso Nacional e perdura até os dias atuais. Inúmeras questões envolvem a problemática, como a implementação de políticas públicas, desigualdade social, controle de natalidade, responsabilidade civil, direito de família, jurisprudência, doutrinas e costumes, que enfrentam o disposto no artigo 226, §7º da Constituição Federal de 1988, denominado de direito ao livre planejamento familiar.

No que se refere aos direitos da mulher, principalmente aqueles ligados à saúde sexual e reprodutiva, deve-se enfatizar que o planejamento familiar incluído na Estratégia Saúde da Família requer ações que visem alcançar a saúde geral da mulher, não somente durante a gestação, mas também antes dela, alcançando métodos para prevenir a gravidez indesejada, evitando futuros abortos.

Com base no princípio da dignidade humana, o planejamento familiar se firma na paternidade responsável e na liberdade do casal, cabendo ao Estado o dever de promover campanhas informativas e disponibilizar recursos essenciais para que isso ocorra, sendo vedado, todo e qualquer coação ou proibição por parte dos agentes públicos ou privados.

Um levantamento realizado em uma determinada região periférica de São Paulo sobre aborto revelou um alto índice de abortos não seguros entre as mulheres. A pesquisa mostra que o aborto é um artifício “secreto” entre as mulheres pobres de “planejar suas famílias”, com alto índice de complicações e internações pós-aborto (FUSCO; ANDREONI; SILVA, 2008).

No tocante ao aborto ilegal, esta modalidade se torna rentável àqueles que lucram com o sofrimento e desespero de mulheres enquanto a sociedade permanece irreductível a uma ideia que só contribui para a condenação das mesmas, ao invés de analisar quem são elas, o risco de mortes nos casos mal sucedidos, a desigualdade no meio que vivem e a falta de programas de planejamento familiar (SOUZA; DINIZ; COUTO, 2010).

No segundo semestre de 1980, houve a Assembleia Nacional Constituinte responsável por formular o dispositivo constitucional que cuida sobre o planejamento familiar, o período foi marcado por mudanças graças a adesão de novos parlamentares aos debates e as influências do movimento feminista, a Igreja Católica e inclusive algumas entidades privadas.

De um lado, as feministas defenderam o princípio autônomo sobre definir a regulamentação da fertilidade, e do outro, a igreja defendeu a definição de paternidade responsável, defendendo a vida desde o início na concepção.

O Ministério da Saúde formulou em 1983 o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), mas somente em 1986 foi regulamentado. O objetivo do programa é promover a saúde da mulher de maneira ampla em todos os momentos, incluindo a concepção e anticoncepção. Contudo, embora a proposta fosse muito animadora, sua execução não foi perfeita, não conseguindo atender uma quantidade satisfatória de mulheres e cumprir tudo o que propunha. Ademais, no final dos anos 90, os recursos destinados ao campo da saúde da mulher, passaram a ser aplicados às ações que não se voltavam para o programa em geral.

Nos anos 90, a discussão sobre o tema cresceu ainda mais. Os parlamentares apresentaram, na ocasião, 27 projetos de lei, 37% do total das propostas analisadas desde os anos 60. O eixo central durante todo o tempo se referia ao interesse em regulamentar o dispositivo da Constituição sobre planejamento familiar, com a preocupação da normatização da esterilização cirúrgica, sendo o principal motivo inclusive, da realização da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, em 1992.

O projeto de lei 209/91 (Câmara) e 114/94 (Senado) foi o que mais se destacou nesse período e fora proposto justamente para conduzir essa discussão, sendo uma atitude política de parlamentares baseados com as ideias do movimento feminista, dispostos a encarar os abusos referentes à esterilização cirúrgica no Brasil. Foi muitas vezes objeto de polêmicas tanto na Câmara tanto no Senado, devido a diversos aspectos, principalmente à questão ética da esterilização relacionada a questão moral da Igreja Católica.

Por derradeiro, depois de todo o processo no parlamento, o projeto foi aprovado pelo Congresso Nacional, mas com veto parcial da Presidência da República, precisamente nos artigos que tratavam a respeito da esterilização. Posteriormente, a pressão da bancada feminina do Congresso em conjunto com o movimento feminista, conseguiu com que o Parlamento rejeitasse o veto, com aval inclusive da Presidência da República (FÊMEA, 1997).

É importante destacar ainda, os aspectos do processo político de discussão e decisão das questões do planejamento familiar e do aborto provocado no Congresso. O eixo central da discussão acerca do planejamento familiar é o problema político do antinatalismo, passando posteriormente, através da inserção do movimento feminista, a enfatizar o problema ético. O problema ético envolvia a questão da autonomia das pessoas nesta área, onde existia grande discordância com o pensamento da Igreja Católica e as ideias do movimento feminista.

4 OS MOVIMENTOS FEMINISTAS EM FAVOR DO DIREITO DE ESCOLHA DAMULHER

O movimento feminista utiliza a voz das mulheres brasileiras para promover avanços na proposta da ADPF 442 no STF, propondo trabalhar com a sociedade e as instituições de poder para conduzir os debates necessários sobre o tema, criando espaços adequados para isso, em consciência de que tudo é uma construção histórica que precisa de renovação, em busca dos direitos das mulheres.

A discussão é sobre o direito das mulheres sobre seus próprios corpos, (...) em um momento de fragilidade da democracia (FÊMEA, 2018).

O feminismo no Brasil, inicialmente tinha uma premissa sobre o aborto baseado no principal fundamento feminista contemporâneo, de que o corpo da mulher, lhe pertence. Esta apropriação do corpo significava inclusive, a possibilidade de escolher ser mãe ou não. Esse ideal marcou as lutas feministas e foi difundido internacionalmente (SCAVONE, 2008).

Conforme Thomaz Rafael Gollop (2009) afirma neste sentido:

Na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento realizada em 1994, no Cairo, 184 Estados reconheceram os direitos reprodutivos como direitos humanos e reforçaram o exercício dos direitos sexuais reconhecidos em 1995, na IV Conferência Mundial da Mulher, em Beijing. Os direitos sexuais e reprodutivos, além de serem reconhecidos, a partir de então, passaram a ser discutidos sob a perspectiva dos direitos humanos, pressupondo o respeito à liberdade e à autodeterminação, sem coerção ou violência, e o dever dos Estados-parte de garantirem condições sólidas para o exercício desses direitos por meio de leis e políticas públicas.

Em 2015, o movimento feminista conseguiu derrubar a PL 5.069/13, um projeto de lei proposto por Eduardo Cunha, com apoio de alguns parlamentares fundamentalistas, aprovado por 37 votos contra 14, que restringia a distribuição da pílula do dia seguinte e remédios anti-DST para vítimas de estupro, além de ameaçar criminalizar os casos de aborto já previstos em lei (CARVALHO e LOPES, 2017).

Para conseguir aprovar esse PL, Eduardo Cunha argumentou que a prática do aborto é um “plano dos Estados Unidos” e dos “supercapitalistas”, para quem as feministas fazem o “trabalho sujo”, insultando o movimento feminista e pisando na luta por direitos sexuais e reprodutivos (ARAÚJO e HOEVELER, 2015).

A PEC 181/15, aprovada em 2015 por 18 votos na Câmara dos Deputados. Esta proposta, a princípio foi criada para ampliar os direitos de maternidade, porém, alguns deputados tentaram incluir a proibição do acesso ao aborto legal, mesmo nos casos já previsto sem lei, alegando que o direito à vida é um direito Constitucional e deveria existir desde a concepção (VITÓRIA, 2017). Representantes de movimentos feministas, sociais e sindicais protestaram no final de 2017 contra esta proposta de emenda constitucional.

4.1 Razões Para Legalizar

4.1.1 O aborto é uma realidade na vida das mulheres de todos os credos e classessociais

Mesmo que as condenações criminais dificultam sua prática e trazem riscos desnecessários à saúde da mulher, o Brasil realiza inúmeros abortos todos os dias. Segundo uma pesquisa do IBGE, estima-se que 7,4 milhões de mulheres brasileiras já tiveram pelo menos um aborto, seja provocado ou espontâneo. A Pesquisa Nacional de Aborto mostrou que só em 2015, mais de 500.000 mulheres sofreram aborto e um quarto das mulheres com menos de 40 anos realizou pelo menos um aborto na vida.

As mulheres que participaram da pesquisa possuem muito em comum, em geral são jovens, já tem outros filhos ou são adeptas ao cristianismo. Um outro grupo indica dificuldades financeiras, violência doméstica, planos pessoais, despreparo, abandono familiar, ou qualquer outro motivo.

4.1.2 A criminalização penaliza principalmente mulheres em situação de vulnerabilidade

“Todos somos pró-aborto. Uns pró-aborto clandestino; nós, pró-aborto legal”, era o tema do movimento argentino que realizaram manifestações pelas ruas da capital. O fato é que a situação não é incomum, embora algumas mulheres possuam condições de arcar com operações caras em clínicas secretas, outras menos afortunadas recorrem a métodos inseguros, sofrendo graves consequências. As condenações atingem principalmente mulheres pobres, negras, periféricas, indígenas, baixa escolaridade, vulneráveis socialmente, tornando-as segregadas.

Nesse sentido, destaca-se novamente a urgência na legalização do aborto devido a sua importância em garantir a vida e a dignidade das mulheres. O assunto deve ser tratado como um problema de saúde pública, uma vez que é considerada a quinta causa de morte materna no país, com hospitalizações frequentes e caras, o que pode ser modificado se a legislação proporcionasse aborto legal e seguro.

4.1.3 A criminalização é um ataque à nossa liberdade de crença

É necessário desmistificar a crença de que a legalização do aborto irá aumentar o número de casos, uma vez que ele não se torna uma obrigação e sim uma opção para aquela que não possui os recursos necessários para prosseguir com a gestação. A legalização vai permitir que todas as mulheres sejam livres para decidir sobre seus corpos com base em seus princípios e condições.

Engana-se quem pensa que o movimento pró-aborto é movido apenas por mulheres. Pessoas de todos os gêneros, idades, religiosas ou não

concordam com a legalização e afirmam a liberdade do Estado Laico, aonde o pensamento de uma parcela não pode interferir no todo da coletividade.

4.1.4 A legalização não aumenta e pode até diminuir o número de abortos

Pode parecer contraditório, mas a legalização não aumenta o número de abortos. Pelo contrário, em países em que o procedimento deixou de ser crime, essa taxa caiu, como apontam dados do Instituto Guttmacher. Entre 1990/1994 e 2010/2014, um período de duas décadas, a taxa anual de aborto nas regiões desenvolvidas caiu, principalmente em países ricos onde a prática é legalizada – passou de 46 para 27 abortos para cada mil mulheres em idade reprodutiva. O mesmo não ocorreu em países em desenvolvimento, porção do mundo em que o procedimento é majoritariamente criminalizado.

É fácil entender por que essa conta fecha: o acesso universal e gratuito ao aborto legal e seguro faz valer direitos fundamentais invioláveis protegidos pela nossa constituição – dignidade, igualdade, liberdade, cidadania, direito à vida, à saúde e, valedestacar, ao planejamento reprodutivo.

4.1.5 A legalização é condição para a efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos

Mais do que legislar sobre tema, é necessário falar sobre educação. Educação sexual, a importância de métodos contraceptivos para evitar a gravidez e por consequência a prática do aborto.

A cultura social sexista torna as mulheres, muitas das vezes, unilateralmente responsáveis pela prevenção, gestação e criação das crianças. O julgamento social, o abandono parental e a falta de informações condenam as mulheres a um futuro incerto, o que acaba por pesar na decisão dessas mulheres.

Se faz necessária a criação de uma política acolhedora, saúde acessível e informação acessível a população mais carente para evitar uma gravidez indesejada.

5 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho podemos observar que a criminalização do aborto é algo estrutural da nossa sociedade patriarcal, simbolizando um pensamento arcaico sobre os direitos femininos. Nesse sentido, não podemos continuar tratando como criminosas as mulheres que abortam.

Fora demonstrado que não há unanimidade ao determinar o início da vida, embora haja previsões legais que assegurem os direitos do feto e pesquisas demonstram clara e objetivamente que a legalização do aborto em outros países não aumentara a sua prática.

Vale destacar que a negativa do direito à mulher em ter autonomia sobre seu próprio corpo só aumenta os danos à saúde das mesmas, atingindo a população com menos recursos e aumentando os gastos do governo com infraestrutura na saúde pública.

Por fim, tão importante quanto a discussão e reforma do tema pelo legislativo, é de suma importância que haja o debate em sociedade, pois a palavra aborto ainda é um tabu em nosso meio, aonde muitas vezes por falta de informação, a população acaba crendo que os abortos não acontecem, podendo finalmente diminuir os atos praticados bem como o número de óbitos provenientes do mesmo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Tatianny; HOVELER, Rejane Carolina. **PL 5069/2013**: um retrocesso histórico para as mulheres brasileiras. Disponível em: <http://blogjunho.com.br/category/tatianny-araujo/>. Acesso em 14 setembro 2020.

ANJOS, Karla Ferraz; SANTOS, Vanessa Cruz; SOUZA, Raquel; EUGÊNIO, Benedito Gonçalves. **Aborto e saúde pública no Brasil**: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042013000300014. Acesso em: 14 setembro 2020.

BIROLI, Flávia. O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro. **Opinião Pública**, Campinas, v. 23, n. 1, p. 230-260, abr. 2017. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762017000100230&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 outubro 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção Básica à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Protocolo misoprostol**. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

Disponível em: <www.saude.gov.br/saudedamulher>. Acesso em: 08 outubro 2020.

CAROLINA, Áurea. **Aborto**: 5 razões para legalizar. Disponível em: <https://midianinja.org/gabinetona/aborto-5-razoes-para-legalizar/>. Acesso em

CARVALHO, Isadora; LOPES, Tássia. **Legalização do aborto**. Porto Alegre: Juntos, set. 2017. Disponível em: <<https://juntos.org.br/2017/09/legalizacao-do-aborto-nobrasil-quando-o-fundamentalismo-religioso-se-sobrepoe-ao-estado-laico-e-aciencia/>>. Acesso em: 21 setembro 2020.

CFEMEA, **Centro Feminista de Estudos e Assessoria**. Legalização do aborto: uma conquista necessária! Disponível em: <https://www.cfemea.org.br/index.php/alerta-feminista/4685-legalizacao-do-aborto-uma-conquista-necessaria>. Acesso em 08 outubro 2020.

COFEN, **Conselho Federal de Enfermagem**. Uma mulher morre a cada 2 dias por aborto inseguro, diz Ministério da Saúde. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-causa-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude_64714.html. Acesso em 08 outubro 2020.

COSTA JUNIOR., Paulo José da. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 390.

DA REDAÇÃO. Em 2020, SUS já fez 81 mil procedimentos por causa de abortos malsucedidos. **Revista Claudia**, agosto 2020. Disponível em: <https://claudia.abril.com.br/noticias/em-2020-sus-ja-fez-81-mil-procedimentos-por-causa-de-abortos-malsucedidos/>. Acesso em 21 setembro 2020.

GOLLOP, Thomaz. Rafael. Por que despenalizar o aborto? **Ciência e Cultura**, São Paulo, v.61, n. 3, p. 4-5. 2009.

HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955. V.

IPAS. **Ações Afirmativas em Direitos e Saúde**. Melhoria da qualidade da assistência à mulher em situação de abortamento. Rio de Janeiro: Ipas Brasil, 2013. Disponível em: <http://www.aads.org.br/wp/?page_id=97>. Acesso em: 05 novembro 2020.

LICHOTTI, Camille; MAZZA, Luigui; BUONO, Renata. **Os abortos diários do Brasil**. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/os-abortos-diarios-do-brasil/>. Acesso em: 16 setembro 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 13. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Adalberto Jorge. **A legalidade do aborto**. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/36823109/tcc-a-legalidade-do-aborto>. Acesso em: 16 setembro 2020.

PACHECO, Eliana Descovi. **O aborto através dos tempos e seus aspectos jurídicos**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-aborto-atraves-dos-tempos-e-seus-aspectos-juridicos/>. Acesso em: 29 outubro 2020.

PAULA, Bianca. **O aborto no Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57513/o-aborto-no-codigo-penal-brasileiro>. Acesso em: 08 outubro 2020.

PRADO, Luíz Regis. **Curso Brasileiro de Direito Penal**. v. 2. Parte Especial, Arts. 121 a 183.5 ed. Ver., atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 29 outubro 2020.

SCAVONE, Luiz. Políticas feministas do aborto. **Revista de Estudos Feministas**. Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 675-80, mai./ago. 2008.

SILVEIRA, Carlos Eduardo. **Prática do aborto na sociedade contemporânea**.

Disponível em:
<<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13484-13485-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 outubro 2020.

SOUZA, Zannety Conceição Silva do Nascimento et al. Trajetória de mulheres em situação de aborto provocado no discurso sobre clandestinidade. **Acta Paulista de Enfermagem**, São Paulo, v. 23, n. 6, p. 732-736, maio/jun. 2010.

ULIANO, André Borges. **“Precisamos falar de Aborto”, mas antes há 6 coisas que você precisa saber**. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/6-coisas-sobre-aborto/>. Acesso em: 08 setembro 2020.

VEIGA, Edson. **As maiores vítimas do aborto no Brasil**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas->

[noticias/deutschewelle/2020/02/21/as-maiores-vitimas-do-aborto-no-brasil.htm](https://www.deutschewelle.com/pt-br/noticias/2020/02/21/as-maiores-vitimas-do-aborto-no-brasil.htm). Acesso em 20 outubro 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FEMINICÍDIO COMO DIREITO PENAL SIMBÓLICO

DENISE GONÇALVES THIAGO:
bacharelanda em Direito pela
Universidade Brasil.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN.

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho pretende mostrar que a lei do feminicídio não atingiu sua finalidade na sociedade. A violência contra a mulher sempre foi tema de discussão, pois é um fenômeno histórico e de grande impacto na sociedade atual, é um crime que pode causar inúmeras consequências físicas, sexuais e psicológicas às vítimas a curto ou longo prazo. A violência de gênero leva ao aumento dos custos médicos e legais e diminuição da produtividade, afetando assim o orçamento e o desenvolvimento do país. Porém, o homicídio de mulheres nessas condições, sempre foi uma condição de homicídio qualificado, por motivo torpe ou, ainda, em virtude de dificuldade da vítima de se defender. Por essa razão não podemos acreditar que criminalizar o feminicídio será suficiente, é preciso prevenir o crime para que ele não ocorra.

Palavra-chave: Patriarcado. Violência Doméstica. Vulnerabilidade. Feminicídio. Direito Penal. Direito Penal Simbólico.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. 2.1 Conceito de Violência Doméstica. 3 A LEI PENAL BRASILEIRA. 3.1 Finalidade da Lei Penal. 4 O DIREITO PENAL. 4.1 Direito Penal Simbólico. 5 O FEMINICÍDIO. 5.1 O Surgimento Do Feminicídio. 5.2 A Lei do Feminicídio. 6 O FEMINICÍDIO COMO DIREITO PENAL SIMBÓLICO. 7 A CRIMINOLOGIA COMO FORMA DE PREVENÇÃO. 7.1 Prevenção Primária. 7.2 Prevenção Secundária. 7.3 Prevenção Terciária. 8 ALTERNATIVAS À CRIMINALIZAÇÃO. 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher tem sido tema de grandes discussões, pois é um fenômeno histórico, a qual foi considerada por muito tempo um problema de caráter particular, fora do alcance do Estado. Porém, recentemente esse paradigma foi revertido, a Lei 13.104/15 alterou o Código Penal, criando mais uma qualificadora para o crime de homicídio, o polêmico Feminicídio, que configura assassinatos de mulheres motivados por razões de gênero, com intuito de diminuir a sensação de impunidade bem como, evitar "interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente

inaceitáveis”, impedindo assim, que homicídios de mulheres em razão do gênero fossem concluídos como morte passional.

A apreciação desse assunto é imprescindível, pois acarreta impactos significativos na sociedade atual, visto que é um delito que causa muitas consequências físicas, sexuais e psicológicas, de curto ou de longo prazo para as vítimas. A violência de gênero, não só afeta negativamente as mulheres, mas também suas famílias e comunidades. Levando ao aumento dos custos médicos e legais e diminuição da produtividade, afetando assim o orçamento e o desenvolvimento do país.

O enorme empecilho que torna o feminicídio mais um modelo de um Direito Penal puramente simbólico, é que a pena imposta não difere das demais formas de homicídio qualificado, que estão no limite de 12 a 30 anos de reclusão. Ainda, o homicídio de mulheres nessas condições, sempre foi uma condição de homicídio qualificado, por motivo torpe ou, ainda, em virtude de dificuldade da vítima de se defender. Então, a pergunta que não quer calar é: para que serve o tão exaltado “Femicídio”? O que o Femicídio melhorará na vida das mulheres que sofrem com a violência doméstica e até correm risco de serem assassinadas por seus algozes?

A finalidade de pesquisa deste artigo se dará de forma básica ou pura e tem como pesquisa a metodologia exploratória. Tendo ainda, a revisão bibliográfica como procedimento, no que tange a natureza é de natureza qualitativa e o local é pesquisa de campo.

O presente artigo tem como objetivo verificar a eficácia da lei do feminicídio na sociedade, mostrando assim que a legislação não atingiu sua finalidade.

Nesse artigo serão tratados os conceitos gerais sobre a Violência Doméstica, do Direito Penal, bem como do Femicídio, relacionando com a Lei Penal Brasileira atual no Brasil, para melhor entendermos a relação do Femicídio com o Direito Penal Simbólico.

2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência doméstica é um problema de longa data, pois a influência da sociedade patriarcal, vivida durante séculos em todo o mundo, colocou a mulher em uma situação de desigualdade, inferioridade, deixando-a vulnerável, sofrendo assim agressões dentro de seus próprios lares, refletindo em seu papel social.

A violência contra as mulheres foi por muito tempo ocultado pela lei, através de lacunas que legalizava o crime por meio de organizações de gênero, com base na hierarquia e desigualdade sociais entre homens e mulheres.

Desde 1980, existem movimentos que buscam igualar os gêneros e dar evidência a mulher, podendo esta ter a dignidade humana que lhe é prevista e buscar seus direitos.

A mulher era subjugada através dos padrões patriarcais, sendo seu comportamento moldado rigidamente, todavia, fora das amarras severas do patriarquismo, vê-se que a mulher não conseguiu libertar-se dos padrões que lhe foram impostos (FARIAS JÚNIOR, 2001, p.207).

Portanto, precisamos entender “o que é violência doméstica?” para melhor entender o objetivo desse artigo.

2.1 Conceito de Violência Doméstica

De acordo com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - CIM, a famosa convenção do Belém do Pará, define “A violência contra a mulher, como qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que lhe causa morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico, à mulher, tanto na esfera pública quando na esfera privada”.

Ainda, segundo doutrinadores, entende-se que:

A violência doméstica contra a mulher é definida como aquela que ocorre no âmbito doméstico ou em relações familiares ou de afetividade, caracterizando pela discriminação, agressão ou coerção, com o objetivo de levar a submissão ou subjugação do indivíduo pelo simples fato deste ser mulher (BENFICA; VAZ, 2008, p.201).

Em 2006, como forma de combater a violência doméstica contra a mulher e punir os agressores, foi criada a Lei 11.340, nomeada como “Lei Maria da Pena”.

O nome da lei foi uma homenagem à MARIA PENHA MAIA FERNANDES, farmacêutica, casada com um professor universitário e economista. Maria da Pena foi vítima de violência doméstica durante 23 anos, sofreu muitas agressões e seu marido tentou assassina-la duas vezes. Na primeira tentativa, ele simulou um assalto usando uma espingarda, o que a deixou paraplégica, na segunda vez tentou eletrocutá-la com uma descarga elétrica durante o banho. Ela nunca reagiu, nem havia denunciado por medo, mas depois de ter sido quase morta, resolveu procurar ajuda e denuncia-lo.

Mas, como nada foi feito pelas autoridades, ficou com vergonha de si, se sentindo culpada por tudo que lhe havia acontecido. E só 19 anos após a primeira tentativa de homicídio finalmente foi preso, porém cumpriu apenas 02 anos de prisão em regime fechado.

Essa é a história de Maria da Penha igual à de tantas vítimas de violência doméstica neste país. A repercussão foi de tal ordem que o Centro pela justiça e o direito Internacional- CEJIL juntamente com o Comitê Latino-Americano e do caribe para a Defesa dos direitos da Mulher – CLADEM formalizaram denúncia à **Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estudos Americanos**. Foi a primeira vez que a OEA acatou uma denúncia pela prática de violência doméstica. (CAMPUS, 2007, p. 272).

A OEA analisou os fatos e então o Brasil foi condenado internacionalmente por negligência. Foi recomendada uma reforma legislativa, no combate à violência contra mulher e que simplificasse os processos judiciais nestes casos. Mas por diversas vezes a OEA solicitava informações ao governo do Brasil, porém não recebia respostas.

Devido o clamor social, o Brasil resolveu dar cumprimento aos tratados internacionais. Um projeto de lei com o objetivo de melhorar a prestação jurisdicional em casos de violência doméstica foi elaborado por ONGs não governamentais e enviado ao Congresso Nacional. O projeto foi discutido em todo o Brasil e foi criada a Lei 11.340/06 batizada de Lei Maria da Penha, que protege especificamente a mulher e determina a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher afastando assim a aplicação da Lei 9.099/95.

3 A LEI PENAL BRASILEIRA

A Lei Penal Brasileiro é uma condição histórica, que acompanha a evolução da sociedade, pois a punição por crimes cometidos vem de tempos bem distantes, onde a justiça era feita pela própria comunidade, chamada de vingança privada, que foi estabelecida pelo Código de Hamurabi e a lei de Talião - "olho por olho, dente por dente". Desde então, no mundo, a forma de se punir quem comete alguma violação teve várias fases, como a Lei das XII Tábuas do Direito Romano, que determinou o conceito de Direito Penal, chegando às punições públicas do período do absolutismo vivido no pós-Idade Média.

A inserção das leis penais no Brasil teve início com a colonização portuguesa. O Sistema Jurídico penal veio com juntamente com os portugueses, portanto, o Sistema Penal Brasileiro veio aos moldes do Direito Português. Desde então três

Códigos Penais vigeram em nosso país. Em 1830 foi criado o Código Penal do Império Brasileiro, em 1890 veio o Código Penal da República Velha. Desde então, acompanhando o avanço da sociedade e as publicações das Constituições de 1934 e 1937, as leis foram sofrendo diversas mudanças, como o fim de pens severa. E em 1940 foi criado nosso atual Código Penal Brasileiro.

No entanto, é válido destacar-se que a legislação penal brasileira não é somente composta pelo código penal. O estatuto mais importante em vigor em matéria penal é o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40, cuja parte geral foi alterada pela Lei nº 7.209/84). Há, entretanto, inúmeras leis especiais que compõe nossa legislação, tais como a Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688/41), Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), Organização criminosa (Lei nº 12.850/2013), Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898/65), Sonegação Fiscal (Lei nº 8.137/90), Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), Armas de Fogo (Lei nº 10.826/2003), Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/2006), Crimes de Tortura (Lei nº 9.455/97), Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), Crimes de trânsito (Lei nº 9.503/97), entre outras.

3.1 Finalidade da Lei Penal

A lei protege os bens jurídicos, estes elencados na Constituição da República como a vida, a liberdade, o patrimônio, o meio ambiente, a incolumidade pública. Assim, mantém uma estabilidade jurídica e social.

Sabemos que relações humanas nem sempre são harmoniosas, logo, seria arriscado deixar a sociedade livre para escolher o que fazer diante destes conflitos, Com isso, a lei tem se tornado cada vez mais importante na regulação de conflitos, punindo condutas classificadas como crimes e restringindo a atuação das autoridades responsáveis pela investigação criminal e pelo julgamento de processos criminais, trazendo assim à sociedade maior sensação de segurança.

Mas vale lembrar que o Código Penal nada não proíbe, apenas descreve o comportamento, então as pessoas decidem se desejam executar o comportamento, pois todos são livres para realizar suas próprias ações. No entanto, se cometer um crime, o Código aplicará a penalidade tipificada.

Portanto, tecnicamente falando, o Direito Penal é a matéria destinada a regular a capacidade de punição do Estado, definindo os crimes e vinculando-os às penas ou medidas de segurança, tendo como finalidade salvaguardar a estabilidade jurídica e proteger os seus beneficiários. .

4 O DIREITO PENAL

O Direito Penal é um ramo do Direito Público, composto de regras indisponíveis e obrigatoriamente impostas a todas as pessoas, que controla o exercício do poder punitivo do Estado, limitando como se deve punir e até onde o Estado pode executar as punições.

É também o conjunto de princípios e leis designados a combater a criminalidade, assim, o direito penal discrimina as ações humanas que são reprovadas pela sociedade e que coloca em risco a boa convivência social, estabelecendo então, a imposição de sanções penais, mas respeitando sempre os princípios constitucionais. Essas penas permitem preservar a sociedade.

Diante o exposto, segundo o Jurista Aníbal Bruno:

O conjunto das normas jurídicas que regulam a atuação estatal nesse combate contra o crime, através de medidas aplicadas aos criminosos, é o Direito Penal. Nele se definem os fatos puníveis e se cominam as respectivas sanções – os dois grupos dos seus componentes essenciais, tipos penais e sanções. É um Direito que se distingue entre outros pela gravidade das sanções que impõe e a severidade de sua estrutura, bem definida e rigorosamente delimitada (BRUNO, 1967, p. 11-12).

Ainda, segundo Franz Von Liszt “O direito penal é, pois, uma espada de duplo fio, porque é lesão de bens jurídicos para proteção de bens jurídicos”.

Portanto o Direito Penal exerce uma função importante na sociedade, onde visa garantir o convívio pacífico e o desenvolvimento social pleno, por meio da proteção dos bens jurídicos fundamentais ao seio social.

Contudo, todo nosso ordenamento Jurídico, não pode ser o único instrumento de combate à criminalidade, na verdade, tem que ser apenas um deles. É importante destacar que para que o Direito Penal atinja sua finalidade, a Legislação tem que vir acompanhada de medidas sócia educativas. É necessário que o Estado crie medidas de conscientização à sociedade, de respeito à dignidade da pessoa humana e condições mínimas de sobrevivência.

4.1 Direito Penal Simbólico

O Direito Penal vem sendo objeto de muitos questionamentos acerca da sua eficácia perante os problemas atuais da nossa sociedade. Sabemos que o Direito

Penal é um instrumento utilizado pelo Estado para controlar a violência, preservando assim a sociedade e trazendo uma sensação de segurança.

Mas alguns estudos apontam que essa necessidade que o Estado tem de dar a sociedade uma resposta rápida, se dá ao fluxo de informações que a tecnologia trouxe.

Atualmente, a vida humana está ligada às facilidades oferecidas pela nova tecnologia digital. Nas últimas décadas, a inovação tecnológica mudou muito a forma como nos comunicamos uns com os outros e como lidamos com problemas simples do dia a dia. Como Gilles Lipovetsky diz “vivemos o tempo da hipermodernidade, onde a única alternativa é evoluir e acelerar, para não ser ultrapassado pela evolução” e ainda no mesmo sentido, Juliano Madalena diz que certamente estamos vivendo a época da “coisificação do homem”, onde a internet proporciona uma nova textura social, em que “a tecnologia adentra em nossas vidas. De certa forma, a hiperinformação despontou uma desordem jurídica desafinando tradicionais institutos, causando desconfiança e medo”.

A tecnologia, juntamente com a internet, as redes sociais, o compartilhamento de dados, aceleram o fluxo de informações, criando assim novas possibilidades jurídicas, antes imprevisíveis às normas positivadas no ordenamento jurídico atual.

Portanto, sempre que fatos / crimes chocam o país, surgem tensões sociais. Em seguida as classes A e B se escandalizam com a violência que saiu das favelas e do reino quase abstrato da periferia e entrou em sua realidade (colocando em risco seus bairros, casas e crianças). Assim, esta elite cobra do Estado, exigindo uma atitude firme de repressão ao crime. E o Estado gera com base no pensamento errado do inconsciente social, que a promulgação de uma lei penal será uma solução suficiente e capaz de repreender o pensamento errado sobre situações hipotéticas que a mídia considera insolúveis e a elite esta cobrando. E assim, cria leis e mais leis proibindo o que é permitido, agravando a sanção do que já é proibido.

É aqui que surge o Direito Penal Simbólico, da urgência que o Legislativo tem em dar uma resposta imediata a sociedade. Assim, baseando no medo e na insegurança, tentam gerar uma falsa sensação de que o Estado consegue, por meio das leis penais, alterar subitamente a realidade social. Então, através de criação de leis mais severas ou do aumento do rigor punitivo que já existe, tentam tranquilizar a população, como se estivessem tomando atitudes firmes neste sentido.

Obviamente que aumentar as penas ou criminalizar o comportamento não é um fator que inibe o crime, nem remedia uma sociedade carente de medidas sociais que reduzem a criminalidade.

Além disso, um dos efeitos do Direito Penal Simbólico é a ineficácia do Direito Penal. As Leis que são aprovadas pelo Legislativo nessas condições, sofrem muitas restrições em sua aplicação, então as pessoas começam a acreditar que, de fato, o Brasil não respeitava a legislação. As pessoas pensam que a lei não é aplicada, aumentando assim a desconfiança da população e a insegura.

O Estado em vez de adotar uma postura preventiva, adota uma atitude tolerante, tendo que suportar as consequências catastróficas, incluindo crime, violência e todo quadro social problemático que surge com essa insegurança jurídica.

5 O FEMINICÍDIO

Vemos todos os dias nos jornais notícias como: “Mulher de 32 anos é morta a facadas pelo seu marido, na presença da filha de 10anos. Motivação do crime foi à casa muito bagunçada ou uma suspeita de traição”. Dizem que são exemplos de “amor”, mas na realidade são exemplos de ódio, possessividade e da masculinidade mais cruel e tóxica.

O feminicídio é o homicídio praticado contra a mulher pelo fato de ela ser mulher ou em decorrência de violência doméstica.

Evidencia-se por atingir as mulheres, simplesmente por serem mulheres. Essa questão vai muito além das normas legais, envolve os aspectos sociais e culturais do patriarcado e da sociedade escravista. Toda essa violência esta relacionada com a construção de uma sociedade patriarcal, com a subordinação da mulher ao homem, como já vimos.

Um estudo realizado pela Global Americans Report, no ano de 2019, garante que o Brasil é o pior país em termos de violência de gênero na América Latina. Entre 83 países, o Brasil também é considerado o quinto país que mais mata mulheres no mundo.

5.1 O Surgimento Do Feminicídio

O termo Feminicidio é oriundo do femicídio, amoedado pela socióloga sul-africana Diana Russell no ano de 1976, em um simpósio chamado Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas, na Bélgica, para definir o assassinato de mulheres por questões de gênero. A socióloga acreditando que a palavra homicídio tem um conceito geral e que era necessário criar uma definição específica para definir o assassinato de mulheres por questões de gênero a partir da palavra “femêa”, definiu então o termo “femicídio”. Explicou que optou pela palavra fêmea e não mulher, porque o femicídio é cometido contra mulheres de varias faixa etária, como crianças e idosas.

Em 1992, Diana escreveu o livro "Femicídio: a Política de Matar Mulheres". Este trabalho inspirou a antropóloga Marcela Lagarde a se mobilizar contra o assassinato de mulheres no México. Porém Lagarde modificou o termo e explicou que, quando traduzida para o espanhol, a palavra perdeu força e sugeria o uso de feminicídio que, segundo ela, o "conjunto de delitos de lesa humanidade que contém os crimes e os desaparecimentos de mulheres". Também destacou a negligência do Estado em permitir que esses crimes ocorressem. O Brasil seguiu Lagarde e adotou o termo Femicídio.

O feminicídio começou a circular na imprensa italiana em 2012. Jornalistas e políticos denominava o termo como "matança, massacre e carnificina de mulheres", que sofrem todo tipo de violência e assassinato por parte de seus parceiros. Grupos e instituições feministas na Itália pediam reformas do sistema jurídico e ações para impedir o assassinato.

Então, um extermínio no México, causou grande comoção e foi o que determinou definitivamente o aparecimento do termo feminicídio, dentro das características apontadas. Foi um massacre de 500 mulheres, a maioria jovens moças de perfil indígena, na fronteira de El Paso e Juarez, que trabalhavam em manufaturas no México e mandavam dinheiro para casa, pelo único motivo de serem mulheres. As atrocidades brutais do assassinato das meninas da cidade de Juarez, no México, despertaram raiva e terror. A chacina ajudou a estabelecer novos requisitos, tanto nacional quanto internacionalmente, para combater o crime até então não reconhecido, o feminicídio.

No século passado, o registro de mulheres mortas pelo simples fato de terem nascido mulheres, se compara ao número de homens mortos em duas guerras mundiais. Ainda hoje, inclusive no Brasil, a situação permanece a mesma dos anos de história, envolvendo a violência contra a mulher:

A violência contra a mulher por razões de gêneros é histórica e tem um caráter estrutural, que se perpetua devido à sua posição de subordinação na ordem sociocultural patriarcal. Tal relação de poder, baseada em padrões de dominação, controle e opressão, leva à discriminação, ao individualismo, à exploração e à criação de estereótipos, os quais são transmitidos de uma geração para outra e reproduzidos tanto no âmbito público (governo, política, religião, escolas, meios de comunicação), como no âmbito privado (família, parentes, amigos). A partir de condições históricas, são naturalizadas formas de discriminação contra a mulher e geradas práticas sociais que permitem ataques contra a sua integridade,

desenvolvimento, saúde, liberdade e vida (GEBRIM; BORGES, 2014, p. 59).

O termo "Feminicídio" apareceu pela primeira vez, nas Conclusões Acordadas da 57^a. Sessão da Comissão sobre o Status da Mulher da ONU, cujo texto foi aprovado em 15 de março de 2013.

No Brasil, a expressão feminicídio apareceu no âmbito Jurídico pela primeira vez nos resultados da CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito) da Violência contra a Mulher, de 2012.

5.2 A Lei do Feminicídio

A lei 13.104/15, mais conhecida como Lei do Feminicídio é oriunda da CPMI de Violência contra a Mulher no Brasil e do Projeto de Lei do Senado n. 292, de 2013, promulgada pela presidente Dilma Rousseff em 09 de março de 2015. Alterou o Código Penal brasileiro, incluindo o homicídio de mulheres, como homicídio qualificado e o colocou na lista de crimes hediondos, alterando assim o art. 1º da Lei 8072/90.

Mas a Lei do Feminicídio não enquadra, qualquer assassinato de mulheres como um ato de feminicídio. O § 2º-A da Lei foi acrescentado como norma explicativa do termo "razões da condição de sexo feminino", esclarecendo que aplica-se somente nos casos em que crime resulta da discriminação de gênero manifestada pelo ódio e a objetivação das mulheres, ou, da violência doméstica.

Por exemplo, quando o assassinato de uma mulher é o resultado de um latrocínio (roubo seguido de morte) ou de uma briga entre estranhos, não há a configuração de feminicídio.

Segundo a promotora de Justiça de São Paulo Valéria Scarance, especialista em gênero e enfrentamento à violência contra a mulher "O homem mata a mulher por causa de alguma postura adotada por ela que o faz sentir desafiado, desautorizado. É muito comum quando ela se recusa a sair com ele ou quer terminar uma relação", diz ainda "É considerada uma morte por menosprezo, uma manifestação de crime de ódio", feminicídio é um crime com assinatura.

A lei alterou o artigo 121, do Código Penal, que tipifica o crime de homicídio. Na legislação antiga eram § 6º, sendo que o seu § 2º, incisos I a V previa as qualificadoras que levavam à punição do homicídio simples de 6 a 20 anos para 12 a 30 anos. Então foi criado um § 7º e § 8º, regulamentando o "Feminicídio". A pena imposta não difere das demais formas de homicídio qualificado, que estão no limite de 12 a 30 anos.

6 O FEMINICÍDIO COMO DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Como já vimos, por se tratar de um tema de cunho forte na mídia e devido à grande comoção ao público, a sociedade cobra do Estado uma solução. Atendendo o clamor social e com intuito de dar uma resposta a sociedade, a PLS 293/13 foi aprovada, incluindo a Lei A lei 13.104/15, que alterou o Código Penal como também já vimos.

Mas, apesar da nova legislação, o número de feminicídios tem só aumentado, um levantamento feito pelo jornal Folha de S. Paulo mostrou que, em 2019, houve 1.310 assassinatos decorrentes de violência doméstica ou motivados pela condição de gênero, características do feminicídio. Foi uma alta de 7,2 % em relação a 2018.

Então, a pergunta que não quer calar é: para que serve o tão exaltado "Feminicídio"? O que o Feminicídio melhorará na vida das mulheres que sofrem com a violência doméstica e até correm risco de serem assassinadas por seus algozes?

O homicídio de uma mulher nessas circunstâncias sempre foi considerado pelo Código Penal Brasileiro e pela Doutrina, uma espécie de homicídio qualificado por motivo torpe ou, ainda, em virtude de dificuldade da vítima de se defender. Portanto estaria obviamente tipificado e a pena seria exatamente a mesma que foi implanta, ou seja, reclusão, de 12 a 30 anos.

Segundo o texto de justificção do PLS 292/13:

A importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido 'crime passional'. Envia, outrossim, mensagem positiva à sociedade de que o direito à vida é universal e de que não haverá impunidade. Protege ainda a dignidade da vítima, ao obstar de antemão as estratégias de se desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas.

No entanto nota-se é que a lei penal se tornou uma espécie de panfleto feminista. Mas essa não é a função da lei penal, aliás, de nenhuma lei. Como bem sabemos as leis servem para regular a conduta humana, tornando o convívio social o mais pacífico possível. A raiz do problema reside não apenas na natureza da lei ao

longo da história humana, mas também no fracasso da lei em desempenhar com sucesso a função ali exposta.

Mas essa é a característica do Direito Penal Simbólico, fingir que não sabe o que realmente sabe e continuar fazendo leis inúteis, mas que trará para certas pessoas e certos grupos, dividendos políticos.

7 A CRIMINOLOGIA COMO FORMA DE PREVENÇÃO

A criminologia é um conjunto de conhecimentos usado para estudar os fenômenos e as causas do crime, o caráter do criminoso, o comportamento criminoso e uma maneira de ressocialização.

Também estuda as vítimas e o controle social, informal e formal. E analisa as penas necessárias e eficazes para reprimir e condenar crimes.

A criminologia Prevencionista é uma ciência humana e social, cujo objeto de pesquisa são os criminosos, seu caráter perigoso ou antissocial e as razões para a formação dos crimes, considerando como um grupo de criminosos e seus respectivos crimes praticados numa determinada região e num determinado tempo.

Pela ótica da Criminologia Prevencionista, a prevenção do crime se subdivide em 03 grupos, a Prevenção Primária, Secundária e Terciária.

Ao desempenhar funções de prevenção ao crime, o Estado basicamente realiza ações sob essas três frentes:

7.1 Prevenção Primária

A Prevenção primária é a conscientização social por meio de programas que criam medidas sociais, onde o Estado garante o emprego e os direitos sociais, como saúde, educação, segurança e moradia. Capacitando assim e, fortalecendo a sociedade, para que saibam lidar com eventuais situações que possam leva-los a uma vida desregrada, Mas esse seria um instrumento preventivo de médio à longo prazo.

7.2 Prevenção Secundária

A Prevenção secundária atua na exteriorização do conflito criminal, ou seja, consiste em medidas voltadas aos indivíduos predispostos a praticar um delito. Está relacionada à política da legislação criminal e à ação policial ligado que atua na prevenção, quando e onde ocorrer o crime, procurando produzir nos indivíduos um respeito pela norma que os dissuade de violá-la. Caso o façam, devem ser punidos por lei, e quanto mais relevantes forem os bens protegidos pela lei, mais severa será a punição. Essa forma de prevenção opera de curto a médios prazos.

7.3 Prevenção Terciária

A Prevenção terciária é a forma de prevenção indireta, voltado à população carcerária, ou seja, visando os infratores, tem caráter punitivo, para prevenir a reincidência. É implementado por meio de medidas de punição, através da ressocialização do processo de execução criminal, adotando assim medidas como prestação de serviços à comunidade, assistida, liberdade laborterapia, etc.

8 ALTERNATIVAS À CRIMINALIZAÇÃO

Mas não podemos acreditar na ilusão que criminalizar o feminicídio será suficiente para impedir que ele ocorra, é preciso olhar debaixo da ponta do iceberg, onde todos os mecanismos de educação, de prevenção e de assistência estão falhando.

Essa cultura só pode ser revertida por meio de políticas que promovam a educação, a igualdade de gênero e fiscalização de leis, como a Lei Maria da Penha, traçando assim diretrizes para coibir o crime.

O Estado deveria se preocupar menos em estudar a forma de aplicabilidade da Lei e de repressão do crime e se dedicar mais em preveni-lo, entendendo o que leva o indivíduo a praticar esse tipo de barbaridade, tratado assim o mal pela raiz.

Como podemos entender no decorrer desse artigo, a violência doméstica é um fenômeno histórico, pois a influência da sociedade patriarcal, vivida durante séculos em todo o mundo, por uma cultura machista, colocou a mulher em uma situação de inferioridade,

Segundo a Teoria da Personalidade, desenvolvida por Sigmund Freud, a psique humana é formada por três instância, o Id, Ego e o Superego.

O Id é a instância inferior da mente humana, todas as pessoas nascem com ele, são os nossos instintos, consiste nos desejos, vontades e pulsões primitivas. O Superego, é a instância superior, começa a se desenvolver em nossa personalidade por volta dos 5 ou 6 anos de idade, quando começamos a ter maior consciência de regras e valores, portanto é a nossa consciência, que nos dá a noção de dever, obrigação, valores morais etc. E o Ego é a instância intermediária, o nosso mediador entre os impulsos do Id e a censura do superego, tentando estabelecer compromisso entre eles, adequando nossos instintos primitivos (o Id) com o nossos valores (o Superego).

Nesse sentido quem pratica violência de gênero pensa agir corretamente, vendo o outro como pessoa inferior, seu Id não é moldado pelo ego, tampouco por

ele limitado, de modo que sempre pensa que tudo o que faz está correto, errado está tudo a sua volta.

Por essa razão outra forma de prevenção, é a conscientização na mente de crianças, adolescentes, jovens e adultos, estabelecendo novos valores a uma sociedade culturalmente machista e a necessidade de respeito e igualdade, equilibrando assim essas 03 partes da mente humana (Id, Ego e Superego).

Portanto, mudar essa realidade exige que o poder público inclua a eliminação da violência e do assassinato de mulheres como política nacional, pois o extermínio de mulheres devido à violência de gênero é algo que tem que ser tratado e não punido.

Conforme os ensinamentos de Néelson Hungria (1979, p. 227), "O direito de viver não é um direito sobre a vida, mas à vida, no sentido de correlativo da obrigação de que os outros homens respeitem a nossa vida".

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado procurou retratar todo o contexto histórico e social responsável pela violência de gênero (feminicídio). Além disso, apresentou toda importância da Lei Penal Brasileira e qual sua finalidade, para que então pudessem entender o que significa o Direito Penal e qual seu papel no Ordenamento Jurídico, para assim conhecermos o que é o Direito Penal Simbólico e qual a relação com o Feminicídio.

A violência contra mulher ocorre por influência de uma sociedade patriarcal, onde o homem cresce acreditando que a mulher é inferior a ele, deixando-a vulnerável. O agressor acredita que essa (injusta) agressão é justa, que ele faz o certo, pois seu Id não é moldado pelo ego, tampouco por ele limitado.

A lei tem a intenção de coibir o crime, pois diante de uma severa punição caso o crime ocorra, é natural que o ser humano com sua capacidade mental perfeitamente saudável não queira praticar o delito e sofrer as consequências, por essa razão punir esses criminosos de nada resolverá já que eles não têm essa consciência e acreditam que não estão fazendo nada ilegal.

A legislação tem que vir acompanhada de medidas sócia educativas, portanto a solução seria a prevenção, uma conscientização social, ensinar todos, em especial as nossas crianças, novos valores e a necessidade de respeito e igualdade.

Mas o Poder Judiciário, para responder o calor social, que grita por socorro, tem optado por criar Leis com punições mais severas, passando assim uma falsa

sensação de segurança, sem perceber que a insegurança jurídica cresce a cada dia mais.

REFERÊNCIAS

BENFICA, Francisco S.; Vaz, Marcia. **Violência contra Mulher**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74965/violencia-domestica-contra-mulher>>. Acesso em: 28 ago.2020.

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

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acessado em: 19 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em: 19 set. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 292, de 201. Altera o Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35133/femicidio>>. Acesso em: 26 out. 2020.

BRUNO, Aníbal. **O que é o "Direito Penal" ou "Direito Criminal" no ordenamento jurídico brasileiro?**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73703/o-que-e-o-direito-penal-ou-direito-criminal-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 26 set. 2020.

CAMPUS, Roberta Toledo. **Violência doméstica contra a mulher**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52651/violencia-domestica-contra-a-mulher>>. Acesso em: 15 set. 2020.

Ego, Superego e Id. Disponível em: <<https://www.diferenca.com/ego-superego-e-id/>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

GEBRIM, Luciana M.; BORGES, Paulo César C. **O feminicídio e a legislação brasileira**. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802018000300534&script=sci_arttext>. Acesso em: 19 out. 2020.

HUNGRIA, Nélon. **Feminicídio: O xeque-mate da misoginia e as perspectivas jurídicas acerca do tema**. Disponível em: <<https://besemensato.jusbrasil.com.br/artigos/812900051/feminicidio-o-xeque-mate-da-misoginia-e-as-perspectivas-juridicas-acerca-do-tema>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

LAGARDE, Marcela. **O feminicídio e a legislação brasileira**. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802018000300534&script=sci_arttext>. Acesso em: 19 out. 2020.

LIPOVETSKY, Gilles. **Direito Penal Simbólico como meio de controle e de política criminal**. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2019/02/18/direito-penal-simbolico-como-meio-de-controle-e-de-politica-criminal/>>. Acesso em: 25 out. 2020.

LISZT, Franz V. **Conceito de direito penal**. Disponível em <<https://www.pauloqueiroz.net/conceito-de-direito-penal/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

SERRA, Carlos E. S. **A perspectiva psicanalítica do crime e da sociedade punitiva**. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rc_on_id=224#:~:text=O%20superego%20%C3%A9%20a%20inst%C3%A2ncia,%2C%20obriga%C3%A7%C3%A3o%2C%20valores%20morais%20etc>. Acesso em: 01. nov. 2020.

SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: teoria e pratica**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2017.

Scarance, Valéria. **O que é feminicídio? Entenda a definição do crime que mata mulheres**. Disponível em: <<https://www.bol.uol.com.br/entretenimento/2018/08/21/o-que-e-feminicidio-entenda-a-definicao-do-crime-que-mata->

mulheres.htm#:~:text=%22O%20homem%20mata%20a%20mulher,manifesta%C3%A7%C3%A3o%20de%20crime%20de%20%C3%B3dio.%22>. Acesso em: 21 out. 2020.

ABORDAGEM POLICIAL E ABUSO DE AUTORIDADE

IGOR DE CARVALHO DELFINO:

Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: O atual trabalho tem como propósito fazer uma ampla apreciação jurídica sobre o exercício da busca pessoal realizado pelos agentes públicos e a relação desta com o crime de abuso de autoridade, aspecto limitador da atuação abusiva do poder estatal. Da mesma maneira, procuro esclarecer o que vem a ser de fato o termo fundado suspeita e quais são os critérios de admissibilidade utilizados para a realização da busca pessoal. Corrobora-se, também, a estima da abordagem policial como fator principal na minimização dos índices da criminalidade, e conseqüente progresso na sensação de segurança e manutenção da ordem pública ora instituída. Identifica a vivência de parâmetros objetivos formadores da convicção de fundada suspeita, como espécie de legalidade do ato, conforme previsão normativa do Art. 244 do CPP. A formação policial é corroborada como condição decisiva para a ocorrência do excesso e do abuso do poder. Neste aspecto, tem-se que a presunção que se almeja é que a busca pessoal é legal, desde que alicerçada no seu caráter preventivo, na previsão legal e em certos subsídios que providenciam condições de fundada suspeita, sendo que os excessos desta interferência estatal devem ser tolhidos e minimizados por meio da formação policial de qualidade e do caráter protetivo contra o abuso de autoridade e de outros elementos jurídicos.

Palavras-chave: Abuso de Autoridade. Fundada Suspeita. Limitação Estatal. Formação Policial. Abordagem Policial.

SUMARIO: INTRODUÇÃO. 1 HISTÓRIA DO ABUSO DE AUTORIDADE. 1.1 Evolução histórica do crime de abuso de autoridade. 2. A ABORDAGEM POLICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2.1 Abordagem policial e busca pessoal. 2.2 Da fundada suspeita. 3 CRIMES CORRELATOS AO ABUSO DE AUTORIDADE. 3.1 A lei de abuso de autoridade Lei Nº 4898/65. 4 FILMAR UMA AÇÃO POLICIAL. 4.1 O policial pode levar testemunha que filma para a delegacia? 4.2 O que o policial pode e não pode fazer na abordagem? 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

O abuso de autoridade praticado pelos agentes de segurança pública do Estado designadamente a Polícia Militar ao atuarem no exercício de suas funções,

acabam que ultrapassam os limites, sem observância das exigências legais a qual instituição tem a função da preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, estabelecendo limites ao exercício dos direitos individuais que contrariem a lei estabelecida, em benefício do interesse público.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) constitui que a segurança pública seja obrigação do Estado, direito e responsabilidade de todos as pessoas, (artigo 144 e seguintes), e que é essencial para o desenvolvimento do estado e deve ser exercida por pessoas que estejam devidamente preparadas. E para que este trabalho seja realizado e consiga obter existo no combate a criminalidade o estado concede prerrogativas para o policial cumprir a sua obrigação dentre elas o uso de arma de fogo, algema e apetrechos que possa garantir sua integridade e a segurança e dos cidadãos.

Ocorre que, no exercício da atividade alguns policiais ultrapassam o exercício regular de suas funções e cometem abusos, desviando-se do poder que lhes é conferido, causando danos a terceiros, por vezes irreversíveis.

Assim dizendo em algumas situações os órgãos policiais podem realizar abordagens policiais, revistas pessoais, de residenciais ou de automóveis, somente com mandado judicial autorizando tal ato, existem algumas excludentes para este caso o qual não será objeto de estudo neste artigo.

Em situações excepcionalíssimas, as autoridades policiais só poderão efetuar este tipo de abordagem em caso de fundamentada suspeição de ocorrência de algum delito, de acordo com o artigo 240 do Código de Processo Penal

Do contrário, a execução de abordagens policiais que não possuem ordem judicial ou suspeita de ocorrência de determinado delito, violam direitos constitucionais e individuais dos cidadãos previstos na CF/88, como a Intimidade, Vida Privada, Honra (artigo 5º, inciso X), a Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, inciso III) e a Inviolabilidade da Residência (artigo 5º, inciso XI), o qual será objeto de estudo por este trabalho

O ato do abuso de autoridade pode sujeitar o agente policial à responsabilização penal, administrativa e civil, como já fui Policial Militar do Estado de São Paulo durante 5 anos, inclusive como auxiliar de Inquéritos Policiais Militares, Sindicâncias e Processos Administrativos, o trabalho oportunizou acompanhar muitos casos de ilícitos cometidos por policiais contra àqueles que deveria proteger, cuja realidade está estreitamente relacionada ao objeto do estudo, contribuiu pela escolha do tema.

Tem-se como objetivo o estudo e a discussão referente à licitude e amplitude da busca pessoal, dado a margem de subjetividade que contorna o exercício da atividade policial, suas mudanças e quais os fatores que interferem e legitimam a sua realização. Deste modo, o presente trabalho inicia do questionamento se o exercício da busca pessoal é legal e quais os critérios empregados para definir e limitar a sua utilização pelo agente público.

No que se refere à metodologia, foi utilizado o procedimento de argumentação dedutivo, foram realizadas análises bibliográficas como principal recursos metodológicos, assim como pesquisas bibliográficas doutrinárias, históricas, jurisprudenciais e pesquisas na internet.

Primeiramente, observa-se que diante das questões sociais, da criminalidade e das desigualdades econômicas, encontra-se localizado o Estado, o gerente social, aquele que controla, de certa forma, as relações sociais, estabelecendo limites e constituindo sanções aos que não cumprem as leis e os interesses coletivos.

No desígnio de atuar em prol da preservação da ordem pública, o Estado por meio de seus agentes públicos, mais designadamente da polícia utiliza-se do exercício da abordagem policial, a fim de adiantar a ação delituosa, por meio da prévia localização de armas e objetos de crime, e imediatamente a realização da prisão de infratores que faticamente agrediram o “sistema jurídico” com seus comportamentos típicos.

Para que os agentes públicos possam encontrar os objetos do delito, se amparam na busca pessoal, quando possuir aspecto da fundada suspeita, e deste modo, examinam o corpo, as vestes e o que tiver sobre a custódia do suspeito, tendo como parâmetro o seu caráter preventivo

Essa forma intervencionista é marcada pela discricionariedade do policial, que de fato não precisa estar imbuído da ordem judicial para exercer a busca pessoal. No entanto, deve fundamentá-la na qualidade de fundada suspeita, prevista no Art. 244 do CPP, na qual o indivíduo a ser abordado necessita encontrar-se em situações de suspeição de que esteja no domínio de arma proibida ou de materiais ou papéis que constituam corpo de delito.

Neste ponto de vista, encontra-se a grande bate-boca do tema, pois não há uma explicação técnica ou jurídica para classificar de fato o que vem a ser a fundada suspeita, munindo, assim, condições para que ocorram juízos de subjetividade por parte dos policiais em sua atuação prática, gerando uma fragilidade jurídica no próprio procedimento policial.

Visando restringir a ação estatal e evitar que possíveis prejuízos sejam causados a coletividade, a lei de abuso de autoridade (Lei nº. 4.898/65) é habitualmente utilizada como escudo protetor das garantias essenciais elencadas na Constituição Federal.

Na ocorrência da busca pessoal por se tratar de uma hipótese de exceção das garantias individuais, não se pode admitir a prática de excessos por parte das autoridades públicas, as quais devem ser devidamente responsabilizadas pelos excessos e irregularidades de conduta praticados no momento da busca.

A hipótese que se confirmará nesta pesquisa é que o exercício da busca pessoal é legal, desde que alicerçada em certos elementos que munem condições de fundada suspeita, sendo que o seu exercício não deve ser abusivo e nem discriminatório, sob pena de incidência de uma das hipóteses previstas na Lei nº. 4.898/65.

O trabalho está estruturado em três capítulos em que o primeiro versa sobre a evolução histórica do abuso de autoridade, abordagem policial no ordenamento jurídico brasileiro, controvérsias relacionadas à prática da busca pessoal, sua procedência e o seu verdadeiro papel social. Busca-se aclarar o instituto da busca pessoal e as discrepâncias existentes entre os tipos de busca no processo penal pátrio, sendo analisado também a legalidade e limites do uso de algemas.

No segundo capítulo, comprovar-se a responsabilização dos agentes públicos por possíveis excessos cometidos na execução da busca pessoal, com apoio na lei do abuso de autoridade (Lei nº. 4.898/65), sendo vislumbrado o aspecto do emprego inútil e autoritário no ato de abordar que, de fato, viola claramente os princípios e direitos essenciais e fundamentais da pessoa humana, atingindo, assim, toda a ordem jurídica nacional. Já o terceiro capítulo faz referência ao aperfeiçoamento da formação policial no Brasil e a história do abuso de autoridade por parte dos agentes policiais que ainda permeia na relação polícia e sociedade.

Observa-se, desta forma que o presente estudo visa oferecer uma visão mais lúcida a respeito da conexão entre a ação policial na defesa da ordem pública e a magnitude do constrangimento causado pela prática da busca pessoal em relação aos direitos individuais e à dignidade da pessoa humana.

1 HISTÓRIA DO ABUSO DE AUTORIDADE

O início da responsabilidade estatal deriva direta e inexoravelmente do princípio da legalidade, nascido com o Estado de Direito que, além de fazer obedecer às relações de direito privado, passou a forçar que as condutas estatais estivessem pautadas na lei, posto ser esse o único instrumento de regulação

adequada de todas as relações formadas na sociedade, seja entre particulares, seja entres estes e o estado.

Se é fato que o Direito regula e controla as condutas humanas de modo coercitivo para que a vida em sociedade se torne admissível, não é menos verdade que o Direito atua dessa maneira para fornecer ao cidadão um mínimo de segurança.

Historicamente, discutia-se diferença entre excesso e abuso de poder. Macedo Soares, importante comentador do Código Penal de 1890, afirmava que nas duas figuras haveria investidura na função, no entanto no primeiro o funcionário público excederia os limites de suas atribuições, enquanto no segundo usaria mal a autoridade conferida. Outros autores entenderiam que abuso de autoridade seria o injusto penal, já o excesso de poder seria o injusto administrativo (SIQUEIRA, 1951, p. 645-647).

Há muito já descrevia também Rousseau que o homem deve ceder parcela de sua liberdade para que, em contrapartida, possa receber a segurança necessária para não sofrer intervenções imprevisíveis, seja por parte do Estado, seja por parte do particular.

Desta forma o princípio da responsabilidade estatal, amparado no princípio da legalidade, aponta precisamente conservar um dos maiores anseios da humanidade, qual seja, a segurança jurídica nas relações sociais.

1.1 Evolução Histórica do Crime de Abuso de Autoridade

Uma resumida releitura da História se justifica a partir do período que a intenção é aproximar-se, no argumento do tema indicado, aspectos da lei que aborda o abuso de autoridade, precisamente porque demonstram que o contraponto entre a liberdade e o poder sempre existiu, desde épocas mais antigas, principalmente no que se refere ao poder.

A ideia de Polícia no Brasil, nasceu em 1530 quando D. João III, ao adotar o sistema de capitanias hereditárias, outorgou a Martins Afonso de Souza uma carta régia para estabelecer a administração, promover a justiça e organizar o serviço da ordem pública, como melhor entendesse, nas terras que conquistasse. No período colonial, as atribuições da Polícia estiveram confiadas aos Juízes que possuíam como auxiliares os meirinhos (oficiais de justiça daquela época) e os homens jurados que, depois de escolhidos, juravam perante o

conselho dos deveres de Polícia. Em 1808, ocasião em que D. João VI e sua Família Real já estavam instalados no Brasil, foi criada a Intendência Geral de Polícia: em 1809, era instituída a Divisão Militar Da Guarda Real de Polícia, primeiro dispositivo legal a dar vida à Polícia Militar. Em 1837 é criada a Guarda Municipal Permanente. Homens que trabalhavam a pé e a cavalo para patrulhar as vilas e auxiliar a Justiça (JESUS, 2009, p. 96).

Nos tempos antigos em que o homem bárbaro tinha total liberdade para criar suas leis e aceitar critérios favoráveis para fazer justiça. Que uma satisfação natural de poder já era sentida pelo indivíduo quando, por meio da força bruta, se sobrepunha a qualquer outra, conquistava-se das coisas para suprir suas necessidades ou satisfazer seus instintos.

Com o acontecer do tempo a atitude de ser e de viver do homem se alterou, nascendo então o real sentido da sociedade, cujas pessoas seguem normas comuns. Com o nascimento das primeiras civilizações e novas compreensões, também aflorou na mente humana uma visão de poder, qual seja, o que poderia ser adquirido pela inteligência, por meio da influência ou da autoridade, oportunizando, para uns, a abrangência de um poder dominador, por vezes arbitrário, que marcaria épocas, como da Antiguidade romana, mas constituindo, para outros, a perda do direito à liberdade, expressa pela opressão, bem marcada pelo sistema feudal do período absolutista.

Antes ainda da Era Cristã, Aristóteles já haveria esboçado o sentido de desvio de poder, que estaria marcado pela ilegalidade de quem detinha a autoridade, pela prática irregular de um direito – um ato oposto à moral e aos bons costumes. Essas autoridades seriam os cruéis, que, uma vez no governo, revogam a legislação em vigência, sobrepondo-a com outras constituídas de acordo com suas conveniências, transgredindo as leis estabelecidas.

Já na Era moderna, ideais filosóficas como a de Descartes, cuja máxima cogito, ergo sum (penso, logo existo), fariam com que o homem começasse a ter consciência de sua existência e a crer que todos deveriam ter as mesmas chances para desempenharem seus direitos e sua liberdade, apesar de ideologias bastante desiguais separaram-se da concepção do Antigo Regime daquelas ideias liberais, que surgiam na Europa no século XVIII – o Século das Luzes.

Montesquieu, em sua admirável obra O espírito das leis, ainda expõe sua visão sobre o despotismo, o arbítrio, ao checar os regimes políticos com a harmonia dos ventos, que podem se afastar conforme sua força e que para evitá-lo e

sustentar a liberdade política, seria indispensável que o poder fosse contido pelo poder, alicerces que se baseou para formar a teoria da tripartição dos poderes, em que a autoridade é exercida por quem dá cumprimento a ela, legisla e julga, sistemas que são, até hoje, paradigmas da democracia.

Apesar disso, seria a França o palco de uma revolução que balançaria o poder arbitrário do Antigo Regime, abalando os alicerces da sociedade da época, andoes início, em 1789, a Revolução Francesa que, ainda tenha sido um fenômeno local, é apontada como um marco divisório da História.

Com efeito, esta Revolução importaria em novas condições ao mundo, em razão do que proporcionaria, em termos de justiça, à Humanidade, destacando-se: o reconhecimento dos direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789; a consagração da separação dos poderes; e a promulgação do Código Civil Francês, de 1804, que, no plano jurídico, depois do Direito Romano, tornou-se a maior fonte do Direito da civilização ocidental, servindo de inspiração para a Assembleia das Nações Unidas os adotar e proclamar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujos textos exerceriam influência na elaboração das Constituições de diversos países, inclusive do Brasil.

Madeira (2005,p.340) esclarece ainda que:

[...]buscando-se num passado não muito remoto, o Brasil se viu distante dos direitos emanados da Declaração de 1948, quando os movimentos de 1964 levaram o País à ditadura militar, cujo regime instaurou um governo ficticiamente constitucional, visto que institucionalizou um poder autoritário, com repressão policial e supressão de direitos.

Santos (2003, p. 19) ensina que a Lei de Abuso de Autoridade (Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965) se introduz no período pós-revolução de 1964, o que esclarece, por assim descreve, o ranço ideológico atual em seu texto e que serviu de mote para o seu aparecimento: “[...]a procura pela moralização da função pública, o castigo aos pequenos abusos, de modo que as providências iniciais nesse sentido foram, de fato, tipificar os crimes outrora não tipificáveis”.

O escritor complementa opinando que, em termos claros e objetivo, de escassa ou de nenhuma repercussão coercitiva resultaram tais medidas, eis que, como sintetiza:

A Lei de Abuso de Autoridade foi criada em um momento autoritário com desígnio meramente simbólico, promocional

e demagógico. A despeito de pretensamente de admitir e incriminar os chamados abusos de poder e de ter previsto um procedimento acelerado, na verdade, cominou penas insignificantes, passíveis de substituição por multa e com facilidade alcançáveis pela prescrição[...] (SANTOS, 2003, p. 19).

Não obstante as conclusões dos considerados autores, tem-se que a intenção principal da Lei n. 4.898/65 é a de prevenir abusos cometidos pelas autoridades, no exercício de suas funções, ao mesmo tempo em que, por meio de penas de natureza administrativa, civil e penal, constitui a necessária reprimenda e garante ao cidadão, outrossim, o direito de defender seus interesses.

É nessa direção que os regramentos da responsabilidade penal Estado contra os abusos praticados por autoridades policiais passarão a ser examinados do decorrer deste trabalho.

2 A ABORDAGEM POLICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A abordagem policial é clássica e historicamente empregada pelas instituições estatais, mais exatamente pelas polícias, como meio intervencionista nas relações sociais, buscando o controle da criminalidade e manutenção da ordem pública.

Diferentemente a busca pessoal versa-se de um meio de prova formado no Código de Processo Penal - CPP, utilizado com a finalidade de encontrar possíveis instrumentos, armas ou objetos que estejam em discrepância com os aspectos legais permitidos nas normas vigentes.

Esse meio de prova exercido pelos órgãos de segurança pública não pode ser confundido com a expressão abordagem policial, pois este é amplo, e alcança ações diversas por parte da polícia como os inter-relacionamentos auxiliares, repressivo e preventivos.

O que não se admite nos dias de hoje é um modelo formal de socialização, pois vivemos num rico e movimento mundo de diversidade e pluralidade de formas de pensar, agir e de existir. Diante disso, a formação não pode ser cristalizada apenas nas técnicas, ou seja, no modelo tradicional. É preciso que haja uma abertura para integrar e agregar os múltiplos conhecimentos e ao RANGEmesmo tempo promover reflexão sobre a concepção dialética (Granjeiro, 2006, p. 106).

A busca pessoal tem por impulsionar a movimentação da polícia no campo da prevenção, representa uma das principais ferramentas de trabalho da atividade policial e pode resultar, não obstante, em incidência de objeto ou informação que caracterizem a prática de ação delituosa.

A condição atípica dessa modalidade de busca, haja vista a previsão no CPP da busca domiciliar, é a conexão ao aspecto da fundada suspeita, como condição de legitimidade para o seu exercício.

2.1 Abordagem Policial e Busca Pessoal

Na circunspeção comum, abordagem policial pode ser bem-conceituada como o ato de aproximar-se de um indivíduo que se encontra em circunstância suspeita ou não, com a intenção de averiguar, orientar, investigar, informar, advertir, interagir, assistir, prender, etc.

Nota-se que o tirocínio da abordagem possui uma conotação geral, podendo envolver ocorrências de plena normalidade ou mesmo as que envolvem alto risco.

A abordagem policial propriamente dita é qualificada simplesmente pela presença do policial na ocorrência de abordagem, sendo que este se posiciona de maneira ativa nessa relação, desenvolvendo-a e direcionando-a de acordo com o contexto presente.

Distinguem-se, assim, duas espécies de busca pessoal: a processual e a preventiva, de acordo com o momento em que é realizada, bem como de acordo com a sua finalidade. Antes da efetiva constatação da prática delituosa, ela é procedida por iniciativa de autoridade policial e constitui ato legitimado pelo exercício do poder de polícia, na esfera de atuação da Administração Pública, com finalidade preventiva. Realizada após a prática, ou em seguida à constatação da prática criminosa, ainda que em sequência de busca preventiva, tenciona atender ao interesse processual, para a obtenção de objetos necessários ou relevantes à prova de infração, ou à defesa do réu (NASSARO B, online).

De uma maneira mais técnica, observa-se que a abordagem policial ocorre em razão da própria necessidade preventiva da polícia, em especial a Polícia Militar, que durante sua atividade diária precisa valer-se desse instrumento para alcançar uma maior aproximação com a população, a fim de examinar determinadas

situações com o foco no seu papel preventivo e, em determinadas ocasiões, até mesmo assistir a população.

Diferentemente, a busca pessoal tem uma conotação mais proibitiva, sendo relativa ao ato do policial “inspecionar”, “indagar” e “revistar” o cidadão implicado, procurando encontrar possíveis itens ou armas que tem relação com uma dada atividade ilícita.

Acentuada como uma espécie de prova, a busca pessoal trata-se de um “instrumento” precioso para que a polícia possa de fato adiantar a ação criminosa, por meio da localização de armas e artifícios, e da imediata prisão de infratores.

A busca pessoal não é somente feita nas vestes ou nos itens que a pessoa leva consigo, como também, abertamente no corpo, quer por meio de averiguações oculares ou manuais, quer por canais eletrônicos, radioscópicos, é notório que os ladrões e, necessariamente, as ladras escolhem encobrir pequenos objetos, pedras valiosas e outros que tais em qualquer esconso natural (TOURINHO FILHO, 2008, p. 393).

Adverte-se que está percepção extensiva abastecida pela doutrina alude-se também aos veículos que encontrar-se na posse do abordado na ocasião da busca, porém estes não foram abrangidos pela conceituação doutrinária de domicílio.

Será realizada quando “houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida” ou outros objetos. É realizada na pessoa (incluindo bolsas, malas etc.) e em veículos que estejam em sua posse (automóveis, motocicletas etc) (CAPEZ, 2009, p. 341).

2.2 Da fundada suspeita

A busca pessoal que tem por impulso a circulação da polícia na área da prevenção e da manutenção da ordem pública, representa uma das principais ferramentas de trabalho do exercício policial e pode resultar, não obstante, no cruzamento de itens ou informação que caracterizem a prática da ação delituosa.

No entanto, a busca pessoal, ainda de caráter preventivo, apenas apresentará caráter legal se existir a fundada suspeita de que alguma pessoa esteja escondendo consigo algum objeto ilícito.

Pode ser desempenhada em cidadãos que estiverem em atitudes suspeitas e também nos seus pertences, não precisando de mandado escrito da autoridade policial competente ou do magistrado. Todavia, esta não pode ser empregada como

medida de prevenção de delito, sob pena de afrontar ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao Estado de Democrático de Direito.

A procura só deve ser realizada quando estiver presente os requisitos da fundadas suspeitas, e objetivando continuamente não ferir a dignidade humana, ou seja, precisa ser feita de maneira que não seja vexatória para o cidadão que está sendo abordado pelo policial e nem para terceiros, caso o policial exceda os limites que permeia a fundada suspeita ou nas suas ações poderá o agente público responder por crime de abuso de autoridade, bem como ser responsabilizado civil, administrativamente e penalmente pelos seus atos.

Desta forma, percebe-se que a legitimidade da busca pessoal está ajustada, essencialmente, no perfil da fundada suspeita, que claramente, para grande parte da coletividade, pode ter uma conotação subjetiva; já em conexão aos órgãos policiais, esta deve ser rodeada de sinais e de subsídios concretos que aconselharam a necessidade real da interferência policial e não somente de parâmetros subjetivos.

Quando a lei se alude as fundadas razões ela ordena que tenha um fato sólido autorizador da concepção da suspeita. A procura somente será legítima se, efetivamente, existir um certo objetivo, um dado sólido, um fato da vida que permita os agentes exercer a busca e apreensão. O simples observar do policial, entendendo versar-se de um veículo suspeito ou de uma pessoa suspeita, por exemplo, não poderá ser feito a busca e apreensão, sem que haja um dado objetivo impulsionando sua conduta (RANGEL, 2010, p. 157).

A busca pessoal será cumprida sempre que tiverem a fundadas suspeitas como elemento essencial preenchido para ser um busca legítima, e não a certeza absoluta, de que o abordado esconda coisas ou objetos que tenha procedência do crime ou ferramentas que poderá ser empregadas na prática criminosa, ou quando existir outros elementos objetivos e palpáveis que também apontam a necessidade da busca, a fim de que o força estatal possa, por meio da mesma, evitar um iminente ato ilícito de ser praticado.

Esta busca pessoal é definitivamente legítima, já que não há que se falar em abuso policial, e sim em preenchimento de requisitos legais que forma a convicção de fundada suspeita.

A busca é o primeiro ato e a apreensão é o segundo. Primeiro se procura e depois se apreende a coisa ou a pessoa. A busca e apreensão são meio de prova destinadas a evitar o pericimento. Também é medida cautelar. Pode ser realizada anteriormente a qualquer procedimento policial, durante a fase

inquisitiva, processual e até na fase de execução (ISHIDA, 2010, p. 155).

A jurisprudência já se posicionou determinadas vezes acerca da busca pessoal e da fundada suspeita, tendo revelado como condição de legalidade do ato o acontecimento de elementos objetivos e concretos que determinam a necessidade da busca. De acordo com a disposição do Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, no HC nº. 1.305-4 / GO:

A fundada suspeita, presumida no art. 244 do CPP, não pode basear-se em parâmetros excepcionalmente subjetivos, exigindo dados palpáveis que indiquem a precisão da revista, em face do constrangimento que causa.

Não haverá fundada suspeita, de tal modo, quando o policial militar basear sua abordagem em simples suspeita, que é uma desconfiança ou suposição, algo especulativo e frágil.

Não pode ser rotulada como legal a ordem do policial para que o motorista de um veículo saia do mesmo para se sujeitar à busca pessoal, quando não ficar claro os aspectos da fundada suspeita, de que este mesmo condutor esteja escondendo algo ilícito, ou até mesmo, tenha realizado alguma atividade ilegal que exige a necessidade da busca.

Desta forma, a autoridade policial poderá vistoriar o agente quando existir a "fundada suspeita". Mas, o que é "fundada suspeita"? Um artigo genérico, de teor vazio, ambíguo e indefinido, que despacha a ampla e plena subjetividade e arbitrariedade do policial (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 658).

Por essa razão, a persecução penal e toda e qualquer atuação estatal estão duramente disciplinadas por regras legais, antecipadamente acentuadas e instituídas, não podendo seus agentes agir meramente com aquilo que avaliem certo, admissível e de interesse da coletividade, sob pena de serem responsabilizados.

3 CRIMES CORRELATOS AO ABUSO DE AUTORIDADE

Os agentes policiais na prática de suas funções encontram-se vinculados aos limites e exigências da lei. O exercício da atividade policial, por sua essência social e situacional, tem pontos de vista discricionários que são fundamentais para a execução das funções de segurança pública.

Por existir essa discricionariedade na atuação policial fica mais complicada, dificultando assim, distinguir um ato policial arbitrário de um ato discricionário e contrário ao Estado de Direito.

Buscando restringir a ação estatal e impedir que possíveis danos sejam ocasionados a coletividade, a lei de abuso de autoridade é frequentemente utilizada como escudo protetor das garantias baseais elencadas na Constituição Federal, haja vista que pela sua força normativa, tornar mínimo a prática de abusos por parte das autoridades públicas.

3.1 A Lei de Abuso de Autoridade Lei Nº 4898/65

A lei de Abuso de Autoridade (Lei nº. 4.898/65) tem como finalidade proteger a sociedade dos abusos perpetrados pelas autoridades públicas ou por seus agentes, que possam afetar direitos e garantias constitucionais como: inviolabilidade domiciliar, sigilo de correspondência, liberdade de locomoção, incolumidade física etc.

Percebe-se que a lei em alusão procura proteger as garantias individuais listadas na Constituição Federal de 1988, bem como causar o normal funcionamento da Administração Pública e da atividade da função pública sem que haja excessos e desvios por parte das autoridades públicas.

Para ter esse direito a pessoa interessada poderá proceder mediante petição que será encaminhada à autoridade superior que tiver atribuição legal para averiguar e empregar sanções à autoridade civil ou militar indiciada na prática do abuso.

De acordo com o que está exposto no Art. 5 da Lei 4.898/65 “Qualifica-se autoridade, para os resultados desta lei, quem tem cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, mesmo que temporariamente e sem remuneração”.

De tal modo, compreende-se que o policial por desempenhar notadamente cargo público, está caracteristicamente englobado na Lei de Abuso de Autoridade e, desta maneira, caso ultrapasse os limites no emprego de sua atividade pública será sujeito a possíveis medidas administrativas, civis e penais.

Quando o abuso de autoridade for perpetrado por policial, seja militar ou civil, poderá ser imposta a pena autônoma ou acessória, de ficar impedido o acusado de exercer postos de natureza policial ou militar na municipalidade da culpa, por prazo de um a cinco anos, segundo Art. 6º, § 5º, lei nº Lei 4.898/65.

No que se cita à competência para apuração de crime de Abuso de Autoridade, observa-se a regra que, se abuso for exercitado por autoridade estadual, o juízo adequado será a Justiça Estadual, sendo que, se tratando de policial militar, segundo a Súmula 172, do STJ, incumbe a Justiça Comum atuar e julgar o militar

por delito de abuso de autoridade, embora cometido no transcorrer do serviço policial militar.

Seja como for, tem predominado o entendimento de que delito militar é somente aqueles aludido no CPM. Os delitos previstos em leis especiais, como, o abuso de autoridade, os crimes de tortura, de sonegação fiscal, de tóxicos, atentados contra o consumidor e etc., não são qualificados como crimes militares e fogem da competência da justiça castrense (MACHADO, 2009, p. 314).

Não há discrepância na doutrina relacionada a competência para julgar o delito de abuso de autoridade exercido por policial militar, porquanto ainda, trata-se de crime especial que não há previsão no Código de Processo Penal Militar, e de tal modo, esquivava-se da competência da Justiça Militar.

4 FILMAR UMA AÇÃO POLICIAL

As modificações que a tecnologia acarreta ininterruptamente na sociedade são tão abruptas que, em alguns episódios, geram conflitos e dúvidas nos diversos estratos sociais. Convivemos em uma época na qual cada indivíduo é o seu próprio veículo de comunicação. Um vídeo desprezioso pode se propagar e se espalhar pelo mundo em questão de segundos. Na mesma agilidade, a reputação de um indivíduo pode ser arrasada para sempre. Por essa razão, é uma época delicada para quem filma e para quem é filmado.

Somado a isso, a sociedade tem um alcance cada vez maior ao conhecimento e, logo, se torna mais consciente de seus direitos e deveres. Se torna consciente ainda sobre o poder que detêm na palma de sua mão. Hoje em dia, a primeira resposta à um abuso de direitos, é filmar ou gravar para aquisição de provas. Essa é uma conduta cada vez mais comum e que oferece uma eficiência probatória enorme. Se antes confessar era analisada a rainha das provas, hoje com certeza é o vídeo.

As gravações em vídeos se tornam ainda mais espontâneas, quando estamos nos defrontando com um abuso de direitos praticada pelo Estado. Se os funcionários públicos têm presunção de legitimidade e veracidade em seus relatos, quem vai acreditar em nossos relatos?

Por esse motivo, se alastraram pela internet numerosos vídeos que evidenciam policiais cometendo abusos de autoridade. E em alguns desses vídeos, é possível ressaltar que alguns agentes impedem as gravações sob o motivo de que seu direito à imagem estaria sendo violado.

Mas afinal, o que é esse direito tão citado pelos policiais?

Um deles é o direito à imagem que está previsto principalmente no art. 5º, X da Constituição Federal e art. 20 do Código Civil. Veja-se:

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

(..)

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Da leitura dos artigos, fica límpido que existe a necessidade de uma lesão para que seja admissível se falar em uma violação à imagem. E ainda, que haja também nexos causal entre a ação (filmar) e o dano. Se o policial estiver lesando a própria imagem, agredindo um cidadão por exemplo, não há nexos causal. Circunstância completamente diversa seria gravar a ação do policial e o xingar enquanto filmar. Nesse caso, o dano foi causado por quem estava filmando.

Deve ser enfatizado que o policial é um funcionário público! Portanto, está sujeito à fiscalização da sociedade. Caso esteja praticando algum ato ilegal, deve ser filmado e o vídeo deve ser conduzido à Corregedoria. Se tudo estiver conforme a lei, não existe dano à imagem.

Resumidamente, gravar uma atividade policial é o exercício pleno do direito fundamental da liberdade de expressão e de inspeção da atuação do poder público. Reconhecendo alguns cuidados básicos, não há como falar em defloração ao direito à imagem. Se o policial permanecer agindo conforme a lei, será o maior interessado em ter uma prova de sua atuação exemplar.

5.1 O Policial pode Levar Testemunha que filma para a Delegacia?

Especialistas já afirmaram que a polícia pode levar testemunhas da cena de um crime para a delegacia. Mas lembram que essa atuação, no entanto, não carece estar ligada apenas ao fato dela ter filmado a ação.

No caso do jornalista da BBC, possuía diversas pessoas no local que presenciaram a abordagem policial, porém apenas o jornalista foi conduzido para a

delegacia contra sua vontade. O auditor das polícias de São Paulo, Benedito Domingos Mariano, crê que essa abordagem foi abusiva e que o jornalista não deveria ter sido conduzido ao distrito policial.

Os advogados ouvidos pela BBC News Brasil assegura que pedir senha e vasculhar celular de testemunha é abuso de autoridade

Para o presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) - instituto não governamental que produz e divulga informação em várias áreas do direito penal, Cristiano Avila Maronna, a atitude dos policiais com o jornalista foi abusiva e autoritária.

" Nenhuma pessoa é obrigada a fornecer dados pessoais para ninguém, a não ser que haja uma ordem judicial. Além disso, a Constituição assegura a inviolabilidade da segurança e privacidade do indivíduo. O policial não pode acessar os dados do celular sem sua autorização ou uma ordem judicial autorizando tal conduta. O fato de fazer isso com uma testemunha, uma pessoa que nem sequer estava cometendo um crime, torna o caso ainda mais absurdo", afirmou.

O presidente do IBCCRIM endossa ainda que o crime de desacato à autoridade - pretexto que levou à detenção da mulher - deveria ser apagado do Código Penal Brasileiro.

Para o advogado Ariel de Castro Alves, o deslocamento de uma pessoa à delegacia só pode ser feito quando ele é suspeito de cometer ou participar de um crime. Pedir senha e acessar informações pessoais de pessoas na rua é visto por ele como invasão de privacidade.

5.2 O que o policial pode e não pode fazer na abordagem?

O Conselho Estadual dos Direitos da Pessoa Humana (Condepe) instituiu, em 2016, um modelo com direções sobre o que os agentes policiais podem estar fazer durante abordagens. Um dos assuntos garante que qualquer policial pode vistoriar uma pessoa na rua, desde que ele esteja baseado no instituto da fundada suspeita de que o cidadão está portando consigo drogas ou armas. Porém, é imprescindível haver ao menos um indício que justifique essa suspeita (SILVA, 2014).

De acordo com o modelo instituído pela Condepe, o policial não pode abordar uma pessoa com base em uma opinião intrínseca a respeito das roupas que ela veste, por sua orientação sexual, pela cor da sua pele ou por estar numa região de periferia.

Durante uma abordagem policial, nenhuma pessoa é forçada ou ainda obrigada a dizer de onde vem, para onde vai ou se tem antecedentes criminais. O cidadão, porém, deve informar seu nome completo, do pai, da mãe e a data de nascimento para que o policial possa saber se o suspeito é foragido da Justiça.

Todo policial durante a abordagem deve falar seu nome, apresentar a funcional e falar para a pessoa qual o motivo da abordagem.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual trabalho teve com a finalidade evidenciar a legalidade do exercício da busca pessoal, de acordo com a previsão normativa do Art. 244 do CPP e os elementos suscitados pela lei de abuso de autoridade que os limitam.

A suposição previamente mantida e que se confirmou foi que o exercício da busca pessoal tem pré-requisito de legalidade, desde que ajustada na sua natureza preventiva e em certos itens que municiam o contexto de fundada suspeita, os quais de forma conexa orientam a ação policial, significando que seu exercício não deve ser excessiva e nem discriminatória, haja vista a probabilidade de incidência de uma das presunções previstas na Lei nº. 4.898/65.

No decorrer do trabalho em citação foi ressaltada a importância do desenvolvimento profissional de qualidade nos agentes policiais para que estes desenvolvam a sua função de modo harmonizável com os interesses sociais e em reconhecimento ao Estado Democrático de Direito.

O desenvolvimento desses profissionais precisa ter como educação o ensino em direitos humanos que é uma ferramenta valiosa para a transformação das polícias, por ser adequada no desenvolver do profissional as situações exigidas para a transformação do paradigma que respondam às necessidades das sociedades democráticas.

A interferência policial deve ser concretizada com base na proteção aos interesses coletivos. Demonstra -se a necessidade do cumprimento da busca pessoal pelo seu enfoque preventivo na proteção da ordem social, e que a aparência de eventuais requisitos objetivos para a distinção da fundada suspeita, coligado a sua previsão normativa é que abastece de fato a condição de legitimidade dessa ferramenta de ordem processual.

Observa-se que a fundada suspeita obedece a um elemento fundamental usado como parâmetro de legitimidade para aplicação da busca pessoal. Contudo, fica límpida a deficiência por uma fixação mais específica no teor de fundada suspeita, sendo que, considerando o argumento geral das probabilidades de

ocorrência da busca pessoal, tornar-se-ia inviável definir e colocar todas as circunstâncias palpáveis que distingam a real precisão da aplicação desta medida estatal.

Ainda se tratando de um termo genérico sem definição específica e que conduz a subjetividade, o policial poderá utilizar-se de alguns entendimentos de natureza objetiva para conseguir a “fundamentação jurídica” da busca, com menção à fundada suspeita, empregando como condição legitimadora, por exemplo, as acusações feitas por terceiros, ou da própria investigação por parte do policial de um tamanho relevante na região da cintura de um sujeito, da relação entre as características físicas do agente do delito com as características do suposto suspeito, bem como o mesmo comportamento evasivo de um dado suspeito quando se encontra com a policial.

No entanto, o agente policial não pode aproveitar-se de discriminação ou opiniões pré-estabelecidas para justificar a aplicação de tal medida, sob pena de aborrecimento às regras impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorrendo abusos no cumprimento da busca pessoal por parte dos agentes públicos estará afrontando abertamente os direitos particulares e garantias fundamentais convencionais na Constituição Federal brasileira.

Na suposição de abuso por parte dos agentes públicos no ato de abordar, emerge a probabilidade do exercício da lei de Abuso de Autoridade (Lei nº. 4.898/65), a qual poderá causar a responsabilização ao agente que ultrapassou os limites no exercício de seu poder, nas três esferas, administrativa, civil e penal.

Além de basear-se nos elementos da fundada suspeita, que é requisito de legitimidade rigorosa do ato, a prática da busca pessoal precisa se corrigir no parâmetro da necessidade, adaptação e proporcionalidade, conforme as ocorrências do caso concreto.

No entanto, apesar das apresentações realizadas sobre o assunto, objeto deste trabalho, observa-se que o ainda necessita ter uma maior cautela por parte da doutrina e peritos, a fim de que se possa ter uma compreensão melhor e uma definição jurídica concreta no que se refere ao termo fundada suspeita e sobre os limites e amplitude legais da busca pessoal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRANJEIRO, M. **A missão educadora do policial militar e a contribuição da educação biocêntrica. In: O ensino policial: trajetórias e perspectivas.** Fortaleza: UECE, 2006.

ISHIDA, Válder Kenji. **Processo penal: de acordo com a reforma processual penal.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JESUS, José Lauri Bueno de. **Polícia militar e direitos humanos.** Curitiba: Juruá, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 3º. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NASSARO A, Adilson Luís Franco. **Abordagem policial: busca pessoal e direitos humanos.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2760, 21 jan. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18314>. Acesso em: 05 out. 2020.

NASSARO B, Adilson Luís Franco. **Aspectos jurídicos da busca pessoal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1322, 13 fev. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9491>. Acesso em: 20 out. 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Valdeonne. **Abordagem policial e abuso de autoridade,** 2014, <<https://jus.com.br/artigos/28050/abordagem-policial-e-abuso-de-autoridade>> Acesso em: 18 out. 2020

SOUZA, Felipe, **A polícia pode exigir celular e senha em abordagens,** 2014, <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44893030>> Acesso em: 19 nov. 2020

TOURINHO FILHO, **Fernando da Costa. Processo penal.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

A RELEVÂNCIA DA FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO

EDUARDO MORELATO SANCHEZ:

Bacharelado do Curso de Direito da
Universidade Brasil.

JANAINA GUIMARÃES MANSÍLIA.

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo busca explorar a fiscalização do trabalho. Por sua vez, a palavra fiscalizar corresponde a examinar e inspecionar e, para o tema em questão, produz a orientação para que haja a observância da normal legal, em sua aplicação, de maneira que ocorra a diminuição da insegurança jurídica constante nas relações de trabalho. A metodologia aplicada foi a análise biográfica dos principais livros, artigos científicos e as legislações relacionadas ao tema. No âmbito brasileiro, as relações de trabalho são regulamentadas pela Consolidação das Leis do Trabalho e é certo que há na legislação trabalhista constantes atualizações, haja vista que é indispensável que essa se encontre de acordo as esferas econômicas e tecnológicas da atualidade. Atualmente, parte do Ministério da Economia, a Secretaria do Trabalho possui a Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (SIT) que é responsável por elaborar e indicar as diretrizes da Inspeção do Trabalho. Cabe à SIT, órgão específico singular dotado de grande relevância social e essencial para o funcionamento do Estado Brasileiro, desenvolver regramentos para as normas de atuação da área de segurança e saúde do trabalhador, auxiliando para que haja um meio ambiente de trabalho hígido e seguro para a sociedade.

Palavras-chave: Fiscalização do Trabalho; Consolidação das Leis do Trabalho; Secretaria do Trabalho; Inspeção do Trabalho; Auditor-Fiscal do Trabalho.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO E DOS DIREITOS TRABALHISTAS. 1.1 Formação Histórica Mundial. 1.2 A Evolução do Trabalho no Brasil. 2 A FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO NO ÂMBITO INTERNACIONAL E NACIONAL. 2.1 Âmbito Internacional. 2.2 Âmbito Nacional. 3 A ESTRUTURA DA SECRETARIA DO TRABALHO EM RELAÇÃO A FISCALIZAÇÃO. 3.1 Atuação dos Agentes. 3.1.1 Atuação. 3.2 Multas. 3.3 Inscrição, Cobrança e Prescrição. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo geral apresentar e avaliar a forma com que a fiscalização do trabalho pode influenciar diretamente o meio social, haja vista a indispensabilidade do fiscal do trabalho, para que esse oriente, buscando que sejam

evitados eventuais erros cometidos pela empresa, de forma que essa conheça e se encontre adequada à legislação trabalhista, com ênfase nos serviços referentes à medicina e segurança do trabalho.

Para a devida compreensão, faz-se necessário a análise específica da Secretaria do Trabalho e como há por parte dos integrantes dessa o cumprimento da legislação trabalhista.

Compreende-se que o trabalho é uma relação subordinada, na qual o trabalhador tem o dever de prestar serviços ao seu empregador. Desde os primórdios da humanidade verificam-se inúmeras relações de trabalho e graciosamente a sua evolução.

É pertinente analisar a atual situação brasileira, vez que se a fiscalização do trabalho é assunto diretamente ligado à situação econômica, que reflete nas necessidades pessoais do ser humano, que podem não encontrar – por enquanto – regulamentação pela legislação.

A Consolidação das Leis de Trabalho, formada em 1943, foi sancionada em um Brasil extremamente diferente do atual, haja vista que em diversos assuntos a realidade hoje é distinta. Entende-se que é necessário que a legislação seja adequada a contemporaneidade, à situação do Brasil, sendo ela econômica e política, o que ensejou à Reforma Trabalhista.

Inicialmente, no primeiro capítulo, antes de adentrar propriamente ao tema, com entendimento à Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto – Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 e à Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, faz-se necessário estudar acerca da evolução histórica do direito do trabalho e dos direitos trabalhistas.

Importantíssimo se faz mencionar e ressaltar sobre a escravidão, a primeira forma de trabalho conhecida, que tratava o ser humano, apenas pela cor de sua pele, como um objeto. Não é exagero mencionar que o mesmo chegava a ser tratado como um animal. O negro não foi o único a ser subjugado. A mulher, por sua vez, durante todo o período de mudanças e evolução, teve que lidar com terríveis questões, como a de trabalhar por período superior ao determinado, superior ao homem e ao final, ser inferiormente remunerada.

Prosseguindo, o segundo capítulo aborda que a fiscalização do trabalho busca inspecionar questões referentes aos empregados e empregadores, de maneira que o fiscal do trabalho exerça suas atividades com ênfase na orientação, para que sejam evitados conflitos e insegurança jurídica nas relações de trabalho. Na oportunidade, será abordado acerca do tema no âmbito internacional e nacional.

No terceiro capítulo será tratado sobre a Secretaria do Trabalho, que atualmente integra o Ministério da Economia. Nesse seguimento, essencial discorrer sobre àqueles que realizam o cumprimento da fiscalização do trabalho e como suas atividades são realizadas.

Para a elaboração do presente trabalho, fez-se necessário a utilização da metodologia de leitura e análise da obra de doutrinadores e principalmente da legislação abordada. Importante ainda ressaltar que ocorreu o exame de artigos e pesquisa junto a *sites*, haja vista as constantes mudanças recepcionadas pelo direito do trabalho.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO E DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Ao examinar o trabalho em si, tem-se que trabalho vem do latim *tripalium*, que expressa sofrimento e era um instrumento de tortura de três estacas fincadas no chão, utilizado para torturar os escravos nas sociedades primitivas.

Primeiramente, para uma boa interpretação e conhecimento faz-se necessário que haja um estudo histórico cultural, vez que tal forma é possível expor como houve o desenvolvimento da disciplina e também a sua relação com os acontecimentos anteriores e a sua estrutura atual.

Segundo MARTINS (2018, p. 45):

À luz da história, é possível compreender com mais acuidade os problemas atuais. A concepção histórica mostra como foi o desenvolvimento de certa disciplina, além das projeções que podem ser alinhadas com base no que se fez no passado, inclusive no que diz respeito à compreensão de problemas atuais. Não se pode, portanto, prescindir de seu exame. É impossível ter o exato conhecimento de um instituto jurídico sem se fazer seu exame histórico, pois se verifica suas origens, sua evolução, os aspectos políticos ou econômicos que o influenciaram.

Cairo JR (2018, p. 48) dispõe que:

Historicamente, porém, o conceito de trabalho relaciona-se, intimamente, com a utilização da força do trabalhador com o objetivo de perceber uma retribuição, para prover a sua manutenção e de sua família. Quando a energia pessoal é

usada sem essa finalidade, haverá simplesmente uma atividade humana e não um trabalho humano.

Desde já, importante mencionar que o direito do trabalho passa por mudanças constantes, vez que é intimamente relacionado com questões econômicas e tem papel fundamental no desenvolvimento do meio social.

1.1 Formação Histórica Mundial

Mundialmente, a primeira forma de trabalho conhecida foi à escravidão, em que não havia qualquer direito para esse ser humano, considerado apenas uma coisa, um objeto do seu “proprietário”. As atividades exercidas eram todas as que lhe fossem ordenadas e o mesmo deveria trabalhar, sem qualquer remuneração, até o término de sua vida ou de suas forças para o trabalho em questão.

Ulteriormente, se deu a servidão. Pode-se verificar o entendimento de MARTINS (2018, p. 47) acerca do tema:

Era a época do feudalismo, em que os senhores feudais davam proteção militar e política aos servos, que não eram livres, mas, ao contrário, tinham de prestar serviços na terra do senhor feudal. Os servos tinham de entregar parte da produção rural aos senhores feudais em troca da proteção que recebiam e do uso da terra. Nessa época, o trabalho era considerado um castigo. Os nobres não trabalhavam.

Em 1789, a Revolução Francesa e sua Constituição aprovaram o primeiro dos direitos econômicos e sociais, ou seja, o direito ao trabalho. Houve a necessidade da criação do direito do trabalho para limitar os abusos sofridos pelo empregado. Em 1917, o tema foi abordado pela primeira vez na Constituição do México.

Posteriormente, em 1919, surgiu o Tratado de Versalhes que previu a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e foi um dos primeiros documentos que asseguraram claramente os direitos direcionais especificamente para os trabalhadores.

Depreende DELGADO (2019, p. 99):

O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século

XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturaram, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho.

1.2 A Evolução do Trabalho no Brasil

Inicialmente, para Cairo JR (2018, p. 65):

O Direito do Trabalho, no Brasil, não nasceu diretamente das reivindicações sociais promovidas pelas entidades representativas dos trabalhadores, em que pese ter havido a deflagração de alguns movimentos isolados, derivados da luta de classes patrocinada por alguns sindicatos. (...) Na década de trinta do século XX, o então presidente Getúlio Vargas antecipou-se aos movimentos dos trabalhadores e acrescentou ao frágil ordenamento jurídico trabalhista existente uma série de medidas legislativas, de caráter nitidamente populista, que contribuíram para a autonomia do Direito do Trabalho no Brasil.

A Constituição Brasileira de 1934 foi a primeira, em nosso país, a regulamentar especificadamente o direito do trabalho, que garantia a liberdade sindical, isonomia salarial, salário mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção do trabalho de mulheres e menores, repouso semanal, férias anuais e remuneradas.

Posteriormente, em 1942, foi formada a comissão trabalhista para editar a Consolidação das Leis do Trabalho e em 9 de novembro do mesmo ano foi apresentado o anteprojeto, havendo a sua conclusão, obtida através do Decreto-Lei nº 5.452, em 1º de maio de 1943.

Tem-se que a finalidade da Consolidação das Leis do Trabalho foi reunir as leis esparsas da época, consolidando-as, de forma que houvesse a distinção das relações de trabalho e maiores garantias ao trabalhador, que passou a ter direitos como férias, salário mínimo, repouso semanal e outros.

Sucessivamente, a Constituição de 1967 manteve os direitos anteriormente conquistados. Os triunfos permaneceram e foram solidificados pela Constituição Federal, que foi aprovada em 05 de outubro de 1988, que dispõe em seus artigos 7º a 11 sobre os direitos trabalhistas e em seu artigo 21, inciso XXIV, de que compete à União "organizar, manter e executar a inspeção do trabalho".

Evidente que desde que houve o Decreto – Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 houveram mudanças significativas. Neste lapso temporal ocorreu grande desenvolvimento dos centros urbanos, o crescimento abundante do exercício de atividade laborativa, para que fosse possível sobreviver com condições dignas à realidade atual e também uma evolução extraordinária e extremamente rápida da tecnologia.

Cairo JR (2018, p. 68) entende que:

Promulgada a atual Carta Magna, em 05.10.88, que ampliou, sensivelmente, o leque de garantias constitucionais ao trabalhador subordinado, além de valorizar o regramento das relações coletivas de trabalho. Entretanto, em decorrência do fenômeno da globalização foram introduzidos alguns dispositivos tanto na CF/88 quanto na legislação infraconstitucional com vistas a flexibilizar as regras trabalhistas, principalmente a possibilidade de redução salarial e a compensação da jornada de trabalho. Com essa autorização constitucional, a Lei nº 13.467/17 alterou diversos paradigmas do Direito do Trabalho, passando a admitir a prevalência do negociado sobre o legislado, tanto no âmbito das negociações coletivas sindicais quanto no plano individual dos contratos de trabalho celebrado com os trabalhadores hiper suficientes.

Devido a isso, interpretou-se que havia a necessidade da propositura da Reforma Trabalhista, tendo por objetivo combater o desemprego e a crise econômica no país. Assim, em 13 de julho de 2017, sem vetos, foi sancionada a Reforma Trabalhista pelo presidente Michel Temer, Lei nº 13.467. Devido à disposição do período da *vacatio legis*, sendo esse de cento e vinte dias de sua publicação oficial, a Reforma Trabalhista passou a valer no território brasileiro em 11 de novembro de 2017.

2 A FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO NO ÂMBITO INTERNACIONAL E NACIONAL

Primeiramente, cabe elucidar o entendimento de ilustres doutrinadores. Para MARTINS (2018, p. 1010):

Em sentido amplo, a palavra fiscalizar corresponde a examinar, inspecionar, sindicar, censurar. Em sentido escrito, ou seja, para o Direito do Trabalho, tem o sentido de verificar a observância da norma legal e orientação em sua aplicação.

Por sua vez, Cairo JR (2018, p. 1105):

De acordo com o caráter dúplice das normas laborais (contratuais e administrativas), compete aos órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego fiscalizar seu cumprimento, por meio de ações diretas, indiretas ou mistas.

Por fiscalização do trabalho entende-se a responsabilidade de verificação e cumprimento, por meio de ações diretas, indiretas ou mistas.

Dessa forma, salienta-se que em fiscalização direta encontram-se às visitas feitas por autoridades competentes aos estabelecimentos empresariais. Quanto à fiscalização indireta, é realizada através de notificações remetidas ao empregador para que ocorra a devida apresentação da documentação exigida junto as Agências Regionais do Trabalho. E, por fiscalização mista entende-se os dois procedimentos anteriormente mencionados.

Compreende-se que a fiscalização se trata de uma ação destinada à aplicação de disposições legais sobre às condições de trabalho, com a realização de orientação a empregados e empregadores sobre a legislação vigente e em pesquisa das condições de trabalho que eventualmente ainda não se encontram regulamentadas.

Referida fiscalização é atribuída a funcionários públicos, denominados auditores-fiscais do trabalho, podendo contar com a colaboração de empregadores, empregados e organizações sindicais. É imperioso destacar que aquele que exerce a função de fiscal tem ampla liberdade de ação, com entrada franqueada de dia ou à noite, sem necessidade de qualquer aviso-prévio, em estabelecimentos submetidos à inspeção, salvo no âmbito do trabalho doméstico.

Para que seja realizada a fiscalização pode haver provação de qualquer funcionário público federal, estadual ou municipal, ou representante legal de associação sindical, desde que haja a devida comunicação sobre a existência de infração à legislação trabalhista, ou a mesma pode ser executada de ofício.

À vista disso, aponta-se que são sujeitos passivos da inspeção do trabalho todas empresas, estabelecimento ou locais de trabalho, públicos ou privados, e ainda os profissionais liberais, instituições sem fins lucrativos, empregador doméstico e embarcações estrangeiras em águas territoriais brasileiras.

O exercício da atividade dos auditores-fiscais do trabalho aos estabelecimentos deverá ser devidamente registrado em livro denominado de "Inspeção do Trabalho", no qual deve obrigatoriamente constar a data e hora do início e do término da visita, o resultado da inspeção, com o registro de eventuais irregularidades verificadas e quais as exigências feitas, bem como os prazos para que

sejam sanadas e por fim, os elementos de identificação funcional da autoridade fiscalizadora.

Cabe mencionar que conforme disposição da Lei Complementar nº 123/06, artigo 51, inciso IV, as microempresas e as empresas de pequeno porte estão dispensadas de possuírem o “Livro de Inspeção do Trabalho”.

Para MARTINS (2018, p. 1012):

O fiscal deve autuar a empresa quando verificar a inobservância da lei por parte desta, sob pena de responsabilidade administrativa. Quando da expedição de novas leis, regulamentos ou instruções ministeriais, ou em se tratando de primeira inspeção em estabelecimento recém-inaugurados, deverá o fiscal obedecer ao critério da dupla visita, sendo que na primeira deverá instruir sobre a maneira de ser aplicada a lei (art. 627 da CLT).

Assim, a dupla visita deve ser formalizada por intermédio de notificações, na qual ficará designado prazo para que ocorra a próxima visita. Todavia, compete esclarecer que a Reforma Trabalhista dispõe em seu artigo 47, § 2º de que há exceção quando à dupla visita, no que tange à obrigação do empregador de registrar seus empregados.

Ainda quanto à inspeção, há o procedimento especial de ação fiscal, que busca acolher fins educacionais, no qual há por parte do auditor-fiscal do trabalho a instauração de procedimento com o objetivo de orientar o empregador sobre o cumprimento das normas de proteção ao trabalho e para precaver fortuitas infrações à legislação.

Para Cairo JR (2018, p. 1107):

A opção pelo procedimento especial e não pela lavratura do auto de infração justifica-se quando a autoridade competente verificar a presença de motivo grave ou relevante que impossibilite ou dificulte o cumprimento da legislação trabalhista, desde que conte com a anuência de sua chefia imediata. (...) A chefia de fiscalização pode determinar a instauração do referido procedimento especial não só nos casos acima apontados, mas também quando verificar que o procedimento considerado irregular constitui praxe de determinado setor econômico.

Na situação anteriormente citada, excetuam-se hipóteses em que haja grave e iminente risco à saúde ou à integridade física do trabalhador.

Há ainda diferenciação quando da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas quanto ao empregado doméstico, vez que a casa do indivíduo representa asilo inviolável, de acordo com o previsto no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Deste modo, para que seja possível essa fiscalização, o auditor-fiscal do trabalho deverá negociar e agendar com o empregador a visita, com antecedência.

2.1 Âmbito Internacional

Verifica-se que a fiscalização do trabalho, no âmbito internacional, teve início na Inglaterra, aproximadamente em 1833.

Conforme anteriormente mencionado, o Tratado de Versalhes, em 1919, instituiu a inspeção do trabalho, para que fosse assegurada a aplicação de leis e de regulamentos para a proteção dos trabalhadores, o que foi corroborado pela Recomendação nº 5 da OIT.

A OIT, em 1923, através da Recomendação nº 20, instrui que é essencial que haja a fiscalização para que seja possível assegurar a aplicação das leis e dos regulamentos concernentes às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício da profissão.

Destaca MARTINS (2018, p. 1011):

A Convenção nº 81, de 1947, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 24/56, regulou a matéria da inspeção do trabalho. A fiscalização consiste: (a) numa ação destinada à aplicação das disposições legais sobre condições de trabalho; (b) em orientação a empregados e empregadores sobre a observância da lei trabalhista; (c) em pesquisa de condições de trabalho ainda não regulamentadas. A atribuição da função de fiscalizar é conferida a funcionários públicos, podendo contar com a colaboração de empregadores, empregados e suas organizações sindicais.

E ainda MARTINS (2018, p. 1013) ensina que:

Na Inglaterra, o inspetor do trabalho é uma pessoa especialista, ou seja, é preparado para atuar apenas em determinada especialidade. Vincula-se a um órgão central, não mais se

subordinando a vários Ministérios, como já ocorreu. A legislação relativa à saúde e à segurança do trabalho foi simplificada e unificada, desempenhando a negociação coletiva função relevante, inclusive com a participação da inspeção do trabalho.

2.2 Âmbito Nacional

Quando se trata do tema junto ao Brasil, verifica-se que houve a criação pelo Governo Provisório, em 1930, do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. À época, a inspeção do trabalho surgiu para que se buscasse o cumprimento das leis dos regulamentos sobre a organização e regulamentação do trabalho. Dessa forma, os inspetores chegam a confeccionar inquéritos sobre condições gerais de trabalho, propondo eventuais medidas de prevenção e proteção aos trabalhadores.

Posteriormente, a Consolidação das Leis do Trabalho tratou do tema. O Decreto Legislativo nº 24/56 regulamentou questões referentes à inspeção do trabalho, de maneira que a fiscalização fundamenta-se numa ação destinada à aplicação das disposições legais acerca das condições de trabalho, na orientação para que empregados e empregadores se atentem ao cumprimento da legislação trabalhista a ainda para que hajam pesquisas referentes às condições de trabalho ainda não regulamentadas.

Por sua vez, o Decreto nº 55.841, de 15 de março de 1965 ratificou o Regulamento da Inspeção do Trabalho (RIT), cuja sua principal finalidade é garantir a observância das disposições legais e regulamentares do trabalho.

MARTINS (2018, p. 1012) explica que:

O Decreto nº 4.552, de 27-12-02, revoga os Decretos nº 55.841/65, 57.819/66, 65.557/69 e 97.995/89. A primeira norma aprova o Regulamento da Inspeção do Trabalho (RIT). A finalidade principal do RIT é assegurar a observância das disposições legais e regulamentares do trabalho. A organização interna da fiscalização do trabalho compreende: 1. 'auditores fiscais do trabalho, nas seguintes áreas de especialização: (a) legislação do trabalho; (b) segurança do trabalho; (c) medicina do trabalho; 2. 'agentes de higiene e segurança do trabalho, em funções auxiliares de inspeção do trabalho.

3 A ESTRUTURA DA SECRETARIA DO TRABALHO EM RELAÇÃO A FISCALIZAÇÃO

De início, necessário esclarecer que de acordo com a Medida Provisória nº 870/2019, a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho agora integra o Ministério da Economia. Por sua vez, a Secretaria do Trabalho possui a Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), Subsecretaria de Políticas Públicas de Trabalho (SPPT) e a Subsecretaria de Relações do Trabalho (SRT).

A Subsecretaria de Inspeção do Trabalho compete elaborar e indicar as diretrizes da Inspeção do Trabalho brasileira. Essa ainda é responsável por elaborar as diretrizes e as normas de atuação da área de segurança e saúde do trabalhador, auxiliando para que haja um meio ambiente de trabalho hígido e seguro para a sociedade. Cabe mencionar ainda que é de encargo do SIT promover a integração com outros órgãos governamentais para a que ocorra a criação de programas de proteção ao trabalho.

O *site* do Ministério da Economia, que trata da Inspeção do Trabalho dispõe que:

Além disso, cabe a essa Subsecretaria acompanhar o cumprimento, em âmbito nacional, dos acordos e das convenções ratificadas pelo Brasil junto a organismos internacionais, em especial à OIT. A SIT exerce funções de extrema importância no sentido de promover estudos da legislação trabalhista e propor o seu aperfeiçoamento. (...) É possível verificar, assim, que a SIT é um órgão específico singular dotado de grande relevância social e essencial ao funcionamento do Estado Brasileiro, à qual foi confiada a atribuição constitucional de proteção ao trabalho e ao emprego, por meio da atuação de seu corpo técnico de Auditores-Fiscais do Trabalho.

3.1 Atuação dos Agentes

A Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2002, regulamenta a carreira do auditor-fiscal do trabalho.

A inspeção do trabalho é composta, de acordo com o artigo 2º do Regulamento da Inspeção do Trabalho, aprovado pelo Decreto nº 4.552/02, de autoridades de direção nacional, regional ou local, de auditores-fiscais do trabalho e de agentes de higiene e segurança do trabalho. Destarte, conforme citado anteriormente, mencionadas autoridades podem ingressar no interior dos centros de trabalho sem prévio aviso e em qualquer horário.

O auditor-fiscal do trabalho tem por atribuições, conforme artigo 11, da Lei que regulamenta a carreira:

Art. 11. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional:

I - o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego;

II - a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, visando a redução dos índices de informalidade;

III - a verificação do recolhimento e a constituição e o lançamento dos créditos referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e à contribuição social de que trata o art. 1º da Lei Complementar no 110, de 29 de junho de 2001, objetivando maximizar os índices de arrecadação;

IV - o cumprimento de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho celebrados entre empregados e empregadores;

V - o respeito aos acordos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário;

VI - a lavratura de auto de apreensão e guarda de documentos, materiais, livros e assemelhados, para verificação da existência de fraude e irregularidades, bem como o exame da contabilidade das empresas, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial.

VII - a verificação do recolhimento e a constituição e o lançamento dos créditos decorrentes da cota-parte da contribuição sindical urbana e rural.

Na ocorrência da inspeção do trabalho pode ser determinado ao auditor-fiscal do trabalho que verifique todas as normas de proteção ao trabalho, o que denomina-se sistema generalista. No entanto, em alguns casos, são observadas apenas tarefas específicas e determinadas, o que se chama de sistema especialista.

Percebe-se que o sistema generalista atribui ao inspetor do trabalho que verifique todas as questões inerentes ao emprego e às condições de trabalho, de maneira que exerça a função de único representante do Estado junto a empresa.

Destaca-se que o modelo generalista é decorrente do modelo francês e foi o adotado pelo Brasil, conforme observa-se no Decreto nº 4.552, de 27 de dezembro de 02.

Para MARTINS (2018, p. 1017):

O inspetor deverá prestar os esclarecimentos que forem necessários ao empregador, seu chefe de pessoal ou contador da empresa. Poderá também o inspetor dirigir-se aos empregados, fazendo-lhes perguntas sobre as condições de trabalho e a respeito dos itens fiscalizados.

3.1.1 Autuação

Em caso de verificação de irregularidades trabalhistas, deve o fiscal, proceder à lavratura do auto de infração no local e em duas vias. Para o infrator será entregue, pessoalmente ou por correspondência registrada com aviso de recebimento, cópia, no prazo de 10 dias, de acordo com o disposto no artigo 629, da CLT. Para que o mencionado auto possua eficácia não é necessário que haja a assinatura do infrator ou de testemunhas.

Nesse sentido, cita-se alguns entendimentos:

OJT nº 117 do TRT9 - AUDITOR FISCAL DO TRABALHO - RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO - POSSIBILIDADE - Os auditores do trabalho têm por missão funcional a análise dos fatos apurados em diligências de fiscalização, o que não pode excluir o reconhecimento fático da relação de emprego, garantindo-se ao empregador o acesso às vias judicial e/ou administrativa, para fins de reversão da autuação ou multa imposta.

OJT nº 118 do TRT9 - FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO - RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO - DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E DOS CONTRATOS CIVIS - Constatando a ocorrência de contrato civil com o objetivo de afastar ou impedir a aplicação da legislação trabalhista, o auditor-fiscal do trabalho desconsidera o pacto nulo e reconhece a relação de emprego. Nesse caso, o auditor-

fiscal não declara, com definitividade, a existência da relação, mas sim constata e aponta a irregularidade administrativa, tendo como consequência a autuação e posterior multa à empresa infringente.

Quanto à autuação decorrentes de débitos e outras de ação fiscal, poderão ser lavradas no local em que para o auditor-fiscal do trabalho forem oferecidas melhores condições.

Se tratando de irregularidades sanáveis, o inspetor deverá fornecer à empresa prazo para que sejam devidamente cumpridas as determinações. Não obstante, sendo a infração insanável, a fiscalização autuará a empresa, impondo-lhe multa.

No que tange ao infrator, esse poderá apresentar sua defesa no prazo de 10 dias, que serão contados a partir do recebimento do auto de infração, momento no qual esse poderá requerer a realização de audiência para a produção de provas, de acordo com a previsão do artigo 632, da CLT. No entanto, há o entendimento de que para a interposição do recurso há a necessidade do depósito como condição de admissibilidade, que será encaminhado à Secretaria do Trabalho para processamento e julgamento.

Entretanto, depreende-se que há ofensa por parte do artigo 636, §1º, da CLT ao princípio constitucional da ampla defesa, o que ensejou a Súmula nº 424 do TST:

SÚMULA Nº 424 - RECURSO ADMINISTRATIVO. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE. DEPÓSITO PRÉVIO DA MULTA ADMINISTRATIVA. NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO § 1º DO ART. 636 DA CLT. § 1º do art. 636 da CLT, que estabelece a exigência de prova do depósito prévio do valor da multa cominada em razão de autuação administrativa como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, ante a sua incompatibilidade com o inciso LV do art. 5º.

Novamente, quando se trata de auto de infração no âmbito da relação de emprego doméstico, deverá ser observado o critério da dupla visita, com exceção de quando houver a constatação de que a infração se dá por ausência de anotação na CTPS, ou na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

Segundo o conceito de Cairo JR (2018, p. 1113):

Caso encontre irregularidades trabalhistas, a fiscalização deverá proceder à lavratura do auto de infração no próprio local de inspeção e em duas vias. A validade do mencionado auto não fica condicionada à assinatura do infrator ou de testemunhas.

3.2 Multas

Em se tratando de multas administrativas, verifica-se que essas podem ser fixadas em quantias fixas ou variáveis.

A Portaria MTb nº 290/97 organiza o processo de imposição de multas previstas na legislação trabalhista. O artigo 2º dessa Portaria elenca que as multas variáveis devem seguir critérios como a natureza da infração, a intenção do infrator, os meios de alcance do infrator para o cumprimento da legislação trabalhista, a extensão da infração e ainda a situação econômico-financeira do infrator.

Cita-se ainda que o valor da multa ficará reduzido à metade, se houver por parte do infrator renúncia ao direito de recurso, desde que o faça dentro do prazo de 10 dias.

Ainda no que tange aos valores, esses deverão ser reajustados anualmente pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, ou pelo índice que vier a substituí-la.

Para Cairo JR (2018, p. 1113):

A imposição de multas, através de decisões devidamente fundamentadas, incumbe às autoridades regionais competentes em matéria de trabalho, salvo disposição expressa em sentido contrário. As multas administrativas podem ser fixadas em quantias fixas ou variáveis.

E ainda, para MARTINS (2018, p. 1018):

Normalmente, a CLT trata de multas ao final de cada capítulo. O descumprimento de um preceito do capítulo gera a multa respectiva. É uma forma de estabelecer sanção para o descumprimento da legislação trabalhista.

Por fim, entende-se que a multa pela ausência de registro de empregados se trata de uma das infrações administrativas mais graves no âmbito trabalhista, haja vista que a ausência de registro formal do empregador faz com que haja o

inadimplemento dos encargos sociais por parte do empregador e a não concessão de benefícios previdenciários e sociais por parte do Estado.

3.3 Inscrição, Cobrança e Prescrição

Para os infratores, cabe inscrição na dívida ativa da União, de acordo com a previsão do artigo 641, da CLT. Para a cobrança, faz-se necessário a realização de processo de execução por título extrajudicial, perante a Justiça do Trabalho, que deverá observar o disposto na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

Todavia, é possível efetuar a cobrança extrajudicial, de acordo com o disposto no artigo 640, da CLT.

Salienta-se que a inércia da União em promover a realização da execução fiscal, no prazo de 05 anos, contados desde a constituição definitiva do crédito, faz jus à prescrição da pretensão executiva. Nesse sentido, pode-se observar a Súmula nº 20 do TRT2:

Execução Fiscal. Multa por descumprimento da legislação trabalhista. Prescrição. (Res. nº 02/2014 – DO Eletrônico 17/09/2014) Por se tratar de sanção de natureza administrativa, resultante de ação punitiva da Administração Pública por infração à legislação trabalhista, é aplicável o prazo prescricional de 5 (cinco) anos conforme art. 1ª-A da Lei 9.873/99, incluído pela Lei 11.941/09, contados a partir da inscrição da dívida.

Finaliza-se com o entendimento de MARTINS (2018, p. 1024):

A execução da multa administrativa prescreve em cinco anos a contar da constituição definitiva do crédito (art. 1ª-A da Lei nº 9.873, de 23-11-99). O prazo de prescrição para a União cobrar multas administrativas inscritas em dívida ativa não tributária é de cinco anos. Não fica suspenso pelo fato de que o valor é inferior ao teto fixado em portaria para ser ajuizada execução fiscal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizando o presente estudo, conclui-se que no decorrer dos tempos ocorreram imponentes mudanças no direito do trabalho e nos direitos trabalhistas. O trabalhador, embora se mantenha na maioria das relações hipossuficiente, adquiriu algumas vantagens, importante mencionar que com grandes dificuldades, e

principalmente no meio social brasileiro com um lapso temporal em relação a outros países, como os da Europa, consideravelmente grande.

Por vezes, é sabido que os direitos trabalhistas, principalmente os que dizem respeito ao exercício da atividade dos trabalhadores são menosprezados por àqueles que possuem maiores condições, ou seja, os empregadores.

Compreende-se que a fiscalização do trabalho é primordial, haja vista que em muitos casos trabalhadores exercem suas atividades remuneradas sem os equipamentos necessários e percebem mensalmente remuneração inferior à devida.

À vista disso, em alguns casos pode haver o exercício de atividade em situações extremamente precárias e ainda sem qualquer registro, de forma que caso o empregado venha a sofrer qualquer acidente, esse fique totalmente desamparado, pelo empregador e pelo Estado, vez que não havia por parte do empregador a contribuição para a Previdência Social.

A recente mudança na estrutura da Secretaria do Trabalho não apresenta influência ou reflexos na realização de atividade do órgão, vez que há de ser contemplada a atuação dos agendes, que devem se ater à legislação.

A fiscalização do trabalho se trata de uma atividade administrativa vinculada, de forma que os inspetores possuem primordialmente a função de orientar às empresas quanto à legislação, para que haja por dessas seu integral cumprimento e ainda para que sejam evitados eventuais erros.

Por fim, nota-se que na sociedade atual é de extrema importância a realização das atividades específicas do auditor-fiscal do trabalho, vez que o trabalhador necessita de amparo do Estado, para que sejam cumpridas as legislações vigentes e para que esse não venha a ser prejudicado pelo empregador. Conforme abordado no decorrer do presente artigo, o fiscal do trabalho é essencial ainda para que sejam verificados pontos ainda não regulamentos pela legislação vigentes, mas que são essenciais à proteção do trabalhador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. DF, 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. JUSTIÇA DO TRABALHO. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-aprova-sumula-

424-sobre-exigencia-de-comprovacao-de-deposito-em-recurso-administrativo>.
Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. DF, 13 de jul. de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Inspeção do Trabalho. Disponível em: <<https://sit.trabalho.gov.br/portal/index.php/secretaria-de-inspecao-do-trabalho>>. Acesso em: 28 out. 2020.

CAIRO JR, José. **Curso de Direito do Trabalho**. Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 14 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 34 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PROTEÇÃO POST MORTEM DE REGISTRO DE DADOS PESSOAIS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO DE CUJUS

GILSON AIRES DE MENEZES JÚNIOR:

Mestrando – IDP. Pós graduado em Direito de Família – Faculdade Damasio. Pós-graduado em Direito Administrativo – IBE/DF. Graduado em Direito. UNIEURO, conclusão em 2008.

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade abordar a necessidade da proteção *post mortem* do registro de dados pessoais e a defesa do direito da personalidade do *de cuius* na ótica da lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, lei de proteção de dados pessoais. A novel legislação nada expõe sobre a tutela jurídica dos dados *post mortem*. Ocorre que o acesso aos dados *post mortem* gera reflexos nos direitos da personalidade do extinto, o que nos leva ao necessário debate sobre o assunto. Sabe-se que a internet remodelou o sentido da morte, pois o usuário passou a ter uma nova identidade, qual seja, a digital. Por essa perspectiva, analisar os efeitos jurídicos da morte passou a ter novos significados, que vai desde o redimensionamento da memória humana até o direito de se fazer esquecido. Nesse interim, o trabalho busca integrar o sentido da lei geral de proteção de dados pessoais com o falecimento do usuário, além de conceituar institutos, analisar proposições legislativas, tendências doutrinárias, assim como os eventuais problemas que estão prestes a surgir, vez que inexistente lei para tratar sobre a matéria.

Palavras-chaves: Registro de dados. Internet. Proteção. Post mortem. Proposições.

ABSTRACT: *This paper aims to address the need for post mortem protection of the registration of personal data and the defense of the right of personality of the de cuius from the perspective of the recent law 13.709, of 14 August 2018, personal data protection law. The new legislation does not expose anything about the legal protection of post mortem data. It turns out that access to post mortem data reflects on the personality rights of the extinct, which leads us to the necessary debate on the subject. It is known that the internet has reshaped the sense of death, because the user has a new identity, namely the digital one. From this perspective, analyzing the legal effects of death now has new meanings, ranging from the resizing of human memory to the right to be forgotten. In the meantime, the paper seeks to integrate the meaning of the general law of personal data protection with the death of the user, in addition to conceptualizing institutes, analyzing legislative propositions, doctrinal trends, as well as any problems that are about to arise, since there is no law to deal with the matter.*

Keywords: *Data record. Internet. Protection. Post mortem. Propositions*

INTRODUÇÃO

Em 14 de agosto de 2018, foi aprovada a Lei geral de proteção de dados Brasileira. Regramento que tem ampla aplicação nacional e extraterritorial, impactando a vida de milhares de pessoas, empresas e da administração pública. Portanto, tamanho é o alcance e abrangência da Lei 13.709/18.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) inaugurou, portanto, no Brasil um regime geral de proteção de dados pessoais, vindo a complementar o marco regulatório brasileiro da Sociedade da Informação ao compor, juntamente com a Lei de Acesso à informação, o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor, o Conjunto normativo que moderniza o tratamento da informação do Brasil.

Com a Lei Geral de Proteção de Dados, o ordenamento jurídico nacional se inclui em um especial conjunto de estados que se preocupam com a proteção de dados pessoais. Esse fato aperfeiçoa e atualiza a legislação pátria, além de corroborar com a segurança jurídica das informações e com a licitude do registro e compartilhamento dos dados.

Ainda assim, logo no seu primeiro artigo, a lei traça como objetivos os seguintes temas: a proteção dos direitos fundamentais da liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural¹.

Preliminarmente, percebe-se que a lei traça uma clara preocupação com a privacidade dos dados, ou seja, estamos diante uma nítida preocupação legal com a vida íntima dos dados do indivíduo.

Infere-se, de acordo com a legislação, que privacidade significa empregar procedimentos e técnicas de privacidade à estrutura do processo de registro de dados. Portanto, a privacidade deve ser incorporada na própria arquitetura do sistema, desde a coleta até o tratamento dos dados pessoais.

Não obstante, diante todos esses argumentos e inovações que a norma impõe, a lei padece de uma brecha. O que fazer com os dados pessoais em caso de falecimento do usuário? Na hipótese de óbito, a privacidade restaria mitigada? Diante a recente lei de registro de dados, quais seriam as consequências jurídicas da morte digital do usuário?

¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm

É precisamente nesse contexto que a forma de enxergar a morte vai sofrer profundos impactos. Ou seja, existem direitos digitais decorrentes da morte que devem ser objeto de proteção legal, sob pena de diversas consequências jurídicas.

Essas e outras questões serão abordadas no presente estudo, com casos reais e possíveis soluções. Percebe-se que o debate do tema é de tamanha relevância e necessidade, diante a ausência de regulamentação do assunto no ordenamento jurídico nacional.

1 DIREITOS DA PERSONALIDADE E OS DADOS DIGITAIS

Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos da pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos do homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos. (BITTAR, 2015).

São direitos que possibilitam o homem defender sua essência e a sua dignidade. A partir dessa afirmação, pode-se depreender que os direitos da personalidade se vinculam ao princípio da dignidade da pessoa humana inexoravelmente. (FERREIRA, 2017).

Ou seja, os **direitos de personalidades** são atributos do indivíduo, irrenunciáveis, inalienáveis, intransferíveis, intrínsecos a pessoa humana, e primordial para o aperfeiçoamento da dignidade. Tais direitos se correlacionam em várias esferas, quer seja no campo físico, psíquico ou moral, diante a importância que o assunto impõe.

Lobo (2017, p. 132) expõe que os direitos da personalidade são intransmissíveis, *in verbis*:

O que se transmite não é o direito da personalidade, mas a projeção de seus efeitos patrimoniais, quando haja. O Direito permanece inviolável e intransmissível, ainda que o titular queira transmiti-lo, pois o que é inerente a pessoa não pode ser dela destacado. A pessoa não transmite sua imagem, ficando dela privada durante certo tempo, o que acarretaria sua despersonalização.

Com efeito, ninguém desconhece que os direitos da personalidade integram a própria pessoa e se extinguem com a sua morte, o que os tornam física e juridicamente intransmissível. Porém, percebe-se que os efeitos jurídicos dos direitos personalíssimos podem projetar efeitos ulteriores, após o falecimento do titular.

É nesses termos que essas implicações atingem os herdeiros, parentes e até mesmo amigos do *de cuius*, dependendo da publicidade divulgada que se dá após a morte da pessoa. O Código Civil (BRASIL, 2002) resguarda a proteção dos direitos da personalidade do extinto no parágrafo único do artigo 12, que assim dispõe:

“Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.”

Ou seja, os ataques e ofensas à memória do morto são atos que os parentes próximos do *de cuius* podem exigir que se findem, reclamando ainda perdas e danos, passíveis ainda de outras medidas previstas em lei. Dessa forma, os parentes próximos de pessoas falecidas passam a ter um direito próprio, distinto do direito do *de cuius*, que os legitimam inclusive a direito indenizatório.

Com efeito, os direitos da personalidade do falecido não são coisa de ninguém, pois seus efeitos irradiam para além da morte, permanecendo nas memórias das pessoas que ainda vivem.

Assim sendo, os herdeiros (inclusive os colaterais até o quarto grau), podem ser considerados como “lesados indiretos” ante a ameaça ou lesão ao direito, como explicam Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2012, p. 198):

“(...) é um direito reconhecido às pessoas vivas de ter salvaguardada a personalidade dos seus parentes (e do cônjuge ou companheiro) falecidos, sob pena de afronta à sua própria personalidade. [...] Bem por isso, os lesados indiretos atuam em nome próprio, defendendo um interesse próprio, consistente na defesa da personalidade de seus parentes (ou de seu cônjuge ou companheiro) falecidos. Agem, pois, por legitimidade ordinária, autônoma, e não em substituição processual.”

Considerando que os dados virtuais se inserem nos direitos da personalidade do falecido, na ótica atual, podem os herdeiros enquerirem o acesso aos dados do de cujus, desde que seja para proteger os direitos da personalidade daquele que já faleceu.

Porém, outra preocupação surge, como fica a privacidade, vida íntima e última vontade do extinto? Será que esse titular dos dados concordaria com esse acesso *post mortem*?

A problemática se torna ainda mais complexa diante o alto grau de alcance e velocidade das ferramentas virtuais. Por tais razões, a LGPD traz em seu texto uma série de direitos que protegem o titular dos dados e a veracidade desses registros.

Os direitos previstos no artigo 18 são relacionados ao tratamento de dados e relação jurídica entre o titular e o controlador. Dentre esses direitos, destaca-se a possibilidade de o titular dos dados requerer o acesso, correção, portabilidade e até mesmo a eliminação dos seus dados pessoais. Ou seja, cabe ao titular dos dados o domínio sobre os seus respectivos registros. (COTS; OLIVEIRA, 2018)

A projeção desses dados, muitos sob o manto da privacidade, intimidade e da confiança, refletem a personalidade do seu titular ou de outros interlocutores que se comunicam com o mesmo via internet, projetando uma característica fictícia, secreta ou real do detentor dos dados pessoais.

Aprender a noção de privacidade não é uma questão simples, devido a multiplicidade de definições ou descrições que a doutrina fez sobre esse direito subjetivo. É também chamado o direito à vida privada e até mesmo o direito à privacidade. A doutrina concebeu o direito à privacidade de várias formas, algumas mais amplas e mais alinhadas com a evolução tecnológica de nossos dias, e outras mais restritas. (QUIROGA, 2019)

A proteção à privacidade decorrente do inciso X do art.5º funciona como um princípio, um “mandamento de otimização”. Tal qual enunciada nesse dispositivo, a privacidade não é protegida por inviolabilidade absoluta. Pode ser excepcionada, em casos justificados e pontuais, pela própria Constituição, como faz o inciso XII do mesmo artigo 5º. Pode também ceder em caso de choque com outros valores constitucionalmente relevantes, se derrota em juízo de proporcionalidade feito caso a caso. (QUEIROZ, 2018)

E, nesse sentido, cada vez mais as atividades de processamentos de dados têm ingerência na vida das pessoas. Hoje vivemos em uma sociedade e uma economia que se orientam e movimentam a partir desses signos identificadores do cidadão. (QUEIROZ, 2018)

Tal projeção detecta a importância de se proteger os dados pessoais, pois a lei de registro de dados garante essa salvaguarda à pessoa viva, mas nada fala sobre a tutela jurídica desses dados após o falecimento.

A exposição da morte do indivíduo nas redes sociais leva a um grau de banalização tanto do falecido quanto da morte em si, o compartilhamento é potencializado e isso acarreta riscos de violação de direitos. De certa maneira esse efeito da morte exposta nas redes pode ser vista como falta de ética e bom senso na proteção dos pessoais.

Porém, é importante ressaltar que os dados *post mortem* também devem ser protegidos, sob pena de ofensa aos direitos da personalidade daquele que já faleceu. Até porque, por meio de dados pessoais, pode-se reconhecer ou desconsiderar relações jurídicas, direitos sucessórios e até mesmo afetividade entre terceiros e o de cujus.

Já é habitual na jurisprudência, o acesso a bancos de dados *post mortem* para se reconhecer ou excluir direitos. A título de exemplo, não raras vezes o juízo ordena o acesso a banco de dados da receita federal, planos de saúde e até mesmo a quebra de sigilo bancário do falecido, a fim de verificar a existência de algum vínculo de dependência econômica ou indícios de relação afetiva entre o autor da ação e o titular dos dados.

A título de exemplo, trago ao estudo um julgado do TJDFT:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO. REJEIÇÃO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. REJEIÇÃO. NULIDADE DO PROCESSO ARGUIDA DE OFÍCIO. FALTA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. ACOLHIMENTO.

1. Tendo em vista que o recurso de apelação da parte ré foi interposto dentro do prazo previsto no art. 508 do CPC/1973, tem-se por incabível o acolhimento da preliminar de intempestividade arguida em contrarrazões.

2. Tratando-se de Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável post mortem, os filhos são legitimados para proteger os direitos da personalidade do de cujus, a teor do que dispõe o artigo 12, parágrafo único, do Código Civil.

3. Evidenciado do acervo probatório constante dos autos que o de cujus mantinha união estável com outra companheira, a qual figura como beneficiária de pensão por morte perante o INSS, tem-se por configurada a sua condição de litisconsorte passiva necessária, o que torna impositiva a sua citação para integrar o polo passivo da Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável proposta por pessoa com a qual o falecido teria mantido concomitante relacionamento amoroso. Preliminares de intempestividade do recurso e de ilegitimidade passiva ad causam rejeitadas. Preliminar de nulidade do processo suscitada de ofício acolhida. Recurso de apelação julgado prejudicado (Acórdão n.1001455, 20141110055890APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 22/02/2017, Publicado no DJE: 20/03/2017. Pág.: 387- 421) (BRASIL, 2017).

4. No caso acima, o magistrado deferiu a habilitação da parte nos autos, na condição de litisconsorte, em uma ação que visa reconhecer uma união estável *post mortem*. O pressuposto foi uma consulta no banco de dados do INSS, registro que a habilitante constava como beneficiária.

Vê-se, assim, que por meio de dados pessoais pode se investigar a intimidade, o segredo, a honra, dentro outros aspectos do falecido. Nessa mesma toada, mais uma vez, é incontestável a importância da proteção destes registros *post mortem*.

Pode-se dizer, portanto, que o direito à privacidade fundamenta a licitude espaços e serviços destinados à promoção e ao resguardo da intimidade. Os direitos e deveres correspondentes existirão não apenas para potenciais violadores desses espaços, mas também para quem tenha o dever legal ou contratual de protegê-los – sejam agentes públicos, por força de lei, sejam privados, por determinação legal ou contratual. (QUEIROZ, 2018)

Guiando para o Direito Comparado, na busca de uma legislação mais madura, o Regulamento 2016/679 – Regulamento Geral de Proteção de dados da União Europeia (General Data Protection Regulation ou GDPR) -2 retirou do campo de sua

2 UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Disponível em: <//eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>.

aplicação a regulamentação dos dados pessoais do *de cuius*, transmitindo para cada país membro o encargo de legislar sobre o assunto.

Em seu item n.27, o regulamento 2016/679 – GDPR- assim prevê:

“O presente regulamento não se aplica aos dados pessoais de pessoas falecidas. Os Estados-Membros poderão estabelecer regras para o tratamento dos dados pessoais de pessoas falecidas”³.

A título de exemplo, a lei de Proteção de Dados Pessoais da Bulgária, em seu art. 28, reconhece que, em caso de morte da pessoa, os direitos serão exercidos pelos seus herdeiros⁴. Na legislação da Estônia, o tratamento de dados pessoais relativos à pessoa falecida somente é permitido com o consentimento por escrito de seu sucessor, cônjuge, descendente ou ascendente, irmão ou irmã, excetuando-se os casos em que não se exija o consentimento do titular ou se já tiverem se passado trinta anos da morte⁵.

No tocante a lei Brasileira, a lei geral de registro de dados nada fala sobre o assunto, mesmo diante de algumas proposições legislativas pretéritas que tentaram regulamentar o tema.

2 EFEITOS JURÍDICOS DA MORTE NOS REGISTROS DE DADOS PESSOAIS

A existência da pessoa natural termina com a morte e, no mesmo instante que aquela acontece se transmite a herança aos sucessores legítimos e testamentários do extinto. Nesse momento, aplica o direito das sucessões com todas suas características e peculiaridades.

O direito das sucessões disciplina, portanto, a projeção das situações jurídicas existentes, no momento da morte, da desaparecimento física da pessoa, a seus sucessores. A primeira ideia, com raízes históricas, é de que a herança (o patrimônio hereditário) se transfere dentro da família. Daí, então, a excelência da ordem de vocação

3 UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Disponível em: <://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>

4 BULGÁRIA. Bulgarian Personal Data Protection Act. Disponível em: <://legislationline.org/download/action/download/id/1505/file/80898174714fa634002ceb8a803c.pdf>.

5 <https://www.ab2l.org.br/protacao-post-mortem-dos-dados-pessoais/> ESTÔNIA. Personal Data Protection Act. Disponível em: <://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/529012015008/consolide/current>.

hereditária inserida na lei: a chamada “sucessão legítima”. O legislador determina uma ordem de sucessores, a ser estabelecida, no caso de o falecido não ter deixado testamento, ou quando, mesmo perante a existência de um ato de última vontade, este não puder ser cumprido. (VENOSA, 2017, p. 4)Outrora, antes da rede mundial de computadores, a morte era um tema de mais fácil compreensão. Com a morte do indivíduo era aberta a sucessão e seus bens eram partilhado entre seus herdeiros. No caso da existência de testamento, a cártula era cumprida, com a destinação dos bens do falecido a quem lhe conviesse, respeitando a cota parte imodificável da legítima.

Com a realidade digital, diante a interação dos seres humanos com os ambientes digitais, redes sociais, e-mails e documentos eletrônicos, o assunto morte passou a conter outras peculiaridades, o que enseja uma nova interpretação do instituto.

Em pesquisa realizada recentemente pela empresa YouGov sobre o que as pessoas gostariam de fazer com suas redes sociais após a morte, constatou-se que 26% das pessoas planejam transferir o seu perfil para pessoas queridas, 67% querem que os seus perfis sejam excluídos e apenas 7% gostariam que os perfis continuassem indefinidamente na rede⁶.

A título de esclarecimento, calcula-se que, em 2012, apenas 8 anos do lançamento do Facebook, 30 milhões de usuários com uma conta no site já teriam morrido. (LEAL, 2021).

Ou seja, atualmente, estamos diante de uma grande quantidade de registros de dados de pessoas falecidas, cuja permanência ou exclusão desses dados bem como do tratamento desses conteúdos enseja uma universalidade de questionamentos, até porque o titular que incluiu esses dados não está mais vivo para administra-los.

Além disso, vivemos uma realidade que demonstra facilmente o seguinte. Em breve, teremos mais dados de pessoas falecidas do que registros de pessoas vivas, pois seres humanos nascem e morrem todos os dias no planeta terra. Por conseguinte, se os bens de natureza patrimonial se tutelam pelo direito sucessório, há que se resolver o que fazer com o registro dos dados pessoais após o falecimento do usuário.

⁶ <https://www.telegraph.co.uk/news/2018/11/06/rise-digital-inheritance-yougov-poll-shows-quarter-people-plan/>

Um mercado vasto se abre, diante da nova realidade de morte virtual. A título de exemplo, criaram-se até mesmo cemitérios digitais, empresas que tem por finalidade agregar informações e memórias da pessoa que já faleceu, tais como o nome, biografia, razão do falecimento e etc. Nesse espaço, os visitantes também podem enviar flores, velas e mensagens virtuais⁷.

Diante dessa nova realidade, é possível contratar empresas especializadas em encerrar contas digitais das pessoas falecida, prevendo a possibilidade de uma posterior administração, quer seja para manter a conta em atividade ou até mesmo para excluí-la.

Um modelo que pode ser citado, é a empresa Brasileira morte digital, cujo os objetivos são seguintes:

“Morte Digital é um conceito inovador de serviço para um momento tão difícil na vida de qualquer pessoa: A morte de um ente querido, ou um amigo. Nós somos a primeira empresa no Brasil especializada no encerramento da vida digital de pessoas que já faleceram. A nossa proposta é prover o serviço de encerramento, ou encaminhamento de todas as contas de propriedade de um indivíduo após o seu falecimento.⁸”

Portanto, estamos diante de um imenso mercado que se abre. Lado outro, permanecemos diante de uma ausência de regulamentação legal sobre o tema.

3 ESTUDOS DE CASOS

a) EUA – 2005: Soldado Americano Morto no Iraque. “The Washington Post”.

No ano de 2005, o jornal Americano “The Washington post” noticiou a história de uma discussão jurídica sobre o direito ao acesso dos dados pessoais *post mortem* de um combatente americano, o fuzileiro naval Karl Linn.

O caso descreve a problemática de uma família que pretende acessar os dados pessoais do seu extinto filho versus a política de privacidade da empresa detentora dos arquivos digitais, que negou o acesso aos dados do *de cujus*.

7 <https://findagrave.com/index.html>

8 <https://mortedigital.com.br/>

No caso em análise, o jovem faleceu em uma missão no Iraque e, seu único meio de comunicação era o seu computador, equipamento que o combatente utilizava para enviar e-mails e narrar suas aventuras de combate.

A reportagem que tem como título "Após a morte, uma luta por suas memórias digitais", ressalta a inexistência de legislação sobre o tema e a importância do assunto, *in verbis*:

À medida que os computadores continuam a permear nossas vidas, o que acontece com as informações digitais quando os seus proprietários morrem tornou-se uma das questões inquietantes da era da internet. Muitos desses dados são armazenados em contas e em servidores remotos e não apresentam manifestações físicas que possam ser transferidas com clareza. Não há leis claras de herança, o que significa que os provedores de internet devem decidir por si mesmos o que é certo. (colocar fonte da notícia no roda pé)⁹.

Tamanha era a relevância do acesso a esses dados, que quando o jovem faleceu em uma emboscada, umas das primeiras atitudes da família foi entrar em contato com a empresa que hospedava a conta do extinto.

Para o pai de Linn, Richard, as informações pertencem ao espólio de seu filho, assim como seus antigos documentos do ensino médio, seus suéteres e sua bola de futebol deveriam se transferir ao seu parente mais próximo.

Em contrapartida, a empresa de e-mail e hospedagem na Web, Mailbank.com Inc., disse que, embora tenha empatia com a situação da família, sua primeira prioridade é proteger a privacidade de seus clientes. Recusa-se a divulgar qualquer informação sobre as contas.

Vejamos a opinião das partes:

"Eu acho que contas de computador são parte de efeitos pessoais e eu tenho procuração. Não era como se ele não confiasse em mim para cuidar de seus assuntos, e eu sei o que eu deveria ou não deveria estar lendo", Richard Linn disse.

Eric Boustani, assessor jurídico do Mailbank.com, que tem sede em Reno, Nevada, não quis comentar sobre clientes individuais, mas disse que é política da empresa "apoiar a

⁹ THE WASHINGTON POST. *After Death, a Struggle for Their Digital Memories*. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A58836-2005Feb2.html>>

privacidade absoluta de nossos clientes". Ele disse que a empresa está ansiosa para ajudar as famílias a baixar informações públicas no site, mas acredita que ao divulgar informações de contas não públicas como uma senha ou coisas que ainda não foram publicadas, há "tanto potencial para danos quanto para boas nessa situação"¹⁰.

Esse caso não foi isolado, muitas empresas de Internet se viram diante dessa problemática, pois, se recusarem a divulgar as informações, serão rotulados como vilões pelas pessoas que apóiam as famílias, e, se pertirem o acesso a esses dados mesmo que *post mortem*, serão punidos por violarem suas próprias declarações de privacidade.

b) Alemanha – 2012: Acesso a conta da filha falecida – pesquisa sobre a “causa mortis”.

O debate adquiriu relevo na Alemanha com o falecimento de uma menina de 15 anos, que morreu em uma estação de metrô em 2012. A família pleiteou acesso à conta do Facebook da filha falecida, a fim de verificar se sua morte teria decorrido de acidente ou de suicídio.¹¹

Com a negativa do acesso, a família da de cujus se viu obrigada a acionar o judiciário para solucionar o embate, até porque, os pais acreditavam que leitura das conversas da filha seriam capazes de solucionar a causa da morte.

Diante desse confronto de direitos, o caso foi judicializado e em primeira instância, o pedido de acesso foi deferido pelo magistrado. Ocorre que em sede de recurso a decisão foi reformada pelo Tribunal, que entendeu que o acesso à conta representaria uma violação à expectativa de privacidade dos contatos da jovem¹².

Após novo recurso, o Tribunal Federal de Justiça de Karlsruhe autorizou o acesso, e a família teve êxito no seu pleito. Entendeu a Corte federal Alemã que diante da natureza consumerista do contrato realizado entre a adolescente e o Facebook, o trato é transmissível aos herdeiros, o que gera o direito ao acesso destes após a morte do usuário.

10 THE WASHINGTON POST. *After Death, a Struggle for Their Digital Memories*. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A58836-2005Feb2.html>>.

11 THE WASHINGTON POST. *After Death, a Struggle for Their Digital Memories*. Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A58836-2005Feb2.html>>

12 EXAME - *Pais têm direito de acessar Facebook de filha morta, diz tribunal alemão*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/pais-tem-direito-de-acessar-facebook-de-filha-morta-diz-tribunal-alemao/>>>

Pelo ponto de vista da Corte Alemã, o direito à herança digital não fere preceitos sobre proteção de dados pessoais, direitos da personalidade da extinta, de terceiros interlocutores e nem tampouco o sigilo das comunicações.

Como se vê, o tema é complexo e multifacetado, especialmente por unir a um só tempo duas dimensões tão distintas do direito civil: a regulação de situações subjetivas patrimoniais, que acarretam efeitos em situações subjetivas existenciais¹³.

c) Brasil – 2013: Processo n. 0001007-27.2013.8.12.0110.

Em 2013, uma mãe requereu administrativamente ao Facebook que desativasse o perfil de sua filha falecida, e apontou que a página “virou um muro de lamentações”, na medida em que os contatos que a jovem tinha na rede social continuavam a postar mensagens, músicas e até fotos para a jovem.

Diante da resposta fornecida pelo provedor, que informava que seria necessário que a solicitante recorresse às sedes administrativas localizadas nos Estados Unidos e na Irlanda, foi ajuizada uma ação para a exclusão do perfil.¹⁴

No caso, a juíza da 1ª Vara do Juizado Especial Central do Estado de Mato Grosso do Sul deferiu o pedido em sede liminar, determinando a exclusão da página¹⁵.

Vejam os excertos da decisão judicial:

Posto isso, DEFIRO o pedido liminar para determinar que seja excluído o perfil URL:<http://facebook.com/quadrado!/juliana.ribeirocampos?ref=ts> pertencente a J. R. C. do Facebook Serviços On Line do Brasil Ltda, conforme documento de fl. 12, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a quinze dias, em caso de descumprimento da medida, que desde já estabeleço¹⁶.

Elucido que após a decisão judicial, os provedores excluam a conta da *de cujus*.

¹³ <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3383>

¹⁴ <https://ab2l.org.br/protacao-post-mortem-dos-dados-pessoais/>

¹⁵ TJMS, 1ª Vara do Juizado Especial Central, Processo n. 0001007-27.2013.8.12.0110, Juíza Vania de Paula Arantes, julg. 19.3.2013

¹⁶ TJMS, 1ª Vara do Juizado Especial Central, Processo n. 0001007-27.2013.8.12.0110, Juíza Vania de Paula Arantes, julg. 19.3.2013

4 DO TESTAMENTO DE DADOS VIRTUAIS

Etimologicamente, a expressão testamento deita as suas raízes nas antigas palavras latinas *testari* e *mentum*, das quais derivou, nos textos do imperador Justiniano, a expressão *testatio mentis*, significando a vontade ou a mente, em presença de testemunhas. (FARIAS,; ROSENVALD, 2017, p. 198)

A clássica definição de MODESTINO, proveniente do direito antigo, tem perdurado através dos séculos: "*testamentum est voluntatis nostrae justa sententia, de eo, quoad quis pos mortem suam fieri velit*" (Testamento é a justa manifestação de nossa vontade sobre aquilo que queremos que se faça depois da morte). (GONÇALVES, 2018, p. 228)

Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "o testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuidadas ou postergadas, sob pena de nulidade. Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação de dois valores a que elas se destinam - razão mesma de ser do testamento -, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; o segundo, para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos" (BRASIL, STJ, REsp nº 302.767/PR, 4ª Turma, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA - RSTJ 148/469).

In casu, o código Civil nada menciona acerca dos bens virtuais e, por óbvio, também nada menciona sobre a proteção dados pessoais *post mortem*. Como explicado, nem mesmo a recente lei de proteção de dados fala sobre o tema.

Ou seja, o testamento – que é o ato de disposição de última vontade se mostra como uma boa solução para o caso.

5 PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS

A inexistência de legislação acerca de problemas decorrentes da permanência *post mortem* do conteúdo inserido pelo usuário ao longo da vida, ensejou a apresentação de projetos no Congresso Nacional.

O Projeto de Lei no 4.847, de 2012, acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a proposição contou com a seguinte redação:

Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:

I – senhas;

II – redes sociais;

III – contas da Internet;

IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro:

I - definir o destino das contas do falecido;

a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou;

b) - apagar todos os dados do usuário ou;

c) - remover a conta do antigo usuário.¹⁷

Na justificção da proposição, o Deputado Federal Marçal Filho argumenta que no Brasil o conceito de herança digital ainda é pouco difundido, o que gera a necessidade de uma regulamentação da matéria, que até o presente momento carece de norma.

O parlamentar fundamenta que se a sucessão dos dados não tem previsão orçamentária, o presente Projeto de Lei pretende assegurar o direito dos familiares em gerir o legado digital daqueles que já se foram, assim como ocorre no direito sucessório.

Outro projeto que visa regulamentar a herança digital é a proposição 4.099, de 2012, de autoria do Deputado Federal Jorginho Melo. O autor pretende alterar

¹⁷https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0C966468681E0BDC99674BEC5A71EB37.proposicoesWebExterno?codteor=1049733&filename=PL+4847/2012

o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a fim de dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do de cujus, contando com a seguinte redação:

“Art. 1.788

Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.¹⁸”

Na justificação do projeto de lei o parlamentar fundamenta que “Têm sido levadas aos Tribunais situações em que as famílias de pessoas falecidas desejam obter acesso a arquivos ou contas armazenadas em serviços de internet e as soluções tem sido muito díspares, gerando tratamento diferenciado e muitas vezes injustos em situações assemelhadas”¹⁹.

Ressalta o autor que a medida aperfeiçoa e atualiza a legislação civil, alegando ser melhor para o caso a aplicação do Direito sucessório, a fim de uniformizar o tratamento e legitimar os a receber a herança e o acesso total dos arquivos digitais da pessoa falecida.

O Projeto de Lei no 4.847 foi apensado ao Projeto de Lei no 4.099, de 2012, diante a pertinência temática do assunto.

Sem embargo, é cristalino as adversidades que permeiam as duas propostas, difícil de se identificar os problemas dessas propostas iniciais, principalmente no que se refere à proteção do direito à privacidade dos dados digitais. Ambos projetos desconsideram o direito à privacidade dos terceiros que se comunicaram com o usuário extinto, ainda que por conversas de foro íntimo, e que teriam suas mensagens apreciadas pelo acesso dos herdeiros.

Outro ponto importante e que deve ser levado em conta é a privacidade e a intimidade de cujus, que teria suas informações acessadas por seus familiares, dados que o extinto talvez quisesse manter em segredo.

Apesar de a legislação não avançar na mesma velocidade da inovação tecnológica, acredito que brevemente teremos proposições e novos debates sobre o assunto. Com a recente lei e registro de dados nacional, vejo a necessidade de

18

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012

¹⁹https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012

se regulamentar o acesso de dados pessoais da pessoa falecida, sob pena de manter o assunto da seara da insegurança jurídica.

CONCLUSÃO

Considera-se que o presente estudo alcançou satisfatoriamente o objetivo proposto, na medida em que, embora a contemporaneidade do tema, chegou a uma conclusão acerca do acesso aos dados pessoais *post mortem*, características, seus efeitos e consequências.

Para alcançar o objetivo, o estudo partiu da análise da Lei Geral de Registro de Dados, a fim de introduzir o assunto. Conceituou direitos da personalidade, explicou institutos jurídicos, analisou casos concretos, proposições e ainda apresentou uma possível solução para o assunto, qual seja, o testamento.

Adentrando ao tema, expos ao leitor uma análise do artigo 12 do código civil sob um prisma constitucional, além de ressaltar o dever dos herdeiros de proteger os direitos da personalidade do *de cuius*.

Após delimitada a abrangência da matéria, o estudo ressaltou a importância do assunto, sob pena de ver prejudicado o direito de privacidade de terceiros e do titular dos dados.

Ressalta que os herdeiros são os legitimados para acessar os dados post mortem, desde que seja para defender os direitos da personalidade da pessoa falecida.

Ao final, traz ao debate duas proposições legislativas sobre o assunto e conclui que ambas não dialogam com o direito da intimidade e da privacidade daquele que já faleceu.

A grande questão trazida pelo processamento automatizado de dados pessoais, no entanto, é uma extrema incerteza quanto aos reais efeitos do tratamento de dados pessoais, o que inviabiliza, em última análise, uma associação apriorística de um tratamento de um dado pessoal a um determinado efeito – no caso, ao dano à imagem ou à honra, por exemplo.

Por certo, contudo, na hipótese de inexistir consenso jurídico sobre o tema, ressalto que o debate do assunto é de grande importância, pois o judiciário tende a se deparar com litígios envolvendo o caso em debate, qual seja proteção post mortem de registro de dados pessoais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Acórdão n.1001455, 20141110055890APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 22/02/2017, Publicado no DJE: 20/03/2017. Pág.: 387- 421)

BULGARIA. Bulgarian Personal Data Protection Act. Disponível em: <://legislationline.org/download/action/download/id/1505/file/80898174714fa634002ceb8a803c.pdf>. Acesso em fevereiro de 2021.

COTS, Marcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei geral de proteção de dados pessoais comentada**. Brasília: Revista dos Tribunais, 2018. P. 159.

DONEDA, Danilo; SCHERTEL, Laura. **Um perfil da nova lei de registro de dados Brasileira** – Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes – pag. 310 – Obra: Governança e regulações da Internet na América Latina – Análise sobre infraestrutura, privacidade, cibersegurança e evoluções tecnológicas em homenagem aos dez anos as South School on Internet Governance – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2019.

EXAME - **Pais têm direito de acessar Facebook de filha morta, diz tribunal alemão**. Disponível em: <://exame.abril.com.br/tecnologia/pais-tem-direito-de-acessar-facebook-de-filha-morta-diz-tribunal-alemao/>>

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 198.

FERREIRA, Rafael Freire. **Autodeterminação Informativa e a privacidade na Sociedade da Informação** – 3ª Edição, Lumen Juris Direito, 3ª Edição- Rafael Freire Ferreira, pag. 07.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões**. Vol. 7. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LEAL, Livia Teixeira. **Internet e a morte do usuário: A necessária superação do paradigma digital**. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237> Acesso em fevereiro de 2021.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Revista dos Tribunais –**A regulação da criptografia no direito brasileiro privacidade**. Artigo: Privacidade, Criptografia e Dever de

cumprimento de ordens judiciais por aplicativos de trocas de mensagens, autor: Rafael Mafei Rabelo Queiroz, Organizador: Danilo Doneda, 2018.

QUIROGA, Eduardo Molina. **Privacidade, dados pessoais e tensões com a liberdade de expressão online** – Eduardo Molina Quiroga - pag. 325 – Obra: Governança e regulações da Internet na América Latina – Análise sobre infraestrutura, privacidade, cibersegurança e evoluções tecnológicas em homenagem aos dez anos as South School on Internet Governance – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2019.

THE WASHINGTON POST. *After Death, a Struggle for Their Digital Memories*. Disponível em: <://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A58836-2005Feb2.html> **Acesso em fevereiro de 2021.**

THE WASHINGTON POST. *After Death, a Struggle for Their Digital Memories*. Disponível em: <://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A58836-2005Feb2.html>. **Acesso em fevereiro de 2021.**

TJMS, 1ª Vara do Juizado Especial Central. **Processo n. 0001007-27.2013.8.12.0110**. Juíza Vania de Paula Arantes, julg. 19.3.2013 **Acesso em fevereiro de 2021.**

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Disponível em: <://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. **Acesso em fevereiro de 2021.**

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Disponível em: <://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>

VIOLA, Mario; DONEDA, Danilo. Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal – editora Livraria do advogado, 2016, Artigo: **Proteção de dados pessoais como limite ao acesso à informação e seu tratamento posterior.**

CADEIA DE CUSTÓDIA E SUA RELEVÂNCIA NAS PROVAS DO PROCESSO PENAL

DIEGO DA SILVA ESTRELA MATIEL:

Bacharelado do Curso de Direito da
Universidade Brasil

MATEUS LUCATTO DE CAMPOS

(orientador)

RESUMO: O trabalho tem por finalidade o estudo da cadeia de custódia, compreendida como o conjunto de procedimentos utilizados para garantir a rastreabilidade e confiança de um vestígio, sendo iniciada com a preservação do local de crime e se estendendo por todas as etapas desde a coleta, transporte e recebimento do vestígio. Trata-se de novidade legislativa incluída pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), sendo disciplinada pelo Código de Processo Penal nos artigos 158-A ao 158-F. No âmbito do processo penal, a não preservação integral das provas afeta a credibilidade dos meios, implicando no comprometimento das garantias proporcionadas pelo sistema penal acusatório, ocasionando, fatalmente, o desentranhamento da prova ou até mesmo a nulidade de todo o processo. Dessa forma, preservando as informações coletadas, documentando-as e observando a ordem cronologia das evidências, a cadeia de custódia reforça o sistema de justiça acusatório, sendo que seu principal escopo é impedir manipulação indevida da prova com o propósito de incriminar, ou até mesmo isentar alguém de responsabilidade, com vistas a obter a melhor qualidade da decisão judicial e impedir uma decisão injusta.

Palavras-chave: Cadeia de Custódia. Prova penal. Valor probatório.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 2. SISTEMA ACUSATÓRIO E PROVAS NO PROCESSO PENAL; 3. VALOR DA PROVA; 4. CADEIA DE CUSTÓDIA; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de analisar a cadeia de custódia, instituto inserido no Código de Processo Penal através do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), reputado como o procedimento de manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais do crime ou vítimas, a fim de rastrear sua posse e manuseio, a partir de seu reconhecimento até seu descarte.

A cadeia de custódia apresenta-se como relevante inovação para fins de controle e gestão probatória, especialmente com o avanço tecnológico e as múltiplas possibilidades de violação dos meios de prova existentes.

Sabe-se que o objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação pertinente à lide sobre os quais recaem incerteza, e que necessitam ser expostos ao magistrado, para que este profira a decisão mais justa ao caso concreto.

Sendo assim, considerando-se o sistema acusatório, aplicável no ordenamento jurídico pátrio, para que o magistrado forme sua convicção, é fundamental um conjunto probatório robusto, com provas obtidas com base no postulado da legalidade, e ainda sob o crivo do contraditório real e ampla defesa, concretizando na prática um processo penal democrático.

É imprescindível, portanto, assegurar a autenticidade da prova produzida, de modo a garantir a idoneidade e integridade das provas coletadas, certificando-se que tudo aquilo que foi coletado corresponda ao caso investigado, para que não haja possibilidade de adulterações.

Deste modo, este estudo, de início, tece esclarecimentos sobre o sistema acusatório de justiça vigente no ordenamento jurídico, elencando os princípios que o fundamentam.

Posteriormente, o segundo capítulo dedica-se à análise do valor da prova dentro do processo penal, e suas principais características.

O terceiro capítulo versa sobre o objeto da pesquisa em si, qual seja, a cadeia de custódia, pormenorizando o instituto, abordando os dispositivos legais que o fazem referência, detalhando suas peculiaridades.

Para o desenvolvimento do tema, como metodologia, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, com fundamento na doutrina e legislação, bem como em artigos científicos, dissertações e jurisprudência relativamente ao tema, que irão contribuir para a busca de respostas precisas e adequadas ao problema de pesquisa proposto.

2. SISTEMA ACUSATÓRIO E PROVAS NO PROCESSO PENAL

No sistema acusatório, a solução dos conflitos assume caráter predominantemente público, apoiado na busca da verdade material, a partir da racionalidade dos meios de prova. A verdade é tratada como “instrumento de limitação do poder punitivo e não como recurso argumentativo apto a fundamentar práticas persecutórias arbitrárias” (KHALED, 2013, p. 16).

No íntimo do sistema criminal acusatório, a iniciativa probatória prevalece à cargo das partes, havendo distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, sendo por este motivo, característico em Estados com regimes democráticos.

Nesse interim, “o processo, como instituição estatal é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena” (LOPES JR, 2020, p. 29).

Nesse modelo processual, é atribuído ao Ministério Público, nos termos do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988, a legitimidade privativa para a propositura da ação penal pública, garantindo ao acusado, dentre outros direitos, o contraditório e a ampla defesa.

Por meio da entrada em vigor Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), o sistema acusatório foi efetivado no ordenamento jurídico pátrio, bastando ver o artigo 3-A, CPP: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

A prevalência de um sistema acusatório necessita da imparcialidade absoluta do magistrado, da capacitação técnico-normativa, da independência, vinculação à lei, juiz natural, entre outros (FERRAJOLI, 2000).

Assegura-se, neste sistema, a isonomia processual, tendo em vista que a acusação e defesa devem estar em posição de equilíbrio no processo, priorizando o tratamento igualitário das partes, garantindo-lhes igualdade de oportunidades no processo, além de igual possibilidade de acesso aos meios pelos quais poderão demonstrar a veracidade de suas alegações.

Salienta-se que a Constituição Federal brasileira estabelece, no artigo 5º, inciso LIV, na fixação dos direitos e garantias fundamentais, a cláusula do devido processo nos seguintes termos: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Nesse contexto, o devido processo legal é uma garantia do cidadão, constitucionalmente prevista que “assegura tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com as normas previamente estabelecidas” (PORTANOVA, 2001, p. 145).

Sob pena de arbitrariedade, o devido processo legal deve abarcar também a isonomia entre as partes no processo, o exercício do contraditório, a ampla defesa, a licitude probatória, a inafastabilidade da jurisdição, o duplo grau de jurisdição, a publicidade, a imparcialidade nos julgamentos, dentre outros.

Noutro giro, tratando-se de característica marcante do sistema acusatório, o contraditório nada mais é que uma garantia político-jurídica do indivíduo. Consiste “na necessidade de se dar às partes a possibilidade de exporem suas razões e requererem a produção das provas que julgarem importantes para a solução do caso penal” (COUTINHO, 2001, p. 43).

Em verdade, “o contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, compondo verdadeiro pressuposto de validade do processo, porquanto a sua violação é suscetível de nulidade absoluta, quando em detrimento ao acusado” (OLIVEIRA, 2008, p. 28).

A respeito da ampla defesa, são meios inerentes à este corolário:

Ter conhecimento claro da imputação; poder expor alegações contra a acusação; poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; ter defesa técnica por advogado; e poder recorrer da decisão desfavorável (GRECO FILHO, 2012, p. 51).

Isso posto, ao passo que o contraditório necessita assegurar a participação, o princípio da ampla defesa “vai além, impelindo a realização concreta desta participação, sob pena de nulidade, também quando prejudicial ao acusado” (OLIVEIRA, 2008, p. 29).

Quanto à relevância do contraditório e a ampla defesa dentro da sistemática acusatória vigente, que regem todo o processo penal:

[...] como cláusula de garantia instituída para a tutela do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal (OLIVEIRA, 2008, p. 28).

A observância ao princípio constitucional do contraditório representa um dos fundamentos realizadores do princípio do devido processo legal (SFT – HC – Rel. Min. Celso de Mello – j. 18.2.1992 – RTJ 140/856).

O Pacto de São José da Costa Rica também prevê a garantia do contraditório em seu artigo 8º, números 1: “toda a pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial (...); e número 2, “c”: Toda pessoa acusada terá direito a concessão do tempo e dos meios necessários a preparação de sua defesa”.

Relativamente ao contraditório, importante julgado do Supremo Tribunal Federal, fixando entendimento que “basear-se a sentença, para condenar, em prova colhida exclusivamente em inquérito policial acarreta em violar a garantia do contraditório, fixada no art. 153, § 16, da CF” (STF, RT 614/369).

A Carta Magna fixa o sistema acusatório, tendo em vista que estabelece no art. 129 que a acusação incumbe ao Ministério Público. Dessa forma, demanda obrigatoriamente que as atribuições de acusação e julgamento ocorram de modos separado, não devendo ocorrer violações nesse sentido, observando-se tal regramento ao longo de toda lide.

Além disso, há observância ao sistema vigente no momento em que estabelece o mandamento do devido processo legal no art. 5º, notadamente quanto à garantia do juiz natural, e em relação à garantia do juiz natural, acatando a exigência do contraditório.

A propósito:

Toda a prova que tenha sido produzida à revelia do adversário é, em regra geral, ineficaz. Trata-se de um conjunto de garantias para que a parte contrária possa exercer o seu direito de fiscalização. (TJSP – Ap. n.º 104.924-3/6 – 6ª C. – j. 30.10.1991 – Rel. Des. Márcio Bártoli – RT 689/330).

Mais do que investigar para fundamentar decisões acusatórias, o órgão acusador possui a incumbência de apresentar, à defesa, os elementos probatórios por ela apurado, sem perder de vista que, quanto à defesa concreta, “é pertinente salientar que um dos seus consectários é o direito ao tempo e, principalmente, aos meios necessários para a preparação da defesa técnica” (EDINGER, 2016, p. 237).

“O contraditório é uma abertura necessária para evitar a manipulação da prova por parte do juiz, ainda que inconscientemente” (LOPES JR, 2020, p. 540). No momento em que o sistema acusatório conserva o magistrado longe da iniciativa probatória (afastando a iniciativa de ofício da prova), consolida-se o suporte dialético e, além disso, concretiza-se a imparcialidade do julgador, evitando ativismo judicial.

3. VALOR DA PROVA

O processo penal é um instrumento de reconstrução aproximativa de um certo fato histórico, sendo as provas o meio através dos quais se fará essa reconstrução (LOPES JR., 2020).

As provas no processo penal “constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual” (CAPEZ, 2012, p. 360).

O ordenamento jurídico brasileiro, à luz da imparcialidade do juiz, adotou como sistema de valoração da prova o livre convencimento motivado do juiz. Nota-se por meio do fixado no art. 155, Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário:

O intuito da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela forma (TOURINHO FILHO, 2015, p. 500).

Por meio das provas, o processo propõe-se a conceber circunstâncias para que o magistrado aplique sua atividade recognitiva, sendo que a partir daí será elaborado o convencimento manifestado no julgamento final. Destaca-se, “é a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória” (LOPES JR, 2020 p. 342).

Em verdade, é inconcebível a total reconstrução do iter criminis, posto que uma parcela dele ocorre no mundo subjetivo, na mente do delinquente, sendo inalcançável pelo magistrado e pelo *parquet*, ainda que o réu confesse (ARAS, 2001). Oportuno o entendimento doutrinário a seguir:

A prova conecta-se à verdade e à certeza, que se ligam à realidade, todas voltadas, todavia, à convicção de seres humanos. O universo no qual estão inseridos tais juízos do espírito ou valorações sensíveis da mente humana precisa ser analisado tal como ele pode ser e não como efetivamente é (NUCCI, 2015, p. 18).

A doutrina classifica como objeto de prova a “a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deva ser demonstrado no processo” (MARQUES, 1999, p. 254). Por esse motivo, o magistrado deve conhecer o direito, obrigação essa que é imprescindível para o exercício da jurisdição (*jura novit curia*). À vista disso, constitui

objeto de prova o que corresponde às questões de fato ocorridas no processo, ou seja, os fatos relevantes, cujo conteúdo pode influir em diferentes graus, na decisão da causa.

No que tange aos meios de prova, podem ser considerados como instrumentos ou atividades pelos quais os elementos de prova são introduzidos no processo. O Código de Processo Penal estabelece diversos meios de prova, fixando um rol meramente exemplificativo. É admitido outros meios de provas no processo penal e a partir daí, extrai-se o Princípio da Liberdade dos meios de prova, que implica a plena admissibilidade dos meios de prova idôneos a formar o convencimento do magistrado, mesmo que não estejam taxativamente previstos na legislação.

Salienta-se que a Carta Magna não permite a utilização de as provas obtidas por meios ilícitos, entendendo-se como tais aquelas obtidas de forma contrária ao direito, pouco importando se a violação concerne ao direito material ou ao direito processual.

Dessa forma, o direito à prova abarca, notadamente, o direito à sua apreciação, ou valoração, pelo magistrado, à etapa de prolação da decisão de mérito. Sendo assim, todas as provas e alegações das partes, respaldadas pelo contraditório, devem ter o intuito de estudo e avaliação pelo juiz, sob pena de violação à garantia constitucional do contraditório.

Mister se faz ressaltar que a proibição de restrição da garantia constitucional da prova:

Deve abranger também a possibilidade de se apontar fontes de prova, de reivindicar que elas venham ao processo, da mesma forma como foram colhidas, de utilizar os mecanismos de prova, pela metodologia legalmente definida, e de exigir a valoração dos elementos trazidos (EDINGER, 2016, p. 244).

Documentos, objetos e conteúdos materiais ou virtuais, fontes de prova pericial, têm recebido significativa notoriedade no contexto decisório, assumindo o lugar da antes preponderante prova testemunhal. Surge então a necessidade de preservar as condições de fidedignidade (PRADO, 2019).

4. CADEIA DE CUSTÓDIA

A definição legal do que seja "cadeia de custódia" da prova vem dada pelo art. 158-A, Código de Processo Penal:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

É possível entender esse instituto como conjunto de protocolos estabelecidos que permite registrar a identidade e integridade das fontes probatórias obtidas no local dos fatos, seu transporte ao lugar onde serão examinadas pelos responsáveis, por meio da realização de estudo e análise e, por fim, a conservação para toda a persecução penal (RUBIO, 2019, p. 161)

Trata-se de instituto de suma importância em matéria probatória penal, pelo fato de que “a prova passará por entre várias instâncias examinatórias, trafegando por diferentes órgãos, inclusive de polícia judiciária ou inspeção sanitária, até aportar no processo por meio de relatórios descritivos e interpretativos” (KNIJNIK, 2017, p. 170).

A cadeia de custódia tem como intuito certificar a autenticidade da prova. A doutrina esclarece o conceito de cadeia de custódia da seguinte forma:

Trata-se de instrumento garantidor da autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração. Funciona, pois, como a documentação formal de um procedimento destinado a manter e documentar a história cronológica de uma evidência, evitando-se, assim, eventuais interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade probatória (LIMA, 2017, p. 625)

No entender de PRADO (2019, p.95), “o objeto da cadeia de custódia ampara-se na lei da *mesmidade*, cujo conteúdo estabelece que a prova será igualmente a mesma a ser utilizada no julgamento do magistrado, possuindo um caráter instrumental”.

Nota-se que o agente público fica responsável inicialmente pela preservação dos elementos eventualmente identificados por ele e com potencial interesse para o processo, tendo em vista que o surgimento da cadeia de custódia se dá a partir da preservação do local do crime, nos termos do art. 6º, do Código de Processo Penal, em clara relação entre procedimentos policiais ou periciais de detecção da existência de vestígios nos locais ou em vítimas de crimes (MACHADO, 2019).

A modificação das provas afeta e corrompe os meios e a não preservação da prova abala sua credibilidade. Deste modo, o resguardo das fontes de prova, por meio do cumprimento da cadeia de custódia, possui “conexão de antijuridicidade da prova ilícita”, consagrada no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, acarretando a inadmissibilidade da prova ilícita. Deveras, é imprescindível a preservação das provas, especialmente em relação à provas cuja produção é realizada fora do âmbito processual, como na situação da coleta de DNA, interceptação telefônica, entre outros.

Outrossim, “todo indício deve ser documentado, desde seu nascimento no local de crime, até seu exame e descrição final, de forma a se estabelecer um histórico completo e fiel de sua origem” (STUMVOLL, 2019, p.10). Por isso, a quebra da cadeia de custódia pode gerar consequências irreversíveis a persecução penal judicial.

A cadeia de custódia ordena o assentamento de um procedimento regrado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para consentir a posterior validação durante a ação penal, assim como na atividade do controle epistêmico.

O procedimento a ser observado é estipulado pelo art. 158-B, Código de Processo Penal: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte.

Vê-se que o instituto em comento pode ser dividido em duas fases: externa na qual “estão elencadas as etapas relacionadas aos passos entre a preservação do local do crime ou apreensões dos elementos de prova e a chegada do vestígio ao órgão pericial”; interna que “compreende todas as etapas e o ingresso do vestígio no órgão pericial até a conclusão do laudo e remessa ao órgão requisitante” (CUNHA, 2020, p. 187).

Depreende-se do artigo supracitado que a cadeia de custódia abrange todos os “atores responsáveis pela sua preservação, integridade, idoneidade e valoração”, se inicia na fase de investigação preliminar e se estende até o processo criminal, alcançando todo o caminho percorrido pela prova (MACHADO, 2020).

Constitui violação ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório, garantidos constitucionalmente, a deficiência da proteção da integralidade do conteúdo apanhado na investigação, refletindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes processuais.

O rastreamento das fontes de prova será um encargo inviável caso parte das provas obtidas de forma encadeada vier a ser danificada. Sem esse rastreamento, a identificação do elo por

ventura existente entre uma prova aparentemente lícita e outra, preliminar, ilícita, de que a primeira é consequente, improvavelmente será descoberto. Os suportes técnicos, pois, têm uma importância para o processo penal que transcende a simples condição de ferramentas de apoio à polícia para execução de ordens judiciais (PRADRO, 2014, p. 79).

A preservação da cadeia de custódia exige grande cautela por parte dos agentes do estado, da coleta à análise, de modo que se exige o menor número de custódios possível e a menor manipulação do material. O menor número de pessoas manipulando o material faz com que seja menos manipulado e a menor manipulação conduz a menor exposição. Expor menos é proteção e defesa da credibilidade do material probatório (LOPES JR., 2020, p.658)

Por conseguinte, o art. 158-C versa sobre a obrigação de que o perito oficial faça a coleta dos vestígios, sendo o responsável pelo envio da evidência à central de custódia, além de qualquer outra tramitação para fins de exames complementares.

No caso de remoção de quaisquer vestígios em locais de crime antes da liberação pelo perito competente, caberá responsabilização pelo crime de fraude processual.

O art. 158-D, § 1º, estabelece que para a preservação do material recolhido, deve-se empregar recipiente adequado e compatível com as características do vestígio, além da obrigação de lacre e numeração individualizada, tudo a reforçar a possibilidade de verificação da cronologia da prova. Nesse contexto, ressalta-se a necessidade de se observar “os padrões definidos em manuais específicos, tanto dos órgãos policiais, quanto periciais, destacando a relevância da sua individualização e identificação dos responsáveis por esse processo” (CUNHA, 2020, p. 188).

Parte da doutrina entende que a quebra da cadeia de custódia não produz efeitos na seara da ilicitude ou inutilidade probatória, mas sim de menor fiabilidade da prova. O mero descumprimento da cadeia de custódia não deve gerar nulidade absoluta (NUCCI, 2020, p. 71). Isso porque “as irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar a ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido, com redobrado cuidado e muito maior esforço justificativo, no momento da valoração” (BADARÓ, 2018, p. 535). De acordo com esse posicionamento, a prova com quebra da cadeia de custódia deve ser recebida com reservas pelo magistrado, necessitando de outros elementos de confirmação. Em síntese, o valor será maior ou menor quanto mais ou menos se respeitou o procedimento descrito na lei, de sorte que não poderá ser descartada pelo juiz, mas do contrário, deverá ser valorada.

Acerca da questão em comento, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que quando não há demonstração de prejuízo no caso concreto, não há que se falar em quebra da cadeia de custódia:

No caso em apreço, não se verifica a alegada quebra da cadeia de custódia, na medida em que o fato do objeto periciável estar acondicionado em Delegacia de Polícia e não no Instituto de Criminalística não leva à imprestabilidade da prova. (STJ – HC: 462087 SP 2018/0192763-0, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 17/10/2019, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/10/2019).

No mesmo sentido:

EMBARGOS INFRINGENTES. DPU. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. Embora desatendida as exigências formais, a ausência do Termo de Apreensão e das demais formalidades, por si só, não anula todo o procedimento, pois as circunstâncias que envolvem o ato não constituem elementos isolados de prova, havendo farto material probante que comprovam a materialidade delitiva, não sendo o caso de quebra da cadeia de custódia. Embargos Infringentes conhecidos e não acolhidos. Decisão por maioria. (STM – EI: 70002514220197000000, Relator: ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 18/06/2019, Data de Publicação: 02/07/2019).

De maneira oposta entendem alguns doutrinadores pátrios como Aury Lopes Jr. (2020, p. 680), que se posiciona pela imprestabilidade da prova, tendo em vista os princípios constitucionais penais que regem a matéria probatória.

Constata-se que quando a prova não é preservada, há comprometimento da história cronológica da infração, ocorrendo a quebra da cadeia de custódia, sendo que a efetividade desse instituto sujeita-se diretamente de que se compreenda que o efeito da não preservação deve ser a supressão deste elemento” (MATIDA, 2020, p. 7). Sobre o tema, convém destacar o julgado a seguir:

Na hipótese, a forma como foi coletado e encaminhado para perícia o material supostamente adulterado (combustível), constata-se que na fase inquisitorial não se teve o cuidado necessário com a preservação da cadeia de custódia da prova, o que afeta a sua credibilidade e confiabilidade, tornando a prova ilícita, a ensejar o seu desentranhamento dos autos (TJ-

MT – HC: 10051240320198110000 MT, Rel. PAULO DA CUNHA,
Data de Julgamento: 09/07/2019, Primeira Câmara Criminal,
Data de Publicação: 15/07/2019).

Apesar de normalmente associada à prova científica e, especialmente, à perícia laboratorial, o emprego da cadeia de custódia deve ser entendido de maneira mais ampla.

A esse respeito, também para certificar a legitimidade dos exames periciais, a cadeia de custódia é também aplicável em delitos que envolvam manuseio de amostras das provas feitas com base no DNA, sob pena de riscos danos irreversíveis no material coletado.

Nos crimes ambientais, a cadeia de custódia terá elementos como amostras de contaminantes ambientais.

Não se limita, pois, aos objetos materiais, como no delito de tráfico de drogas, homicídio, em que os elementos terão natureza sólida como por exemplo entorpecente, faca, arma de fogo, projétil, fragmento de munição etc.

Também é vital a observância da cadeia de custódia perante “informações imateriais registradas eletronicamente, como o conteúdo de conversas telefônicas, ou de transmissão de e-mail, mensagens de voz, fotografias digitais, filmes armazenados na internet, entre outros” (BADARÓ, 2017, p. 522).

Acrescenta-se que é fundamental que meios de obtenção de prova e o material colhido sejam preservados integralmente, principalmente quando se tratar de provas obtidas por meios ocultos, como a interceptação telefônica e telemática, em que a manutenção da cadeia de custódia se torna verdadeira condição de validade (MORAES, 2017, p. 131-132).

Em conclusão, o dever da cadeia de custódia apoia-se em designar o procedimento de prospecção e preservação das provas que deverão ser sujeitos ao contraditório e estar disponíveis para as partes.

O fato de garantir a verdade de todas as fases do processo, representa um protocolo legal, que permite assegurar a idoneidade do caminho que a amostra atravessou. Zelar pela cadeia de custódia da prova, é zelar pela integridade e pela moralidade da Justiça.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No sistema acusatório, há afastamento das funções de acusar e julgar, mas, especialmente, há necessidade de que a iniciativa probatória seja das partes e não

do juiz, afastando o ativismo judicial e dando ênfase às garantias constitucionais fundamentais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

A cadeia de custódia demonstra inovação na sistemática processual, pois permite a preservação das provas desde seu descobrimento até o emprego em juízo, concretizando-se a paridade de armas entre as partes no processo penal.

Por meio da Lei 13.964/2019 a cadeia de custódia foi introduzida pela legislação pátria, tratando-se de instituto significativo para preservar a integridade e identidade da prova penal.

A efetivação do direito de punir estatal só será adequada e justa caso desempenhado nos estritos limites do devido processo legal, observando-se, para tanto, o direito à prova - no qual se inclui a cadeia de custódia, assegurando o contraditório através da compreensão integral das fontes de provas concernentes ao processo penal.

Por envolver instrumento processual que pode resultar com a restrição da liberdade de locomoção do cidadão, o tema preservação das fontes de prova obtém ainda maior dimensão e, nesse situação, a preservação da cadeia de custódia probatória segue mesma sorte. A sua preservação, em verdade, é erigida a verdadeira condição de validade da prova.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Princípios do processo penal**. Jus navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2416/principios-do-processo-penal/1>. Acesso em: 17 out. 2020.

BADARÓ, Gustavo. **A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal**. Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D Plácido, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COUTINHO, Jacinto. **O papel do juiz no processo penal**. Crítica a Teoria Geral do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues. **Cadeia de custódia**: do local de crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. Doutrinas Essenciais - Processo Penal. v. 3. São Paulo: RT, 2012.

EDINGER, Carlos. **Cadeia De Custódia, Rastreabilidade Probatória**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría Del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

KHALED, Salah. **A busca da verdade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5Ed – Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2020.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Aplicação da cadeia de custódia da prova digital**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/academia-policial-aplicacao-cadeia-custodia-prova-digital>>. Acesso em 15 out. 2020.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1999.

MATIDA, Janaina. **A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes**. Boletim IBCCRIM, ano 28, n.331, jun-2020.

MORAES, Ana Luisa Zago de. **Prova penal**: da semiótica à importância da cadeia de custódia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 132, jun./2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controle epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo. 2014.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

STUMVOLL, Victor Paulo. **Criminalística**. Campinas: Millennium, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

WATSON, James D, et al. **DNA Recombinante: genes e genomas**. Artmed. 3a Ed. 2009.

CONTROLE CONCENTRADO-ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS-MEMBROS

THIAGO BORGES MESQUITA DE LIMA:

Bacharel em Direito pelo Instituto Cuiabá de Ensino e Cultura. Conciliador e Advogado

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discorrer, a partir da análise da doutrina, da Constituição Federal, de algumas Constituições Estaduais e de precedentes do Supremo Tribunal Federal, acerca do controle de constitucionalidade concentrado-abstrato nos Estados-membros da República Federativa do Brasil. O artigo inicia abordando sobre o Poder Constituinte Decorrente, que é o poder de os Estados-membros se auto-organizarem por meio da elaboração de suas próprias Constituições, e os limites impostos à autonomia organizatória dos Estados pelas normas da Constituição Federal de reprodução obrigatória nas Cartas Estaduais. Logo após, o artigo analisa sobre a representação de inconstitucionalidade mencionada no art. 125, § 2º, da Constituição Federal de 1988, comparando-a brevemente com as ações constitucionais do controle concentrado-abstrato no âmbito federal. Analisa também acerca das modalidades de ações constitucionais, da competência, da legitimidade ativa, da defesa do ato impugnado, do parâmetro de controle de constitucionalidade e do objeto. Ao final, discorre sobre os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado-membro e a previsão existente em algumas Constituições Estaduais acerca da obrigatoriedade de comunicação da decisão ao órgão legislativo que produziu o ato impugnado.

PALAVRAS-CHAVE: Estados-Membros. Constituição Estadual. Controle de Constitucionalidade. Controle Concentrado-Abstrato.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Assim como a Constituição Federal é a norma máxima do ordenamento jurídico nacional, devendo todos os demais diplomas normativos serem compatíveis com a Carta Magna, a Constituição Estadual é a Lei Maior dos Estados-membros, que deve observar, obviamente, a Constituição Federal. Assim, o controle de constitucionalidade concentrado-abstrato existe no âmbito federal e também nos Estados-membros, porém, há particularidades no controle de constitucionalidade estadual, resultando daí a importância do estudo do presente artigo.

Assim, o presente estudo, através do método de revisão bibliográfica, objetiva analisar sobre a “representação de inconstitucionalidade” referida no art. 125, § 2º, da Constituição Federal.

Antes de adentrar no tema propriamente dito, o artigo aborda sobre o Poder Constituinte Decorrente, que é o poder de os Estados, com o advento de uma nova Constituição Federal, se auto-organizarem, recriando suas próprias Constituições, adaptando a ordem jurídica local à Carta Magna Federal. Aborda também sobre os limites à auto-organização dos Estados-membros que são estabelecidos por meio das normas da Constituição Federal de reprodução obrigatória nas Cartas Estaduais.

Após discorrer sobre o Poder Constituinte Decorrente, o presente artigo analisa sobre a representação de inconstitucionalidade referida no art. 125, § 2º da Constituição Federal, comparando-a brevemente com as ações do controle de constitucionalidade concentrado-abstrato no âmbito federal. Analisa também sobre as modalidades de ações constitucionais do controle concentrado-abstrato admitidas no âmbito estadual; a competência para realizar o julgamento; a quem pode ser atribuído legitimidade ativa; quem faz a defesa do ato impugnado; qual o objeto e o parâmetro de controle; se o Tribunal de Justiça pode reconhecer que o próprio parâmetro de controle (Constituição Estadual) é incompatível com a Constituição Federal; e os efeitos que a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado-membro pode produzir.

2. PODER CONSTITUINTE (DERIVADO) DECORRENTE

2.1. A Constituição Estadual

O poder de criar uma nova Constituição, rompendo com a ordem jurídica anterior e iniciando um novo Estado, é chamado de Poder Constituinte Originário.

Com o surgimento de uma nova Constituição Federal, impõe-se aos Estados-membros a necessidade de recriação de suas respectivas Constituições, adaptando-as à nova realidade. E o Poder Constituinte Decorrente (ou, para alguns, Poder Constituinte Derivado Decorrente [1]) é justamente o Poder conferido pela Constituição Federal aos Estados para este fim. [2]

A Constituição Federal de 1988 adotou a forma federativa de Estado. No federalismo, os Estados-membros não dispõem de soberania, que é o poder de autodeterminação plena, não condicionado a nenhum outro poder, externo ou interno. Os Estados possuem outra característica: a autonomia. A soberania, nessa forma de Estado, quem possui é o Estado Federal como um todo [3]. Sobre a autonomia dada aos Estados-membros no federalismo, lecionam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

A autonomia importa, necessariamente, descentralização do poder. Essa descentralização é não apenas administrativa, como, também, política. [...] A autonomia política dos Estados-

membros ganha mais notado relevo por abranger também a capacidade de autoconstituição. Cada Estado-membro tem o poder de dotar-se de uma Constituição, por ele mesmo concebida, sujeita embora a certas diretrizes impostas pela Constituição Federal, já que o Estado-membro não é soberano. [4]

Das lições dos autores citados acima, nota-se que, em razão de não serem soberanos os Estados da federação brasileira, mas apenas detentores de autonomia, estes possuem limitações e restrições em sua esfera de autodeterminação, e, portanto, a liberdade do Constituinte Estadual para elaborar sua Constituição encontra limites na Constituição Federal, não podendo adotar normas que contrariem esta.

O poder dado aos Estados-membros de se auto-organizarem pode ser classificado em duas espécies: a) Poder Constituinte Decorrente Inicial (Instituidor ou Institucionalizador), que é responsável pela elaboração da Constituição Estadual; e b) Poder Constituinte Decorrente Reformador (de Revisão Estadual ou de 2º Grau), cuja função é realizar as alterações no texto da Carta Estadual. [5]

O poder constituinte dos Estados-membros retira sua fonte de legitimidade da Constituição Federal, e não de si próprio. O art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e o art. 25 da Constituição Federal de 1988 são o arcabouço normativo que fundamenta na ordem jurídica vigente o Poder Constituinte dos Estados-membros.

O art. 11 do ADCT da Constituição de 1988 incumbiu as Assembleias Legislativas de “poderes constituintes” para elaborar as Constituições dos Estados-membros, estabelecendo o prazo de um ano a contar a promulgação da Lei Maior, obedecidos os princípios desta. Em reforço ao art. 11 do ADCT, o art. 25, *caput*, da Carta Magna de 1988 estabelece que “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

Devem, portanto, os Estados-membros, ao elaborarem suas respectivas Constituições, obedecer aos parâmetros principiológicos da Constituição Federal de 1988, que é fundamento de validade não só das Cartas Magnas Estaduais, mas também de todos os diplomas normativos da federação brasileira.

2.2. Limites impostos à auto-organização dos Estados-membros

As Constituições Estaduais são obras do Poder Constituinte Decorrente e visam complementar a Constituição Federal nos Estados-membros, e, assim, devem

obedecer aos princípios da Lei Maior, conforme o estabelecido no art. 25 desta e no art. 11 do ADCT.

As Cartas Estaduais não são uma simples cópia da Constituição Federal, mas devem observar aos limites estabelecidos por esta. As limitações ao poder de organização dos Estados-membros para a elaboração das suas próprias Constituições são impostas por meio das chamadas Normas de Observância Obrigatória (também chamadas de Normas Centrais ou Normas de Reprodução). [6]

As Normas de Reprodução Obrigatória, como o próprio nome diz, devem ser inseridas na Constituição Estadual por imposição da Constituição Federal. São de observância compulsória na Carta Magna dos Estados-membros. Marcelo Novelino lembra que as referidas normas não se confundem com as Normas de Mera Imitação, porque estas “exprimem a cópia voluntária feita pelo legislador constituinte estadual de determinadas técnicas ou institutos da Constituição Federal”. [7]

A doutrina [8] costuma classificar as normas de observância obrigatória em princípios constitucionais a) sensíveis; b) extensíveis e c) estabelecidos.

Os Princípios Constitucionais Sensíveis estão elencados no art. 34, VII, da Constituição Federal. Tratam do essencial para a organização constitucional da federação brasileira, estabelecendo limites à autonomia organizatória dos Estados. [9]

Já os Princípios Constitucionais Extensíveis são normas que dizem respeito à organização da União, mas que se estendem também aos Estados, seja por previsão constitucional expressa, a exemplo dos arts. 28 e 75 da Constituição de 1988, ou implícita, como é o caso do art. 58, § 3º, da Lei Maior atual. [10]

Por sua vez, Princípios Constitucionais Estabelecidos são aqueles que restringem a capacidade de organização dos Estados-membros por meio de limitações expressas ou implícitas. Estão consagrados de forma assistemática no texto constitucional e, para identificá-los, há necessidade de uma interpretação sistemática para se definir os elementos predominantes da Constituição que estão dispersos em seu texto [11]. As limitações impostas pelos mencionados princípios são divididas por José Afonso da Silva [12] em a) expressas, b) implícitas e c) decorrentes. As limitações expressas podem ser 1) normas mandatórias: impõe a adoção e observância de determinadas normas, a exemplo dos arts. 37 a 41 e 93 a 100 da Lei Maior; e 2) normas vedatórias: proíbem a adoção de determinados atos e procedimentos, como por exemplo os arts. 19 e 35 da Constituição. As limitações implícitas, por sua vez, são aquelas que, embora não estejam estabelecidas de forma textual, podem ser deduzidas de dispositivos normativos expressos da Constituição, a exemplo dos que enumeram as competências da União e dos Municípios,

estabelecidos nos arts. 21, 22 e 30 da Constituição Federal. Por fim, limitações decorrentes têm relação com os princípios que defluem do sistema constitucional adotado, como por exemplo o pacto federativo.

Nota-se, portanto, que as Normas de Reprodução Obrigatórias e suas espécies (princípios constitucionais sensíveis, extensíveis e estabelecidos) implicam em limitação da autonomia dos Estados-membros, mas essa limitação visa o respeito à forma de organização do Estado, e, por conseguinte, ao pacto federativo. Assim, o art. 25 da Lei Maior, ao estipular que os Estados regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, estabelece uma margem de criatividade para o Constituinte dos Estados na elaboração de suas Cartas Magnas, mas condiciona o conteúdo destas à observância dos ditames da Constituição Federal, com base no princípio da Simetria.

3. CONTROLE CONCENTRADO-ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS-MEMBROS

3.1. A Representação de Inconstitucionalidade referida no art. 125, § 2º, da Constituição Federal de 1988

Os ordenamentos jurídicos em geral preveem dois modelos diferentes de controle judicial de constitucionalidade: a) o controle difuso, em que qualquer órgão do Poder Judiciário tem competência para fiscalizar a validade das leis; e b) o controle concentrado, que se dá quando a competência para realizar o controle de constitucionalidade é outorgada somente a um determinado órgão judicial (ou, de forma excepcional, a um número limitado de órgãos).[13]

As vias pelas quais uma lei pode ser impugnada perante o Poder Judiciário pode ser: a) a via incidental (de defesa, ou de exceção); e b) a via principal (abstrata ou de ação direta). Na primeira hipótese, tem-se um litígio judicial, em que uma das partes requer o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada lei, com o objetivo de afastar a sua aplicação na resolução do referido caso concreto. Na segunda hipótese, o objeto da ação será a própria questão acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo; a constitucionalidade da lei será analisada em tese, sem vinculação a um caso concreto. [14]

Assim, no controle concentrado-abstrato há ações de competência de um órgão específico (controle concentrado), tendo como pedido a própria questão constitucional, sem vinculação a casos concretos (controle abstrato).[15]

Na Constituição Federal de 1988 o controle concentrado e abstrato no âmbito federal engloba as seguintes ações constitucionais [16], todas tendo o Supremo Tribunal Federal como competente para apreciá-las: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); b) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); c)

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); e d) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental autônoma (ADPF autônoma).^[17]

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) possuem fundamento no art. 102, I, "a", da Constituição Federal, cuja redação atual foi dada pela Emenda Constitucional nº 3/1993, e estão regulamentadas pela Lei 9.868/1999. A ADI tem por objeto lei ou ato normativo federal ou estadual, e a ADC apenas de lei ou ato normativo federal.

Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) está prevista no art. 103, § 2º, da Lei Maior. No plano infraconstitucional a referida ação direta está regulamentada nos arts. 12-A a 12-H da Lei 9.868/1999, com redação dada pela Lei nº 12.063/2009. A conduta *omissiva* que pode ensejar o ajuizamento da ADO pode ser a) *total*, que é a hipótese em que o Poder Público não elaborou a norma determinada pela Constituição Federal, ou b) *parcial*, que ocorre quando a norma foi elaborada insatisfatoriamente. ^[18]

Por sua vez, o art. 102, § 1º, da Lei Maior, prevê que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da Lei. A Lei nº 9.882/1999 regulamenta o referido dispositivo constitucional. Há duas formas de propositura da ADPF: a) a arguição autônoma: trata-se de ação típica do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade que visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, conforme estabelecido no art. 1º, *caput*, da Lei 9.882/1999 ^[19]; e b) a arguição incidental: nesse caso há uma ação em andamento, e, em razão dessa ação, um dos legitimados para a propositura da ADPF (que são os mesmos para a ADI) suscita a arguição e leva à apreciação da Suprema Corte ^[20] a relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, nos termos do art. 1º, parágrafo único, inc. I, da Lei 9.882/1999.

Nos Estados-Membros, o artigo 125, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988 prevê a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

A Constituição Federal de 1988 utilizou nos arts. 102, I, "a", e 103 a expressão "ação direta de inconstitucionalidade", e optou, no art. 125, § 2º, por dar o nome a essa mesma ação no âmbito dos Estados-membros de "representação de inconstitucionalidade", mesma nomenclatura adotada na Constituição de 1967/69 ^[21]. Em outras palavras, a "representação de inconstitucionalidade" mencionada no art. 125, § 2º, da Lei Maior, é a mesma "ação direta de inconstitucionalidade" referida nos arts. 102, I, "a", e 103.

Portanto, só há controle concentrado-abstrato no Supremo Tribunal Federal, nos Tribunais de Justiça dos Estados-membros e no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, cada um com a respectiva competência delimitada na Constituição Federal. Nos demais tribunais, sejam eles de segunda instância ou tribunais superiores (Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Trabalhistas, Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais Militares, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar e Tribunal Superior do Trabalho) não há que se falar em controle concentrado-abstrato de constitucionalidade.

3.2. Da possibilidade de outras ações de controle concentrado-abstrato nos Estados-membros

É pacífico na doutrina o cabimento de “ação direta de inconstitucionalidade” perante os Tribunais de Justiça dos Estados-membros da Federação brasileira com base no art. 125, § 2º, da Constituição Federal de 1988. Mas seria cabível as outras ações do controle concentrado-abstrato (ADC, ADO e ADPF autônoma) no âmbito estadual da mesma forma que são previstas no âmbito federal?

Sobre o assunto, leciona Pedro Lenza que:

Pelo princípio da simetria, muito embora o art. 125, § 2º, tenha fixado somente a possibilidade de instituição de representação de inconstitucionalidade (que corresponderia à ADI), parece-nos perfeitamente que, desde que respeitadas as regras da CF/88, se implementem os demais meios de controle, especialmente a ADO para combater a inércia do Legislativo Estadual.^[22]

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino também entendem possível, com base no princípio da simetria, a criação de ADO, ADC e ADPF no âmbito estadual.^[23]

O Supremo Tribunal Federal, analisando a Constituição do Estado do Maranhão, entendeu admissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão no âmbito dos Estados.^[24]

A título de exemplo, a ADO foi instituída nas Constituições dos Estados de Mato Grosso (art. 126, § Ú), de São Paulo (art. 90) e do Acre (art. 104, § 3º).

Quanto à ação direta de constitucionalidade, Gustavo Fernandes Sales lembra que não há maiores celeumas doutrinárias quanto ao seu cabimento no âmbito estadual, pois a ADI e a ADC possuem caráter dúplice, ou seja, qualquer dos resultados possíveis (constitucionalidade ou inconstitucionalidade) pode ser obtido

em cada uma dessas ações diretas. As Constituições dos Estados de Goiás (art. 60, *caput* e § 6º) e do Piauí (arts. 123, III, "a" e 124) possuem previsão de ADC.[25]

Por outro lado, não é pacífica a possibilidade de criação de ADPF nas Constituições estaduais. Marcelo Novelino [26] entende ser inadmissível tal previsão. Sobre o assunto, Bernardo Gonçalves Fernandes, também defendendo não ser cabível esta ação na Carta Estadual, registra que:

Já no caso da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), entendemos que há necessidade de previsão na Constituição da República Federativa do Brasil para que ela possa ser inserida nas Constituições Estaduais. Certo é que a Constituição da RFB explicita a ADPF, estabelecendo competência apenas ao STF para seu processamento e julgamento. Nesse caso, não está presente o fundamento da duplicidade ou ambivalência (usado para uma possível aceitação da ADC). [27]

Gustavo Fernandes Sales, defendendo a possibilidade de ADPF no âmbito dos Estados-membros, assinala:

Se se pretende privilegiar a autonomia dos Estados-membros no âmbito da Federação, é de se reconhecer a permissão para as Constituições estaduais tratarem de seus próprios preceitos fundamentais. Os que estão estabelecidos na Constituição Federal, em regra, incidirão sobre toda a Federação, e não apenas sobre a União. Nada impede, porém, que esse rol seja ampliado pelo legislador constituinte estadual, em face das peculiaridades da carta local. [28]

Luís Roberto Barroso, Dirley da Cunha Junior e Uadi Lammêgo Bulos são nomes citados por Gustavo Fernandes Sales como defensores da possibilidade de criação de ADPF nas Constituições estaduais.[29]

Há previsão de ADPF nas Constituições dos Estados de Alagoas (Art. 133, IX, "r") e Rio Grande do Norte (art. 71, I, "a").

Em suma, não há maiores celeumas quanto ao estabelecimento de ADC nas Constituições dos Estados, pois a ADI e a ADC possuem caráter ambivalente/dúplice. Não há maiores problemas também na criação de ADO nas Cartas Estaduais, pois isso teria fundamento no princípio da simetria. Há, porém, divergência quanto ao cabimento de ADPF; quem defende o cabimento da referida ação constitucional no âmbito estadual invoca o princípio da simetria e também a autonomia que os

Estados-membros teriam para criar um mecanismo para defender seus próprios preceitos fundamentais em face das peculiaridades locais; quem defende não ser cabível a ADPF nas Cartas Estaduais argumenta principalmente que a Constituição Federal atribuiu competência apenas ao Supremo Tribunal Federal para julgar a ADPF e também que não há o mesmo fundamento da ambivalência usado para justificar a ADC no âmbito estadual.

3.3. Competência

A competência para processar e julgar a “representação de inconstitucionalidade” referida no art. 125, § 2º, da Constituição Federal é do Tribunal de Justiça de cada Estado-membro.

Assim como o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal, o Tribunal de Justiça local é o guardião da Constituição Estadual, de modo que a Suprema Corte é incompetente para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade de leis e/ou atos normativos estadual ou municipais tendo como parâmetro a Carta Magna Estadual.^[30]

3.4. Legitimidade ativa

No âmbito federal, a Constituição de 1988 mencionou expressamente no art. 103, *caput*, quem são os legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Por outro lado, o art. 125, § 2º, da Constituição Federal, que trata do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade no âmbito dos Estados-membros, limitou-se a dizer que é “vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

Diversas Cartas Magnas Estaduais atribuíram legitimidade a órgãos simétricos aos previstos no art. 103, *caput*, da Constituição Federal, contudo, Bernardo Gonçalves Fernandes ensina que, respeitada a regra de que não pode ser atribuída a legitimidade a um único órgão, fica a cargo dos Estados a delimitação dos legitimados, não sendo tais entes federativos obrigados a normatizar de acordo com uma lógica que guarde simetria aos legitimados do art. 103 da Constituição Federal.^[31]

Em reforço a esse posicionamento doutrinário, registre-se que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que Constituição Estadual pode atribuir a Deputado Estadual a legitimidade para a representação de inconstitucionalidade referida no art. 125, § 2º, da Constituição Federal, mesmo não tendo o art. 103 da Lei Maior atribuído

legitimidade a Deputados Federais para as ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. [32]

O Constituinte Estadual, conforme lhe for conveniente, pode optar por um modelo de introversão, em que a legitimidade ativa é atribuída apenas a órgãos dos Poderes Públicos, ou de extroversão, atribuindo-a também a entidades de caráter privado, tais como associações ou entidades de classe. [33]

Assim, nota-se que o Constituinte Estadual possui liberdade para escolher os legitimados ativos para a “representação de inconstitucionalidade” referida no art. 125, § 2º, da Constituição Federal, sendo vedado apenas que atribua a legitimidade a um único órgão.

3.5. Defesa do ato impugnado

No âmbito federal, quando o Supremo Tribunal Federal aprecia a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, o Advogado Geral da União é citado, previamente, para defender o ato ou texto impugnado, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição Federal.

No controle concentrado-abstrato no âmbito dos Estados-membros, em geral as Constituições Estaduais estabelecem que caberá ao Procurador-Geral do Estado defender a norma impugnada perante o Tribunal de Justiça [34], tendo em vista que compete a ele a representação judicial do ente federativo, consoante dispõe o art. 132 da Lei Maior. É o caso, por exemplo, da Constituição do Estado de Mato Grosso (art. 125, § 2º), que prevê que a Procuradoria Geral do Estado deve ser citada, previamente, para defender norma legal ou ato normativo estadual impugnado, ou, quando se tratar de norma legal ou ato normativo municipal, o Procurador Municipal.

Não viola a Constituição Federal, porém, norma da Constituição Estadual que atribui ao Procurador da Assembleia Legislativa, ou, alternativamente, ao Procurador-Geral do Estado, a incumbência de defender a constitucionalidade de ato normativo estadual em controle abstrato de constitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, considerando que não há o dever de simetria com o modelo federal de controle concentrado de constitucionalidade.[35]

3.6. Parâmetro de controle

O art. 125, § 2º, da Constituição Federal estabelece como parâmetro para o controle abstrato de constitucionalidade no âmbito dos Estados-membros as normas da Constituição Estadual, e os atos confrontados em face dela são as leis ou atos normativos municipais ou estaduais.

O parâmetro do controle de constitucionalidade referido no art. 125, § 2º, da Lei Maior não abrange as Leis Orgânicas dos Municípios.[36]

No Distrito Federal, que é regido por Lei Orgânica, conforme dispõe o art. 32 da Constituição Federal, há controle de constitucionalidade concentrado a ser exercido perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.[37]

O art. 8º, I, "n" e "o" da Lei 11.697/2008 prevê expressamente que compete ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica.

Todas as normas da Constituição Estadual funcionam como parâmetro para o controle de constitucionalidade concentrado-abstrato realizado pelos Tribunais de Justiça dos Estados-membros.

Nesse sentido, a lei ou ato normativo estadual ou municipal impugnado por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual pode contrariar a) norma específica da Carta Estadual [38], ou seja, que não encontra repetição na Constituição Federal [39]; b) normas de imitação (ou de mera imitação), que são aquelas normas da Constituição Federal inseridas na Carta Magna dos Estados-membros por opção (liberalidade) do Constituinte Estadual; e c) as normas denominadas de remissivas, que são proposições jurídicas da Constituição Estadual que não regulamentam de forma direta uma matéria em seu texto, mas fazem remissão à Constituição Federal, e, adotando esta via, consideram-se, portanto, aplicáveis; d) normas da Constituição Federal de reprodução obrigatória na Lei Maior do Estado-membro (Normas de reprodução obrigatória), inclusive aquelas que também são de reprodução obrigatória mas não estão previstas expressamente na Carta Magna dos Estados-membros, pois são consideradas implicitamente [40] incorporadas no ordenamento jurídico local.[41]

Nota-se, pois, que todas as normas da Constituição Estadual são parâmetro para a realização do controle de constitucionalidade referido no art. 125, § 2º, da Constituição Federal. A Constituição Federal não pode servir de parâmetro para o controle concentrado-abstrato no âmbito estadual, pois isso somente é possível no Supremo Tribunal Federal. Porém, as normas de reprodução compulsória da Constituição Federal na Carta Magna Estadual, estejam elas inseridas nesta expressa ou implicitamente, são parâmetros para o Tribunal de Justiça local realizar tal forma de controle de constitucionalidade.

Do Recurso Extraordinário nas ações de controle concentrado-abstrato no âmbito estadual

Em regra, não cabe Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal da decisão proferida por Tribunal de Justiça de Estado-membro em controle de constitucionalidade com fundamento no art. 125, § 2º, da Constituição Federal, pois o Tribunal de Justiça é o guardião e intérprete máximo da Constituição Estadual.

Porém, tendo em vista que as Constituições Estaduais possuem normas que reproduzem compulsoriamente preceitos da Constituição Federal, pode ser que eventual lei ou ato normativo estadual ou municipal esteja, no fundo, violando não só a Carta Magna Estadual, mas também a própria Constituição Federal. Nesse caso, a decisão do Tribunal de Justiça poderá ser impugnada via Recurso Extraordinário, possibilitando que o Supremo Tribunal Federal analise sobre a constitucionalidade da lei ou ato normativo estadual ou municipal [42] perante a Constituição Federal. Ter-se-á, assim, um recurso típico do controle difuso de constitucionalidade (pela via incidental) no controle concentrado-abstrato estadual.[43]

Por outro lado, se a norma da Constituição do Estado-membro for repetição da Constituição Federal por vontade do Constituinte Estadual (normas de mera imitação) não será cabível o Recurso Extraordinário [44], da mesma forma que não caberá o mencionado recurso se o parâmetro de controle for norma específica da Constituição Estadual que não encontra repetição na Constituição Federal, pois em ambos os casos tratam-se de normas postas na Constituição Estadual por liberalidade do Constituinte Estadual, no exercício da autonomia que cabe aos Estados-membros.

Vê-se, portanto, que o Tribunal de Justiça de cada Estado-membro possui a palavra final sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos estadual ou municipal perante a Constituição Estadual. Contudo, se o parâmetro de controle for norma da Carta Magna Local que reproduz obrigatoriamente norma da Constituição Federal, contra a decisão do Tribunal de Justiça será cabível a interposição de recurso extraordinário para que o Supremo Tribunal Federal analise em definitivo a compatibilidade do ato impugnado perante a Carta Magna Federal, possuindo tal decisão efeitos *erga omnes, ex tunc* e vinculante.

3.7. Inconstitucionalidade do próprio parâmetro da Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual

A Constituição de cada Estado-membro possui fundamento de validade na Constituição Federal. Assim, é possível que uma norma da Constituição estadual seja incompatível com a Carta Magna Federal. Nesse sentido, poderia ocorrer de o Tribunal de Justiça local, no momento de julgar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, declarar a inconstitucionalidade de norma da Constituição Estadual em face da Constituição Federal?[45]

De acordo com a doutrina, é possível que o Tribunal de Justiça reconheça, ao julgar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, de forma incidental, de ofício ou provocado, a inconstitucionalidade da Constituição Estadual, pois a questão referente à validade do próprio parâmetro usado pelo tribunal é prejudicial ao julgamento do mérito da ação direta [46], e, dessa decisão, é cabível Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.[47]

Note-se que não há que se falar em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal [48], pois o Tribunal de Justiça estadual, ao julgar norma da Constituição Estadual como inconstitucional, não está realizando controle de constitucionalidade concentrado-abstrato em face da Constituição Federal, mas controle difuso de constitucionalidade, para o qual possui competência.

3.8. Concorrência de parâmetros de controle (*simultaneus processus*)

As leis estaduais podem ser impugnadas em sede de controle concentrado-abstrato em âmbito federal, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) proposta perante o Supremo Tribunal Federal, tendo como parâmetro a Carta Magna Federal (art. 102, I, "a"), e também em âmbito estadual, devendo a ação direta ser ajuizada, neste caso, no Tribunal de Justiça do Estado-membro, que terá a Constituição Estadual como parâmetro de fiscalização da constitucionalidade (art. 125, § 2º, da Constituição Federal).

É possível, portanto, que o mesmo objeto (lei estadual) seja analisado sob dois parâmetros de controle de constitucionalidade (Constituição Federal e Constituição do Estado-membro). Se isso acontecer, estar-se-á diante do fenômeno conhecido como "simultaneidade de ações diretas de inconstitucionalidade", também chamado de "*simultaneus processus*".[49]

Nesse sentido, se acontecer o ajuizamento de uma ADI no Tribunal de Justiça Estadual, cujo parâmetro seja uma norma da Constituição Estadual que reproduziu obrigatoriamente norma da Constituição Federal, e, simultaneamente, outra ADI for ajuizada no Supremo Tribunal Federal, sendo o objeto das duas ações diretas uma (mesma) lei estadual, o processo instaurado perante o Tribunal de Justiça deverá ser suspenso até a decisão final da Suprema Corte.[50]

Proferida a decisão final pelo Supremo Tribunal Federal, a depender do resultado do julgamento poderá ocorrer com a ADI ajuizada no Tribunal de Justiça local as seguintes hipóteses: a) se a Corte Suprema declara inconstitucional a lei estadual, esta não produzirá mais efeito no Estado-membro, e a ADI Estadual perderá o seu objeto; e b) se o Pretório Excelso declara a constitucionalidade da lei estadual, o Tribunal de Justiça do Estado-membro poderá prosseguir com o julgamento da

ADI Estadual se a lei impugnada for incompatível com algum preceito próprio da Constituição Estadual.^[51]

Caso o Tribunal de Justiça julgue a ADI de sua competência antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade da lei estadual com base em norma constitucional contida na Carta Magna Estadual que constitua reprodução (obrigatória ou não) de dispositivo da Constituição Federal, subsistirá a jurisdição da Suprema Corte para o controle abstrato de constitucionalidade, que terá por parâmetro de confronto a norma da Constituição Federal reproduzida na Constituição Estadual. Se, porém, o Tribunal de Justiça julgar procedente a ADI com base em dispositivo da Constituição Estadual sem correspondência na Constituição Federal, ficará prejudicado o julgamento da ação direta na Suprema Corte.^[52]

3.9. Objeto

O art. 125, § 2º, da Constituição Federal delimita o objeto do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade no âmbito dos Estados-membros às leis e aos atos normativos estaduais e municipais.

Assim, emendas à Constituição Estadual, Leis Orgânicas Municipais, leis complementares e ordinárias estaduais ou municipais, medidas provisórias editadas pelo Governador ou pelo Prefeito, decretos legislativos e resoluções da Assembleia Legislativa ou das Câmaras Municipais podem ser objeto da representação de inconstitucionalidade referida no art. 125, § 2º, da Constituição Federal.^[53]

Os Tribunais de Justiça Estaduais podem realizar controle de constitucionalidade difuso-incidental de lei ou ato normativo federal, mas o parâmetro nesse caso deve ser a Constituição Federal. A Constituição do Estado-membro não pode ser parâmetro de fiscalização de leis ou atos normativos federais, seja o controle de constitucionalidade concentrado-abstrato ou difuso-incidental.^[54]

Em suma, pode ser objeto do controle de constitucionalidade concentrado-abstrato realizado pelos Tribunais de Justiça dos Estados-membros leis ou atos normativos estadual ou municipal, estando de fora as leis ou atos normativos federais, visto que a Carta Magna Estadual não pode ser parâmetro para o controle de quaisquer espécies normativas emanadas da União.

3.10. Efeitos da decisão

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado-membro nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade produz, sob a perspectiva temporal, efeitos *ex tunc*. Quanto ao aspecto subjetivo, por se tratar de um processo objetivo sem partes

formais, os efeitos da decisão serão *erga omnes* [55]. Quando se tratar de decisão proferida em Recurso Extraordinário interposto contra a decisão do Tribunal de Justiça local em Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual, esta também terá, em regra, efeitos *erga omnes* e *ex tunc*. [56]

Algumas Constituições Estaduais estabelecem que a declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal de Justiça local deverá ser comunicada ao órgão legislativo, para que este faça a suspensão, no todo ou em parte, da lei ou ato impugnado. O Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional essa obrigatoriedade de comunicação à Câmara Municipal ou à Assembleia Legislativa quando a decisão for proferida no controle concentrado [57]. A comunicação ao órgão legislativo até é possível, mas esta deve ser entendida, conforme ensina Clèmerson Merlin Clève [58], como ato de cooperação entre os poderes, para que a publicidade à decisão do Tribunal de Justiça seja mais ampla.

Assim, o que se veda é a comunicação obrigatória ao órgão legislativo para que este adote alguma providência para suspender o ato. A comunicação como um *plus* de publicidade, como um ato de cooperação entre os poderes, é permitida e até recomendável.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo discorrer acerca do controle de constitucionalidade concentrado-abstrato referido no art. 125, § 2º, da Constituição Federal de 1988. Este estudo abordou sobre modalidades de ações, competência, legitimidade, defesa do ato impugnado, objeto, parâmetro e efeitos da decisão no controle concentrado-abstrato de constitucionalidade no âmbito dos Estados-membros da Federação brasileira.

Na Constituição Federal de 1988, foi adotada a expressão “ação direta de inconstitucionalidade” para o controle concentrado-abstrato realizado no âmbito federal, e “representação de inconstitucionalidade” para a mesma ação ajuizada no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados. Quanto às modalidades de ações constitucionais, não há maiores celeumas doutrinárias acerca do cabimento de ações diretas de constitucionalidade e ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, mas há divergência acerca da previsão de arguição de descumprimento de preceito fundamental nas Constituições Estaduais.

Com relação à legitimidade, o art. 125, § 2º, da Constituição Federal se limita a dizer que é vedada a legitimação para agir a um único órgão. Ademais, de acordo com Supremo Tribunal Federal, não há obrigatoriedade de os legitimados guardarem simetria com os órgãos previstos no art. 103, *caput*, da Carta Magna Federal.

As Constituições Estaduais geralmente estabelecem que os Procuradores-Gerais do Estado façam a defesa da norma impugnada, mas não é inconstitucional, segundo o Supremo Tribunal Federal, que tal defesa seja feita por Procurador da Assembleia Legislativa.

Todas as normas da Constituição Estadual são parâmetro para o controle de constitucionalidade referido no art. 125, § 2º, da Constituição Federal, e da decisão do Tribunal de Justiça não é cabível Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, salvo se a norma da Carta Estadual usada como parâmetro reproduziu obrigatoriamente em seu texto norma da Constituição Federal. O objeto de controle são as leis ou atos normativos estadual ou municipal. As leis ou atos normativos federais não podem ser impugnados em face da Constituição Estadual.

O Tribunal de Justiça pode reconhecer a inconstitucionalidade do próprio parâmetro que usaria para realizar o julgamento de uma ADI, quando a norma da Constituição Estadual for incompatível com a Constituição Federal, e nesse caso não há que se falar em usurpação de competência da Suprema Corte, pois o Tribunal local estará realizando simplesmente controle difuso de constitucionalidade.

Em relação às leis estaduais, é possível que estas sejam impugnadas numa ADI no Tribunal de Justiça Estadual e, simultaneamente, em outra ADI no Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, o processo instaurado no Tribunal de Justiça ficará suspenso até a decisão final da Suprema Corte. Saindo a decisão do Pretório Excelso, se a lei estadual for declarada inconstitucional, a ADI Estadual perderá seu objeto; se tiver sido declarada a constitucionalidade da lei impugnada, o Tribunal de Justiça local poderá prosseguir com o julgamento se a lei impugnada for incompatível com algum preceito próprio da Constituição Estadual.

A decisão do Tribunal de Justiça que julga ações constitucionais do controle concentrado-abstrato produz, no aspecto temporal, efeitos *ex tunc*. Com relação ao aspecto subjetivo, os efeitos são *erga omnes*. A comunicação ao órgão legislativo que produziu o ato impugnado não pode ser entendida como imprescindível para que a decisão produza efeitos, mas como um simples ato de cooperação entre os poderes, como um *plus* de publicidade à decisão.

NOTAS

[1] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 157.

[2] NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 94.

[3] MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 979.

[4] *Ibidem*, p. 979.

[5] NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 94.

[6] *Ibidem*, p. 96.

[7] *Ibidem*, p. 96.

[8] *Ibidem*, p. 96.

[9] *Ibidem*, p. 96.

[10] *Ibidem*, p. 96.

[11] *Ibidem*, p. 892.

[12] apud NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 892.

[13] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. - 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 791-92.

[14] *Ibidem*, p. 792-93.

[15] SALES, Gustavo Fernandes. **Controle de Constitucionalidade**. Brasília: Editora CP IURIS, 2020, p. 134.

[16] NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 344.

[17] *Ibidem*, p. 397.

[18] BATISTA, Tatiana dos Santos. **Direito Constitucional (Coleção Carreiras Jurídicas)**. 1ª ed. - Brasília: Editora CP IURIS, 2020, p. 359.

[19] NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 397.

[20] BATISTA, Tatiana dos Santos. **Direito Constitucional (Coleção Carreiras Jurídicas)**. 1ª ed. - Brasília: Editora CP IURIS, 2020, p. 350-51.

[21] NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 415.

[22] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 385.

[23] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. - 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 936.

[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 148.283-4**. Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Maranhão. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Relator: Ministro ILMAR GALVÃO. Brasília/DF, 08 de agosto de 2000. Diário da Justiça, 7 de dezembro de 2000.

[25] SALES, Gustavo Fernandes. **Controle de Constitucionalidade**. Brasília: Editora CP IURIS, 2020, p. 341.

[26] NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 417.

[27] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1984.

[28] SALES, Gustavo Fernandes. **Controle de Constitucionalidade**. Brasília: Editora CP IURIS, 2020, p. 341.

[29] *Ibidem*, p. 341.

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.669-1 Mato Grosso do Sul**. Requerente: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília/DF, 18 de setembro de 1997. Diário da Justiça, 5 de novembro de 1999.

[31] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1973.

[32] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 261.677-O Paraná**. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: José Maria Ferreira. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 06 de abril de 2006. Diário da Justiça, 15 de setembro de 2006.

[33] NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 415.

[34] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. - 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 938.

[35] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 119 Rondônia**. Requerente: Governador do Estado de Rondônia. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília/DF, 19 de fevereiro de 2014.

[36] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 175.087-1 São Paulo**. Recorrente: Procurador Geral da Justiça de São Paulo. Recorrido: Câmara Municipal de São Bernardo do Campo. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília/DF, 19 de março de 2002. Diário da Justiça, 17 de maio de 2002.

[37] NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 96.

[38] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1974.

[39] SALES, Gustavo Fernandes. **Controle de Constitucionalidade**. Brasília: Editora CP IURIS, 2020, p. p 350.

[40] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 598.016 Maranhão**. Agravante: Ministério Público do Estado do Maranhão. Agravado: Município de São José de Ribamar. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília/DF, 20 de outubro de 2009. Diário da Justiça, 12 de novembro de 2009.

[41] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1974-75.

[42] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 383-3 São Paulo**. Reclamante: Município de São Paulo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília/DF, 11 de junho de 1992. Diário da Justiça, 21 de maio de 1993.

[43] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 391.

[44] SALES, Gustavo Fernandes. **Controle de Constitucionalidade**. Brasília: Editora CP IURIS, 2020, p. 345.

[45] *Ibidem*, p. 350.

[46] BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional. Tomo I.** (Coleção Sinopses para Concursos). 2. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2012, p. 529.

[47] MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1643.

[48] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 526-7 São Paulo.** Reclamante: Câmara Municipal de Indaiatuba. Reclamado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília/DF, 11 de novembro de 1996. Diário da Justiça, 04 de abril de 1997.

[49] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 389.

[50] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1423-4 São Paulo (Medida liminar).** Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília/DF, 20 de junho de 1996. Diário da Justiça, 22 de novembro de 1996

[51] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação (AgRRcl) nº 00004253/196.** Agravante: Paulo Edson Amorim Costa. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília/DF, 27 de maio de 1993. Diário da Justiça, 22 de outubro de 1993.

[52] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.659 Amazonas.** Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas e Governador do Estado do Amazonas. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília/DF, 13 de dezembro de 2018.

[53] NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional.** 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, 416.

[54] SALES, Gustavo Fernandes. **Controle de Constitucionalidade.** Brasília: Editora CP IURIS, 2020, p. 351.

[55] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1982.

[56] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 199.281-6 São Paulo**. Recorrente: Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília/DF, 11 de novembro de 1998. Diário da Justiça, 12 de março de 1999.

[57] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 199.293-0 São Paulo**. Recorrente: Município de Santos. Recorrido: Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 19 de maio de 2004. Diário da Justiça, 06 de agosto de 2004.

[58] apud NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 417.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACRE. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Acre**. Rio Branco: Assembleia Legislativa do Estado do Acre, 1989. Disponível em: http://www.al.ac.leg.br/wp-content/uploads/2014/10/constitui%C3%A7%C3%A3o_atualizada.pdf acesso em: 09.01.2021.

ALAGOAS. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de Alagoas**, 1989: promulgada em 5 de outubro de 1989: atualizada até a emenda nº 38/2010 /coordenação de Maria de Fátima Medeiros Tavares. - 3. ed. rev. e ampl. Maceió: Governo do Estado de Alagoas, 2013. Disponível em: <http://www.procuradoria.al.gov.br/legislacao/constituicao-do-estado-de-alagoas/Livro%20da%20Constituicao%20do%20Estado%20de%20Alagoas%20sem%20Capa.pdf/view> acesso em 09.01.2020.

BATISTA, Tatiana dos Santos. **Direito Constitucional** (Coleção Carreiras Jurídicas). 1ª ed. - Brasília: Editora CP IURIS, 2020.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional. Tomo I**. (Coleção Sinopses para Concursos). 2. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 27.01.2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília: Senado Federal,

1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm acesso em 27.01.2021

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 11 de novembro 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal. Acesso em 27.01.2021.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm acesso em 27.01.2021.

BRASIL. Lei nº 11.697, de 13 de junho de 2008. Dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios e revoga as Leis nºs 6.750, de 10 de dezembro de 1979, 8.185, de 14 de maio de 1991, 8.407, de 10 de janeiro de 1992, e 10.801, de 10 de dezembro de 2003, exceto na parte em que instituíram e regularam o funcionamento dos serviços notariais e de registro no Distrito Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de junho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11697.htm acesso em 27.01.2021.

BRASIL. Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. **Diário Oficial da União**, Brasília/DF, 28 de outubro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.063%2C%20DE%2027,direta%20de%20inconstitucionalidade%20por%20omiss%C3%A3o.&text=Art.,12%2DA. acesso em 27.01.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1423-4 São Paulo (Medida liminar)**. Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília/DF, 20 de junho de 1996. **Diário da Justiça**, 22 de novembro de 1996. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385497>
acesso em 16.01.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação (AgRRcl) nº 00004253/196**. Agravante: Paulo Edson Amorim Costa. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília/DF, 27 de maio de 1993. Diário da Justiça, 22 de outubro de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325930>
acesso em 17.01.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.659 Amazonas**. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília/DF, 13 de dezembro de 2018. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749756388>
acesso em 17.01.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 199.293-0 São Paulo**. Recorrente: Município de Santos. Recorrido: Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 19 de maio de 2004. Diário da Justiça, 06 de agosto de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=236601>
acesso em 23.01.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 148.283-4**. Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Maranhão. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Relator: Ministro ILMAR GALVÃO. Brasília/DF, 08 de agosto de 2000. Diário da Justiça, 7 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=210576>
acesso em 27.01.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.669-1 Mato Grosso do Sul**. Requerente: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília/DF, 18 de setembro de 1997. Diário da Justiça, 5 de novembro de 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266719>
acesso em 27.01.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 261.677-O Paraná**. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: José Maria Ferreira. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 06 de abril de 2006. Diário da Justiça, 15 de setembro

de 2006. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258860>
acesso em 27.01.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 119 Rondônia**. Requerente: Governador do Estado de Rondônia. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília/DF, 19 de fevereiro de 2014. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5530505>
acesso em 27.01.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 175.087-1 São Paulo**. Recorrente: Procurador Geral da Justiça de São Paulo. Recorrido: Câmara Municipal de São Bernardo do Campo. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília/DF, 19 de março de 2002. Diário da Justiça, 17 de maio de 2002. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=221409>
acesso em 27.01.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 598.016 Maranhão**. Agravante: Ministério Público do Estado do Maranhão. Agravado: Município de São José de Ribamar. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília/DF, 20 de outubro de 2009. Diário da Justiça, 12 de novembro de 2009. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605701>
acesso em 27.01.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 383-3 São Paulo**. Reclamante: Município de São Paulo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília/DF, 11 de junho de 1992. Diário da Justiça, 21 de maio de 1993. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86809> acesso em: 27.01.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 526-7 São Paulo**. Reclamante: Câmara Municipal de Indaiatuba. Reclamado: Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília/DF, 11 de novembro de 1996. Diário da Justiça, 04 de abril de 1997. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86877> acesso em: 27.01.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 199.281-6 São Paulo**. Recorrente: Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília/DF, 11 de novembro de 1998. Diário da Justiça, 12 de março de 1999. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=236595>
acesso em: 27.01.2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

GOIÁS. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de Goiás**. Goiânia: Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, 2018. Disponível em: https://publicacoes.al.go.leg.br/biblioteca/constituicao_de_goias.pdf acesso em 09.01.2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MATO GROSSO. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de Mato Grosso**. Cuiabá: Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, 1989. Disponível em: <file:///C:/Users/Tiago/Downloads/con-2-1989.pdf> acesso em 09.01.2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

PIAUI. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Piauí**. Texto Revisada e Adequada: constitucional promulgado em 5 de outubro de 1989, com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/91 a 41/2013, revisada e adequada à Constituição da República Federativa do Brasil. Obra organizada por Marcos Patrício Nogueira Lima - Teresina: Escola do Legislativo Prof. Wilson Brandão, 2013. Disponível em: <http://www.cge.pi.gov.br/legis/legislacao/constituicao-do-estado-do-piaui-2013.pdf> acesso em 09.01.2021.

RIO GRANDE DO NORTE. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Rio Grande do Norte**. Natal: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, 1989. Disponível em: <http://www.al.rn.leg.br/portal/ups/legislacao/constituicaoestadual.pdf> acesso em 09.01.2021

SALES, Gustavo Fernandes. **Controle de Constitucionalidade**. Brasília: Editora CP IURIS, 2020.

SÃO PAULO. [Constituição (1989)]. **Constituição Estadual, de 05 de outubro de 1989**. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1989. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html#:~:text=Artigo%205%C2%BA%20%2D%20S%C3%A3o%20Poderes%20do,as%20exce%C3%A7%C3%B5es%20previstas%20nesta%20Constitui%C3%A7%C3%A3o> acesso em 09.01.2021.

A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

MARLON GABRIEL BRITO COELHO:
Bacharelando em Direito pela
Universidade Brasil, UNIVBRASIL.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: O presente artigo faz uma análise da publicidade enganosa e abusiva nas relações de consumo bem como a proteção e defesa do consumidor, perante tais publicidades. A publicidade tem grande impacto social na relação de consumo, destaca-se a importância dessa pesquisa, em razão da vulnerabilidade do consumidor diante do poder de persuasão das mensagens publicitárias. Expõe, ainda, os aspectos da publicidade enganosa e abusiva, quanto aos abusos e danos que geram ao consumidor. O problema levantado corresponde ao modo que o Código de Defesa do Consumidor trata a publicidade enganosa e abusiva em seu diploma normativo. O objetivo desta pesquisa é analisar a regulamentação legal da publicidade em prol dos consumidores, diante da sua vulnerabilidade na relação de consumo. Será analisado direitos básicos do consumidor, conceito de publicidade, distinção de publicidade e oferta, diferença entre publicidade e propaganda. Após, os princípios próprios da publicidade. Em seguida, á análise da regulamentação da publicidade enganosa e abusiva no Código de Defesa do Consumidor. Posteriormente o ônus da prova e a contrapropaganda. Por fim, concluíra-se a pesquisa, refletindo se a autorregulamentação cumpre o seu papel na relação de consumo e se a mesma desenvolve seu compromisso, em consonância com à proteção do consumidor.

Palavras-chave: Publicidade Enganosa. Publicidade Abusiva. Consumidor. Vulnerável.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 DIREITOS SUBSTANCIAIS DO CONSUMIDOR. 2 PUBLICIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. 2.1 Distinção de Oferta e Publicidade. 2.2 Distinção de Propaganda e Publicidade. 3 PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE. 3.1 Princípio da Vinculação. 3.2 Princípio da Transparência. 3.3 Princípio da Identificação. 4 PUBLICIDADE ENGANOSA. 4.1 Publicidade Enganosa por omissão. 5 PUBLICIDADE ABUSIVA. 6 ÔNUS DA PROVA NA COMUNICAÇÃO PUBLICITÁRIA. 7. CONTRAPROPAGANDA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Este artigo versa sobre a publicidade enganosa e abusiva nas relações de consumo e a sua influência ao consumo compulsivo bem como a proteção e defesa do consumidor ante tais modalidades de ilícito.

Na sociedade contemporânea, a publicidade ganhou espaço acentuado. Tornou-se um mercado que movimentava quantias vultuosas, fazendo com que a exigência por cada vez mais investimentos na área fossem de suma importância, seja dos fornecedores, de grandes empresas, de lojas ou demais pontos de vendas comerciais. De qualquer forma, busca-se pela ampliação da visibilidade de sua existência, inclusive do crescimento na captação de maiores números de clientes e consumidores.

O consumo faz parte do nosso dia a dia, consumimos por ser necessário, ou pelo simples fato de desejar algo. A sociedade brasileira tem por cultura estar conectado com a relação de consumo, sendo a publicidade uma técnica de aproximação do produto ou do serviço ao consumidor. Devido ao atual cenário de impressionante avanço tecnológico, nos chega das mais variadas formas de comunicação, seja pelo rádio, televisão, jornais, internet, dentre outros meios, sendo difícil nos dias atuais encontrar pessoas que não tenha tido contato com a publicidade, durante o seu dia, tendo em vista que a publicidade está até em um panfleto relativo à oferta de algum produto ou serviço que ao caminhar pela via recebemos, sendo certo que a publicidade não é apenas informação, pois tem o poder de persuasão, que desperta o desejo de compra.

Posto isto, a publicidade tem grande impacto social na relação de consumo, como meio mais eficaz de atrair o consumidor para o mercado de consumo. Destarte a importância desta pesquisa, em razão da visível suscetibilidade do consumidor em ser manipulado, diante do poder de persuasão das mensagens publicitárias, bem como os abusos e danos que possa sofrer o que tornaria a relação de consumo desequilibrada e o mercado conseqüentemente.

Neste artigo, serão utilizadas as metodologias qualitativa e bibliográfica que solucionarão a problemática deste artigo: Como o Código de Defesa do Consumidor trata a publicidade abusiva e enganosa em seu diploma normativo?

O objetivo desta pesquisa é analisar a regulamentação legal do tema proposto em prol dos consumidores, diante da sua vulnerabilidade na relação de consumo.

Serão abordados, os direitos substanciais dos consumidores, o conceito de publicidade, bem como a distinção entre publicidade, oferta e propaganda. Após serão analisados os princípios próprios da publicidade. Em seguida, a análise da regulamentação da publicidade enganosa e abusiva no Código de Defesa do

Consumidor. Posteriormente, o ônus da prova na comunicação publicitária e a contrapropaganda. Por fim, concluíra-se a pesquisa, refletindo se a autorregulamentação cumpre o seu papel na relação de consumo e se a mesma desenvolve seu compromisso, em consonância com a proteção do consumidor.

1 DIREITOS SUBSTANCIAIS DO CONSUMIDOR

Tais direitos encontram-se elencados nos incisos do artigo. 6º, do Código de Defesa do Consumidor:

Inciso I: “A proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. Neste inciso o legislador ressalta a proteção da vida, saúde e segurança, sendo certo que estes direitos são uns dos mais importantes do consumidor, de modo que é inaceitável qualquer prática no fornecimento de produtos e serviços que lesem estes direitos transcritos.

Inciso II: “A educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”. Na primeira parte deste inciso entende-se que ao fornecedor é imposta a obrigação de elucidar todas as informações advindas do produto ou serviço de modo preciso e de fácil compreensão, de modo que não pode haver omissões de informações necessárias oriunda do produto ou serviço. Já na segunda parte, é assegurado a liberdade na escolha de produtos ou serviços que deseja adquirir, bem como a igualdade nas contratações, ou seja, não pode haver discriminação.

Inciso III: “A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

Neste sentido, manifesta-se a ementa a seguir:

JUIZADO ESPECIAL. CONSUMIDOR. FINANCEIRA. CONCESSÃO DE CRÉDITO. DEFINIÇÃO DE FORNECEDOR DE SERVIÇO (§ 2º ART. 3º, CDC). INTERVENÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE CONTRATAR (ART. 6º, III, IV E V, ART. 30, ART. 35, ART. 39, II, IX E ART. 52, LEI 8.078/90). NATUREZA SOCIAL DO CONTRATO. NEGATIVA ARBITRÁRIA DO CRÉDITO. PRÁTICA ABUSIVA. LEIS DE CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO E ECONOMIA POPULAR. DANO MORAL CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A relação estabelecida entre instituições financeiras e mutuários

é considerada de consumo (súm. 297/STJ). (...) Assim, por força do contido no art. 6º, III, da lei nº. 8.078, os financeiras têm o dever legal de prestar informações claras e adequadas durante as tratativas e no decorrer dos contratos que entabulam. (...) (TJ-DF – ACJ: 20130710037143 DF 0003714-24.2013.8.07.0007, Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, Data de julgamento: 11/02/2014, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação no DJE: 07/03/2014. Pág.: 200).

Inciso IV: “A proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”. O teor deste inciso é proteger o consumidor da publicidade enganosa e abusiva, e regulamentar, que tais publicidades, sejam leais, sejam transparentes e nelas estejam presentes a boa-fé.

Inciso V: “A modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. Este inciso traz a possibilidade de modificar as cláusulas do contrato que estabeleça prestações desproporcionais ou caso haja fatos supervenientes que tornem o contrato excessivamente oneroso que o mesmo seja revisto.

O sistema de consumo é fundamentado na vulnerabilidade do consumidor. É em razão dela que foi editado o CDC, que busca fazer retomar o equilíbrio a essa relação frequentemente desigual entre consumidor e fornecedor. (NETTO, 2015, P. 57).

2. PUBLICIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Ao analisarmos a inserção da publicidade sobre as relações consumeristas, poderemos afirmar que:

A publicidade assumiu enorme importância na vida contemporânea. É um mercado que movimenta quantias vultuosas. Praticamente não existe, dentre as grandes empresas prestadoras de serviço, aquela que possa existir no mercado sem anunciar (NETTO, 2015, p. 299).

Contudo, as publicidades, tem que ser leais, transparentes e de boa-fé, para não causarem danos ao consumidor.

Entende-se que a publicidade, consiste em um conjunto de técnicas cujo intuito é estimular atividades econômicas, com fins de atingir os consumidores-alvos dos fornecedores, das grandes empresas, das lojas e demais pontos de vendas comerciais e incentivá-los a consumir. Desta forma, publicidade tem sentido comercial com fins, de consumo e circulação de riquezas.

A publicidade pode ser conceituada como sendo qualquer forma de transmissão difusa de dados e informações com o intuito de motivar a aquisição de produtos ou serviços no mercado de consumo (TARTUCE; NEVES, 2015, p. 307).

Certo é, que as publicidades têm grande impacto social na relação de consumo. Destaca-se a importância do Código de Defesa do Consumidor salvaguardar os consumidores do poder de persuasão das mensagens publicitárias em razão da sua vulnerabilidade, evitando assim que ocorra abusos e danos que tornem a relação de consumo desequilibrada e o mercado consequente.

2.1. Distinção de Oferta e Publicidade

Oferta e publicidade não se confundem. Ora, considera-se oferta toda informação que, sendo suficientemente precisa, tem condição de aproximar o consumidor ao mercado de consumo, para usufruir de produtos ou serviços. Nesse compasso, segundo a doutrina, a oferta se resumiria em toda manifestação do anunciante ou fornecedor de produtos ou serviços com o intuito de propor sua colaboração no mercado (FILOMENO, 2014). Tais manifestações, a título de exemplo, podem se dar através dos chamados, pela linguagem urbana, "carros de som", da exibição em vitrines dos produtos etc.

Nesse sentido, o art. 429 do Código Civil aduz que: "A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos".

A publicidade, assim, se resume em uma mensagem estratégica, criada de maneira técnica por profissionais da área, cuja veiculação em sofisticados meios de comunicação em massa possui, nas palavras de Filomeno (2014, p. 221), finalidades específicas, quais sejam, "(1) torna um produto ou serviço conhecidos do público-alvo-potencial-consumidor; (2) tentar convencer esse mesmo público a comprar o produto ou serviços anunciados".

2.2. Distinção de Propaganda e Publicidade

Muitas vezes, o termo publicidade é erroneamente associado como sinônimo de propaganda. Contudo, no ponto de vista técnico, ao analisar suas

finalidades e conceitos, reconhecemos que são institutos diferentes e independentes e, apenas por serem utilizados como sinônimos no senso comum, não devem ser confundidos.

Com efeito, a propaganda tem fins ideológico, filosófico, religioso, econômico, social ou político. Já a publicidade tem fins comerciais, ela é remunerada e, por fim identifica a figura do patrocinador, o que não ocorre com frequência com a propaganda (TARTUCE; NEVES, 2015, p. 290).

3. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE

São princípios norteadores da publicidade: o princípio da vinculação, da transparência e da identificação.

3.1. Princípio da Vinculação

O princípio da vinculação está previsto no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, o qual aduz que:

Toda informação ou publicidade, suficientemente veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (PLANALTO, 1990).

Nesse sentido, segundo Filomeno (2014, p. 223): “uma vez veiculada uma oferta, ou então uma mensagem publicitária, o anunciante fica obrigado a contratar com os eventuais consumidores, exatamente pela maneira e condições ofertadas ou anunciadas”.

Dessa forma, a publicidade vincula aquele a quem se destina, de modo a integrar o possível contrato entre os interessados. Assim, o Princípio da Vinculação desaprova qualquer conduta do fornecedor no sentido de negar vantagens anunciadas de seus serviços, através de anúncios publicitários, no ato de firmação do contrato escrito, ficando restrito a todo conteúdo que houver veiculado.

3.2. Princípio da Transparência

Esse princípio encontra-se esculpido no parágrafo único do art. 36, do CDC, o qual prevê que: “O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.

Filomeno (2014, p. 225) leciona que:

Cuida-se de princípio eminentemente ético, e tem por base o dever que é imposto tanto aos anunciantes, como aos seus agentes publicitários e veículos, que, ao transmitirem alguma característica especial sobre determinado produto ou serviço, e caso haja dúvidas a respeito, que a justifiquem cientificamente. Por exemplo: o sabão “x” lava muito mais branco do que o “y” porque contém “z” como princípio ativo.

Percebe-se, assim, que a partir desse princípio há, para o fornecedor, o dever de manter consigo as informações técnicas, científicas e precisas que sustentem a mensagem veiculada. Desse modo, as dúvidas que, por ventura, se debruçam sobre aquilo que é ofertado serão sanadas com o embasamento científico apropriado.

3.3. Princípio da Identificação

O princípio da identificação, está aludido no caput do art. 36, do CDC: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Pode se afirma que:

O CDC exige ainda, em seu art. 36, que a publicidade seja veiculada de modo que o consumidor perceba que está diante de um anúncio publicitário. Há, nas mensagens publicitárias, evidente – e legítimo – interesse em vender o produto ou serviço. São, por isso mesmo, informações encharcadas de parcialidade. O consumidor tem o direito subjetivo de identificar que a mensagem que vê, lê ou ouve é publicitária. (NETTO, 2015, p. 299).

Este princípio garante ao consumidor o direito de saber que está sendo alvo de um anúncio publicitário, ou seja, a publicidade tem que ser de fácil identificação, de modo que o consumidor ao ser alvo da publicidade, tenha o livre-arbítrio para escolher se quer adquirir o produto ou serviço veiculado ou não.

Dessa forma, o consumidor tem direito de perceber com clareza, que está diante de um anúncio publicitário. Publicidades veladas ou escondidas em textos supostamente jornalísticos não são desejadas. Tal princípio veda a publicidade subliminar ou dissimulada. (NETTO, 2015, p.307).

4. PUBLICIDADE ENGANOSA

O Código de Defesa do Consumidor regulamenta a publicidade enganosa e abusiva, proibindo-a expressamente (art. 37, caput). Tal conceito encontra-se contido no art. 37, §1º, do CDC, o qual nos esclarece que:

É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Nessa esteira, é enganosa a publicidade que induz em erro o consumidor, de modo que, se soubesse que aquele produto ou serviço, na verdade a respeito da sua natureza não contém aquelas quantidades, qualidades ou características descritas, causando uma distorção na capacidade decisória do consumidor, sendo certo que o mesmo não adquiriria o produto ou serviço anunciado.

A responsabilidade pela publicidade enganosa é objetiva, ou seja, independe da vontade de enganar, induzir em erro o consumidor, “a informação enganosa é aferida objetivamente, sendo irrelevante a existência, ou não, de dolo do fornecedor” (NETTO, 2015, p. 301).

Com efeito, a responsabilidade pelos danos causados aos consumidores, além de objetiva, também é solidária segundo o art. 34, do CDC: “O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

4.1. Publicidade Enganosa por omissão

Por conseguinte, este modelo de publicidade ilícita encontra-se prevista no art. 37, §3º, que diz: “Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”. Nessa esteira:

Há relação de consumo entre o adquirente de refrigerantes cujas tampinhas contém impressões gráficas que dão direito a concorrer a prêmios e o fornecedor do produto. A ausência de informação sobre a existência de tampinhas com defeito de impressão, capaz de retirar o direito ao prêmio, configura-se como publicidade enganosa por omissão regida pelo Código de Defesa do Consumidor (STJ, REsp. 327.257, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 22/06/04, p. dj 16/11/04).

Por fim, a publicidade enganosa, pode se materializar de forma comissiva, através de uma ação dolo positivo, ou omissiva quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço dolo negativo.

5. PUBLICIDADE ABUSIVA

A publicidade abusiva está prevista no art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor que diz:

É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Não se confunde a publicidade abusiva com a enganosa, pois a enganosa induz o consumidor em erro, enquanto a abusiva é ilícita pelo seu teor ser de abuso de direito capaz de induzir o consumidor a se comporta de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Conforme ensinamento de (FILOMENO, 2014, p. 223):

A publicidade deve ser sóbria, ética. Isto é, não deve conter mensagens preconceituosas, de qualquer natureza, ou então violar os valores mencionados no próprio dispositivo legal retrocolacionado. Note-se que a enumeração dele constante é meramente exemplificativa e não taxativa, já que os valores e costumes variam de acordo com a dinâmica social, bem como com relação ao meio em que as mensagens são veiculadas.

Imagina-se uma publicidade que diz: “O condomínio em que pobre não entra, para divulgar o lançamento de luxuoso condomínio, afastado da cidade” (NETTO, 2015, p. 305). Nesta hipótese, concluiremos que essa publicidade é abusiva, pois ela discrimina a “classe baixa”.

Nessa linha de raciocínio, observamos outra publicidade: “Em lançamento de CD, a gravadora insere, nos materiais publicitários, a frase: “A música que homossexual não houve” (NETTO, 2015, p. 305). Concluímos novamente que está publicidade é abusiva visto que ela discrimina a orientação sexual e identidade de gênero “Homossexual”.

O Código de Defesa do consumidor de forma explícita em seu artigo, 32, §2º, alude a criança, protegendo-a das publicidades abusiva diante da sua vulnerabilidade. Sendo certo que toda publicidade que envolve criança tem que tomar todo o cuidado necessário para não ser abusiva. “Serão abusivas quaisquer publicidades que menosprezem as crianças que não tem condições, ou não podem

ter, aquele produto (“você não é nada se não tiver o tênis x”). (NETTO, 2015, p. 305). É inaceitável tais formas de divulgação de produtos e serviço, por isso o CDC proíbe expressamente todo e qualquer tipo de publicidades abusivas.

Igualmente será abusiva aquela publicidade que possa conduzir a criança a se comportar de forma destrutiva. Temos como exemplo, situação já ocorrida em que a publicidade de um tênis, valendo-se da imagem de conhecida apresentadora infantil, sugere as crianças que destruam seus tênis antigos, tendo como objetivo, fazer com que os pais comprem um novo par de tênis da referida marca.

A expressão “dentre outras” contido no texto de lei, indica que o rol ali exposto é exemplificativo e não taxativo. “Isto é, o interprete, à luz das circunstancias, poderá caracterizar determinada publicidade como abusiva”. (NETTO, 2015, p. 305).

6. ÔNUS DA PROVA NA COMUNICAÇÃO PUBLICITÁRIA

Quanto ao ônus da prova, na comunicação publicitária, ele vem disciplinado no artigo 38, do Código de Defesa do Consumidor que leciona: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. O legislador aqui não tratou sobre a inversão do ônus da prova, mais sim delimitou a regra da distribuição do ônus da prova, em favor do consumidor diante da sua vulnerabilidade, de modo que. “O ônus da prova será sempre do fornecedor, sempre que disser respeito à veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária”. (NETTO, 2015, p.306).

Sendo assim, o ônus da prova, nesta matéria, é do fornecedor, não do consumidor, pois quem faz veicular o anúncio, patrocinando-o, cabe provar que as informações são corretas e verídicas. (NETTO, 2015, p.308).

7. CONTRAPROPAGANDA

Entre as formas de reparar o dano causado pela publicidade enganosa ou abusiva, está contido no Código de Defesa do Consumidor a contrapropaganda. O art. 56, do CDC prescreve: “As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: (...) XII – imposição de contrapropaganda”.

O art. 60, caput, do CDC alude: “A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator. § 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência

e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva”.

Pode se concluir que é possível buscando maior efetividade, a imposição de contrapropaganda. Aliás tal medida, está de acordo com a tendência internacional de buscar a tutela preventiva, ao invés de tudo deixar para tutela repressiva, através das perdas e danos. (NETTO, 2015, p.307).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os fundamentos e análises disposto, podemos compreender os direitos básicos do consumidor, os diversos aspectos da publicidade, e os princípios próprios da publicidade.

Pela análise da regulamentação da publicidade enganosa e abusiva no Código de Defesa do Consumidor, tornou-se possível concluir, que a autorregulamentação cumpre seu papel na relação de consumo e desenvolve seu compromisso em consonância com a proteção do consumidor. Ficou demonstrado que o sistema dá a maior proteção ao consumidor em face do outro lado da relação de consumo, que está presente os fornecedores, obtendo um equilíbrio nas relações de consumo e no mercado consequente.

Quanto ao ônus da prova na comunicação publicitária, o CDC impõe o ônus da prova a quem as patrocina, ficando claro, que a regulamentação equilibra a relação jurídica, em razão da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor na produção de provas.

Por fim, apresentou-se entre as formas de reparar o dano causado pela publicidade enganosa ou abusiva, a imposição de contrapropaganda, sendo uma das formas capaz de desfazer o malefício de tais publicidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. 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/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível do Juizado Especial: ACJ nº 20130710037143 DF nº 0003714-24.2013.8.07.0007. Relator: Luís Gustavo B. de Oliveira, Distrito Federal, 11 de fevereiro de 2014, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, data de publicação no DJE: 07/03/2014. Pág.: 200).

COSTA, D. S. C. da. et al. Direitos Básicos dos Consumidores. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-136/direitos-basicos-dos-consumidores/>>. **Acesso em: 17 ago. 2020**

FILOMENO, José. Geraldo. Brito. Manual de Direito do Consumidor: 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 901 p.

MEDEIROS, F. M.; BATISTA, D. F. D. A Proteção do Código de Defesa do Consumidor Contra a Publicidade Enganosa e Abusiva. Disponível em: <<https://cic.unifio.edu.br/anaisCIC/anais2013/PDF/DIREITO/dir009.pdf>>. **Acesso em: 24 ago. 2020.**

NASCIMENTO, Leandro. Taques. Direito do Consumidor: a propaganda enganosa no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/215>>. **Acesso em: 24 ago. 2020.**

NETTO, Felipe. Peixoto. Braga. Manual de Direito do Consumidor: 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. 551 p.

RODRIGUES, K. R. de. A, L.; SOARES, R. S. Publicidade Enganosa no Código de Defesa do Consumidor: regulamentação e mecanismos de controle. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67630/publicidade-enganosa-no-codigo-de-defesa-do-consumidor-regulamentacao-e-mecanismos-de-controle>>. **Acesso em: 31 ago. 2020.**

SILVA, Bruna. Nayara. Dos. Santos. A Publicidade Enganosa e Abusiva e a Tutela do Consumidor. Disponível em: <<https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/90>>. **Acesso em: 14 set. 2020.**

SPERANZA, Henrique. De. Campos. Gurgel. Publicidade Enganosa e Abusiva. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-104/publicidade-enganosa-e-abusiva/>>. **Acesso em: 21 set. 2020.**

TARTUCE, F.; NEVES, D. A. A. Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual: 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016. 655 p.

ZANROSSO, Franciele. Propaganda Enganosa e Publicidade Abusiva nas Relações de Consumo. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/32447/propaganda-enganosa-e-publicidade-abusivas-relacoes-de-consumo>>. **Acesso em 19 out. 2020.**

NOTAS:

Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Brasil – Campus Fernandópolis. E-mail: marlongabrielbc@gmail.com

Graduado em Direito pela Universidade Camilo Castelo Branco (2008). Especialização em Direito Penal e Processo penal com Capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (2014). Professor do curso de Direito da Universidade Brasil – Campus Fernandópolis. E-mail: gustavo.baldan@hotmail.com

A NECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS HERDEIROS SUCESSÍVEIS NA AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL *POST MORTEM*

GILSON AIRES DE MENEZES JÚNIOR:
Mestrando – IDP. Pós graduado em Direito de Família – Faculdade Damasio. Pós-graduado em Direito Administrativo – IBE/DF. Graduado em Direito. UNIEURO, conclusão em 2008.

RESUMO: O presente trabalho tem como finalidade abordar o a necessidade de citação dos herdeiros sucessíveis na lide que versa sobre o reconhecimento de união estável *post mortem*, além de conceituar o instituto, analisar as fundamentações legislativas, doutrinarias, assim como a divergência jurisprudencial sobre o tema. Nesse interim, a ausência de citação do sucessor gera afronta direta nos direitos da personalidade do *de cuius*, qual seja, seu estado civil, bem como lesa o quinhão hereditário que deverá ser objeto de partilha dos herdeiros no final do processo de inventário. Por conseguinte, o presente artigo jurídico busca esclarecer que a citação dos herdeiros sucessíveis é necessária sob pena de nulidade absoluta.

Palavras-chaves: Ação. União Estável. Post mortem. Citação. Herdeiros. Sucessíveis. Lide.

ABSTRACT: *The present work aims to address the institute of the action of recognition of stable union post mortem, as well as the need to cite successive heirs in the litigation under penalty of absolute nullity, in addition to conceptualizing the institute, analyzing the legislative, doctrinal, and as the jurisprudential divergence on the subject. The absence of a citation from the successor generates direct affront to the rights of the personality of the deceased, that is, his marital status, as well as damages the hereditary share that must be shared by the successors at the end of the inventory process. In this sense, the present legal article seeks to clarify that the quotation of successive.*

Keywords: *Action. Stable Union. Postmortem. Quotation. Heirs. Succesible. Deal.*

INTRODUÇÃO

A Carta Magna de 1988, trouxe em seu artigo 5º, LV, o princípio do contraditório, instituto jurídico que deve ser aplicável nos processos judiciais sob pena de nulidade processual. Nesse sentido, o processo é o meio pelo qual o indivíduo tem a oportunidade de defender o seu direito próprio e também o direito de seus entes queridos, quando já falecidos. No tocante ao direito de defesa em nome de pessoas falecidas, o Artigo 12 do Código Civil em seu parágrafo único prevê

que os herdeiros até o parentesco colateral de 4º grau, podem exercer o direito de defesa no tocante a personalidade daquele que faleceu.

A ação de reconhecimento de união estável *post mortem* reconhece direitos da personalidade, isso é fato, porém, a controvérsia se cinge se é ou não necessário citar os herdeiros do *de cuius* na demanda que objetiva reconhecer a união estável após o falecimento, pois para alguns juízos, a citação na pessoa da inventariante supre a citação dos demais herdeiros.

Data maxima venia, como a ação tutela direitos da personalidade de pessoa falecida que versam sobre direito extrapatrimonial, o ponto de vista defendido no presente trabalho é que a sentença proferida na ação de reconhecimento de união estável *post mortem* só é válida se os parentes sucessíveis do extinto forem citados para compor a relação processual.

Tratando-se de pessoa falecida, a inventariante tem a função peculiar de representar o espólio em matérias meramente econômicas e administrar a herança. Não pode a inventariante tutelar direito extrapatrimonial de quem já faleceu.

Por tal razão, não só na ação de reconhecimento de união estável *post mortem*, como na ação da adoção póstuma e na investigação de paternidade *post mortem*, a parte legítima para figurar no polo passivo da demanda são os sucessores do falecido.

Nesse sentido, somente os herdeiros na defesa dos direitos do *de cuius* poderiam fazer prova no processo sobre a existência ou não da união estável *post mortem*, vez que presenciaram a vida e as eventuais relações familiares do extinto.

Assim, o presente artigo busca discutir a necessidade de citação dos herdeiros sucessíveis na ação de reconhecimento de união estável *post mortem*.

1 DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

Antes de adentrar ao tema, convém trazer uma compreensão sobre o princípio do contraditório e do direito fundamental à prova.

A lei maior, em seu Art. 5º, LV, ressalta que:

Art. 5º (...) LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (Grifo nosso). (BRASIL 1988)

Tamanha é a importância do tema, que até mesmo antes da Constituição Federal de 1988, para que o processo seja justo e a decisão tenha validade e eficácia, a relação processual deveria estar formada em ângulo, ou seja, autor, réu e estado juiz.

Nessa lógica de processo como procedimento em contraditório segundo Amorim (2017), p. 160), que “para a prática de cada ato deve-se permitir a participação das partes em contraditório, sendo justamente essa paridade simétrica de oportunidades de participação a cada etapa do procedimento que o torna um processo”.

Esclarece ainda a doutrina de Gonçalves (2017, p. 62) que “do contraditório resultam duas exigências: a de se dar ciência aos réus, executados e interessados, da existência do processo, e aos litigantes de tudo o que nele se passa; e a de permitir-lhes que se manifestem, que apresentem suas razões, que se oponham a pretensão do adversário”.

Completa ainda Gonçalves (2017, p. 62) que “o juiz tem de ouvir aquilo que os participantes do processo têm a dizer, e, para tanto, é preciso dar-lhe oportunidade de se manifestar e ciência do que se passa, pois, sem tal conhecimento, não terão condições de se manifestar”.

Pelo exposto acima, resta evidente que, sem o contraditório, o processo perde a razão de existir, pois o direito seria reconhecido sem a manifestação das partes, sem formar a relação angular do processo, sem apurar a verdade dos fatos o que consequentemente geraria um julgamento injusto e ilegal pelo Estado Juiz.

A moderna legislação processual civil brasileira não esqueceu de resguardar o contraditório processual, pois coadunando com a constituição, em seu artigo 9º fez dizer que “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, pois o descumprimento de decisão insere no respectivo artigo é apta de gerar nulidade da decisão por ofensa ao princípio do contraditório”. (GONÇALVES, 2017, p. 64)

Pela mesma razão não deverá haver diferença de aplicação do princípio do contraditório, nos processos que tratam de direito de família em sede de ação de reconhecimento de união estável *post mortem*, sendo que se a pessoa é morta, esta não poderá mais fazer sua defesa em nome próprio, restando tal encargo para os sucessores do *de cujus*, principalmente quando a matéria trata de questão de ordem pública, como por exemplo direitos da personalidade.

Excluir os herdeiros de fazer prova, limitando o exercício do direito probatório na ação de reconhecimento de união estável *post mortem* exclusivamente ao

inventariante, frustra o direito probatório dos herdeiros e, conseqüentemente, incide em afronta ao direito fundamental ao contraditório.

Para Chaves e Rosenvald (2017) o direito a prova é também um direito fundamental, e que está previsto em tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro: (i) a convenção americana de direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado pelo Decreto n.678/69, no seu art. 8º; (ii) o Pacto internacional de Direitos Cívicos e Políticos, incorporado pelo decreto n.º 592/92, no seu art. 14.1, alínea “e”. Não custa lembrar que, na forma do §3º do art. 5º da CF/88, após a EC 45/2004, os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do congresso nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Na mesma seara, os herdeiros sucessíveis devem fazer prova na ação de reconhecimento de união estável *post mortem*, até porque sua manifestação é de grande importância para o processo, vez que se não comparecerem na lide por mera nomeação de inventariante, o direito fundamental de fazer prova dos sucessores será liquidado e julgado à revelia destes.

Com o processo julgado à revelia dos herdeiros, estes não poderão requerer provas, produzir provas, participar da produção da prova, se manifestar sobre a prova produzida e, além disso, não poderão influir no julgamento.

Convém ressaltar que foram os herdeiros que conviveram com o falecido até a data da morte, nesta seara, restringir o exercício probatório ao inventariante no processo de união estável *post mortem*, suprime o direito dos herdeiros de exercer o contraditório e seu múnus probatório, acarretando nulidade insanável no processo.

No mesmo sentido, entende Chaves e Rosenvald, (2017) que de pouco valeria ter o direito à produção de um meio de prova, se o juiz pudesse solenemente ignorá-lo. Ocorre que em alguns juízos nacionais, o órgão julgador afasta dos herdeiros a possibilidade de fazer prova nos autos, alegando ilegitimidade dos sucessores e transportando essa incumbência exclusivamente ao inventariante, que muitas vezes não teve convivência com o falecido e nem é herdeiro do *de cuius*.

1.1 Regime de união estável

Preliminarmente, convém citar que a união afetiva, livre e informal sempre existiu, conforme rememora Pereira (2004, p. 36), *in verbis*:

Prima facie, convém um registro da matéria na história geral, para lembrar que uma união afetiva livre, informal, sempre existiu (e sempre existirá). A história, inclusive, revela que, entre diversos

povos da antiguidade, a união entre homem e mulher sem casamento não era algo reprovável, condenável. O jurista Rodrigo da Cunha pereira recorda que “a velha história grega está cravada de concubinatos céleres”.

No Brasil, outra não foi a situação: nunca o relacionamento livre entre homem e mulher foi tratado como crime ou ato ilícito, mas suas consequências se projetavam, tão só, no âmbito do direito das obrigações, afastando do Direito das famílias. (CHAVES, 2017)

No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, equiparou o instituto da união estável entre homem e mulher ao casamento, dispondo em seu parágrafo 3º o seguinte: “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, e, no parágrafo 4º, preceitua que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. (BRASIL, 1988)

Assim, o Código Civil de 2002, nos artigos 1.723, 1.727 e 1.790, indicou as condições necessárias para se configurar a união estável entre homem e mulher, bem como os efeitos patrimoniais que decorrem da ruptura da relação afetiva, quer seja pela vontade das partes ou pela morte de um dos conviventes. Nesse ínterim, convém tecer breves esclarecimentos introdutórios sobre o instituto e os regramentos aqui mencionados. Ressalta-se que, o Código Civil não traz o conceito de família e indica o reconhecimento da união estável. Foi a lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) que definiu família como qualquer relação íntima de afeto. (DIAS, 2017)

Para se configurar a união estável, revela-se necessário o preenchimento dos requisitos elencados no art. 1.723 do Código civil, quais sejam: convivência pública; contínua e duradoura; e com o objetivo de constituição de família.

O que diz o TJDF sobre os requisitos configuradores da união estável:

DIREITO DE FAMÍLIA. DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS. PERÍODO DE CONVIVÊNCIA NÃO COMPROVADO. DOCUMENTAÇÃO E TESTEMUNHAS INSUFICIENTES. SENTENÇA MANTIDA.

1. Nos termos dos artigos 1.723 e 1.724 do Código Civil, a união estável, como entidade familiar, requer publicidade, continuidade, durabilidade, objetivo de constituir família, ausência de impedimento para o casamento e observância dos

deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos.

2. Para que se caracterize união estável é imprescindível prova de convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com objetivo de constituir família.

[...]

5. Apelação conhecida, mas não provida. Unânime. (Acórdão n.1075394, 20150710318242APC, Relator: FÁTIMA RAFAEL 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 07/02/2018, Publicado no DJE: 22/02/2018. Pág.: 165/166). (BRASIL, 2018)

É importante esclarecer que, para o caso se enquadrar em união estável, não resta imperativa a coabitação como requisito para a caracterização da união estável, mas a convivência sob o mesmo teto pode ser um meio de prova do relacionamento.

Assim, inexistindo a coabitação não resta desqualificada a existência da união estável.

Convém trazer ao estudo outro precedente do TJDFT:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. DOCUMENTOS JUNTADO AOS AUTOS. COMPROVAÇÃO DA AFFECTIO MARITALIS. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. ALTERAÇÃO. FIXAÇÃO EM 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. RECURSOS CONHECIDOS. DESPROVIDO DO APELANTE/RÉU E PROVIDO DA AUTORA/APELANTE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. A ação de reconhecimento de união estável é uma ação de estado, isto é, objetiva alterar a situação jurídica dos conviventes, trazendo implicações jurídicas, dentre elas, no regime patrimonial do casal (art. 1.725 do Código Civil). Necessita, assim, de prova cabal que convença o julgador, de forma indene de dúvidas, acerca da situação fática e jurídica alegada.
2. Para a configuração de união estável, é imprescindível a convivência pública, contínua e duradoura entre o casal,

estabelecida com o objetivo de constituição de família, além da ausência de impedimento matrimonial entre os conviventes e da presença da notoriedade de afeições recíprocas e da honorabilidade.

3. Apesar de não constituir requisito caracterizador da união estável, a coabitação ininterrupta é um dado relevante na determinação da intenção de se constituir família, desde que aferida a comunhão de esforços, a posse de estado de casado, entre outros.

[...]

(Acórdão n.1065748, 20160810039707APC, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 29/11/2017, Publicado no DJE: 19/12/2017. Pág.: 331/333). (BRASIL, 2017)

Outro ponto que merece destaque é o fato do legislador não estabelecer lapso temporal para a caracterização da união estável, passando a ser uma incumbência do juízo o reconhecimento caso a caso, independentemente do prazo da duração da união.

Os casos de impedimento para casar elencados pelo parágrafo 1º do artigo 1.723, são as mesmas hipóteses cabíveis para a união estável, ressalvada a hipótese do inciso VI do artigo 1.521, que se refere a pessoa que já é casada, desde que separada de fato ou judicialmente.

Ou seja, nas mesmas hipóteses que é vedado o casamento, é proibida a união estável. (DIAS, 2017)

Já no artigo 1.724 do Código Civil, prenuncia os deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Falar em direitos e deveres na união estável sempre acaba levando a um cotejo com os direitos e deveres do casamento. Chama-se atenção ao fato de inexistir paralelismo entre os direitos assegurados e os direitos impostos a cada uma das entidades familiares. Aos companheiros são estabelecidos deveres de lealdade, respeito e assistência (CC 1.724), enquanto no casamento os deveres são de fidelidade recíproca, vida no domicílio conjugal e mútua assistência (CC 1.566). Em comum há a obrigação de guarda, sustento e educação dos filhos. (DIAS, 2017)

Convém esclarecer que, no caso de contrato escrito com o fito de reger suas relações patrimoniais entre os conviventes, existe liberdade para a elaboração do pacto, assim como o pacto antenupcial, e, se não o fizerem, deverá ser aplicado o artigo 1.725, ou seja, a essas relações patrimoniais aplica-se no que couber o regime da comunhão parcial de bens, regra que é aplicável também ao casamento.

No casamento, os noivos têm a liberdade de escolher o regime de bens (CC 1.658 a 1.688) por meio de pacto antenupcial. Na união estável, os conviventes têm a faculdade de firmar contrato de convivência (CC 1.725), estipulando o que quiserem. Quedando-se em silêncio tanto os noivos (CC 1.640) como os conviventes (CC 1.725), a escolha é feita pela lei: incide o regime de comunhão parcial de bens (CC 1.658 a 1.666). (DIAS, 2017, p. 270)

A conversão só é possível se não existir impedimento para o casamento. Assim, se um dos conviventes é separado de fato, não dá para casar e transformar a união em casamento. (DIAS, 2017)

Finalizando, o artigo 1.727 reafirma que as relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar constituem concubinato, a este não se atribuindo os direitos decorrentes da união estável.

Segundo a jurisprudência e a melhor doutrina, a união homoafetiva também pode se enquadrar como união estável, desde que respeite os requisitos legais do instituto.

1.2 Sucessão do Companheiro na União Estável

O novo Código Civil de 2002 trouxe grandes modificações nas questões referentes à sucessão *causa mortis* nas relações de união estável, tratando a questão em um único artigo e limitando-se a vocação hereditária do convivente ou da convivente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união.

Essa regra não poderia ser afastada, salvo na de elaboração de testamento, onde o convivente supérstite passaria a ser herdeiro de outros bens que não tenham sido adquiridos de forma onerosa na constância da união.

Todas as hipóteses legais de sucessão *causa mortis* do companheiro ou companheira referem-se aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, sendo certo que observar-se-á impositivamente essa regra, vejamos o artigo 1.790 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.(BRASIL, 2002)

Diante do supracitado artigo, verifica-se que o legislador não previu a hipótese de o companheiro ou companheira concorrer com descendentes comuns e exclusivos do *de cujus*, devendo essa lacuna ser preenchida pela jurisprudência no caso concreto.

Porém, o STF sentenciou a inconstitucionalidade do Artigo 1790 do C.C, na análise dos recursos extraordinários de nº 878.694/M e 646.721/RS, equiparando o instituto da união estável ao casamento para fins sucessórios, em uma análise sistêmica ao Art. 226 da constituição federal.

1.3 Espólio e os limites dos poderes do inventariante

O conjunto de bens, direitos e obrigações do *de cujus* pessoa falecida é tido como espólio, incumbe ao inventariante o poder de administrar e representar o espólio, ativa e passivamente, nos termos do inciso I, art. 618 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), *in verbis*. Art. 618. Incumbe ao inventariante: I – representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele.

Nesse mister, ensina o professor Chaves e Rosenvald (2017, p. 552) que:

O espólio é o ente despersonalizado que representa a herança (massa patrimonial, formada pelas relações jurídicas patrimoniais, ativas e passivas, transmitidas pelo falecido), em juízo ou fora dele. O espólio malgrado não tenha personalidade jurídica (não é pessoa jurídica), tem capacidade para praticar atos jurídicos (celebrar contratos ou pagar dívidas, por exemplo, no interesse da herança) e tem legitimidade

processual (pode estar em juízo no polo ativo ou passivo da relação processual).

Com a missão de administrar o espólio, nasce a figura do inventariante, seguindo uma ordem preferencial para sua escolha, conforme dispõe o artigo 617 do CPC (BRASIL, 2015):

Art. 617. O juiz nomeará inventariante na seguinte ordem:

I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;

II - o herdeiro que se achar na posse e na administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou se estes não puderem ser nomeados;

III - qualquer herdeiro, quando nenhum deles estiver na posse e na administração do espólio;

IV - o herdeiro menor, por seu representante legal;

V - o testamenteiro, se lhe tiver sido confiada a administração do espólio ou se toda a herança estiver distribuída em legados;

VI - o cessionário do herdeiro ou do legatário;

VII - o inventariante judicial, se houver;

VIII - pessoa estranha idônea, quando não houver inventariante judicial.

Parágrafo único. O inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de 5 (cinco) dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhar a função.

É importante esclarecer que o juiz não fica preso nessa ordem de nomeação, pois a ordem é somente preferencial. O juiz deve analisar cada caso concreto e nomear aquele que tem maior aptidão para exercer o cargo de inventariante.

Nesse sentido, segue a jurisprudência do TJDF:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NOMEAÇÃO DE INVENTARIANTE. ORDEM LEGAL. CARÁTER NÃO ABSOLUTO. CONVICÇÃO DO JUÍZO A PARTIR DOS ELEMENTOS FÁTICOS DO PROCESSO.

1. O inventariante exerce função de auxiliar do juízo no curso do inventário em face da necessidade de administração temporária do patrimônio.

2. A ordem de nomeação contida no art. 990 do Código de Processo Civil não é absoluta, o que significa dizer que o magistrado tanto pode nomear quanto destituir inventariante quando verificar fundadas razões para desconsiderá-la.

3. A nomeação de um dos legitimados pelo art. 990 do Código de Processo Civil ao encargo de inventariante não traz dano aos demais herdeiros, mormente em se considerando que a atuação dele se dá mediante compromisso e prestação de contas.

4. Recurso não provido. (Acórdão n.734531, 20130020219257AGI, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 06/11/2013, Publicado no DJE: 22/11/2013. Pág.: 85) (Grifo nosso) (BRASSIL, 2013)

Após ser nomeado o inventariante, a esse compete apenas a representação do espólio para ações de cunho econômico, se a ação não é de cunho meramente patrimonial, falta a legitimidade do inventariante para representar os herdeiros na demanda, pois o encargo é exclusivo para administrar temporariamente o patrimônio.

Na mesma toada é o que ensina Chaves (2017, p. 559):

De qualquer modo, que, em se tratando de representação processual da herança, somente terá legitimidade (ativa e passiva) para as ações de conteúdo econômico aforadas contra o falecido. Assim, o espólio pode promover e pode ser acionado em ações de cobrança, executórias, monitórias, possessórias, dentre outras. Todavia, em se tratando de demanda que verse sobre direitos existenciais do falecido, faltará legitimidade (ativa e passiva) ao espólio – uma vez que, repita-se a exaustão, representa a herança.

É de notória importância diferenciar se a matéria é de cunho meramente pecuniário ou se a demanda tem influência em direitos existenciais do falecido, como é o caso do reconhecimento de união estável *post mortem*, ação que altera o estado

civil do *de cuius* e, além disso, atinge os quinhões hereditários dos herdeiros sucessíveis.

Chaves (2017, p. 559) indica que “por conseguinte, não será citado o inventariante. Nesse caso, a legitimidade recairá sobre os sucessores do morto”.

1.4 Do direito de citação do herdeiro como litisconsorte passivo

Não formado o litisconsorte necessário, imperioso que anule o processo e ordene a citação dos demais litisconsortes, vez que possuem interesse no desenrolar da causa.

Na mesma linha, é como soa o fiel testemunho da obra denominada “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor” (NEGRÃO, 2013, p. 187), “Caracterizado o litisconsórcio necessário, impõe-se ao Tribunal anular o processo *'ab initio'* e ordenar a citação dos litisconsortes, mesmo de ofício” (RSTJ 89/132).

Por se tratar de nulidade absoluta, a anulação dos autos pode ser manifesta de ofício pelo juízo, independentemente de requerimento de qualquer das partes.

Nesse sentido: “Determinação, *'ex officio'*, de que o autor promova a citação do litisconsorte passivo necessário. Possibilidade. Art. 47 do CPC. Norma de caráter de ordem pública”. (STJ-1ª Seção, AR 4.429, Min. Benedito Gonçalves, j. 14.12.11, DJ 1.2.12) (STJ, 2011)

O TJDF já se manifestou acerca da necessária citação do litisconsorte passivo em sede de união estável *post mortem*:

CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. EXISTÊNCIA DE PESSOA QUE ALEGA TER ESTABELECIDO ENTIDADE FAMILIAR COM O DE CUJUS EM PERÍODO CONCOMITANTE AO REQUERIDO PELA AUTORA. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA. IMPOSSIBILIDADE. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. FORMAÇÃO OBRIGATÓRIA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA OUTRA HIPOTÉTICA COMPANHEIRA. VIOLAÇÃO DO ART. 47 DO CPC. VERIFICAÇÃO. ERROR IN PROCEDENDO. NULIDADE PROCESSUAL. PRELIMINAR SUSCITADA EX OFFICIO ACOLHIDA. SENTENÇA CASSADA.

1. O art. 47 do CPC dispõe que o litisconsórcio necessário pode advir de expressa disposição legal ou da natureza incidível da relação jurídica em debate, sendo, portanto,

de formação obrigatória, sendo que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no feito. Destarte, torna-se imprescindível a citação do litisconsorte necessário no processo, sob pena de contaminar a r. sentença a ser proferida com um vício gravíssimo.

2. Acerca da formação das entidades familiares e dos seus respectivos efeitos jurídicos, o ordenamento jurídico pátrio adotou o Princípio da Monogamia. Isto é, em regra, veda-se o estabelecimento concomitante de dois núcleos familiares diversos pela mesma pessoa.

3. *Incasu*, reputo necessária a citação da outra hipotética companheira do falecido, uma vez que há notícia de que esta também reclamaria o estabelecimento de uma união estável com o extinto em período parcialmente coincidente ao requerido na presente demanda, tanto que buscou uma tutela judicial para a qual vindica, incidentalmente, o reconhecimento desse relacionamento, tratando-se assim de litisconsórcio passivo necessário, impondo-se que a decisão final seja proferida de modo uniforme entre as referidas postulantes.

4. Admite-se a alteração subjetiva do processo, de ofício, para nele se incluir um outro réu, independentemente da anuência das partes, quando se tratar de hipótese de litisconsórcio necessário, ainda quando já feitas as citações dos réus e apresentadas as respectivas contestações.

5. A ausência de citação do litisconsorte necessário - a outra suposta companheira do falecido - importa em error in procedendo, o que, na espécie, além da cassação da sentença prolatada, enseja a declaração de nulidade do processo desde sua fase postulatória a fim de que a falha seja devidamente corrigida, considerando que o prejuízo à defesa da referida litisconsorte é manifesto.

6. PRELIMINAR SUSCITADA EX OFFICIO ACOLHIDA. SENTENÇA CASSADA. (Acórdão n.900175, 20120310309974APC, Relator: ALFEU MACHADO, Revisor: ROMULO DE ARAUJO MENDES, 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 14/10/2015, Publicado no DJE: 26/10/2015. Pág.: 260) (BRASIL, 2015)

No caso supra, o Tribunal entendeu necessária a citação da outra hipotética companheira do falecido, vez que se fosse reconhecida a união estável *post mortem* da referida companheira, no caso de êxito da ação, a referida sentença seria capaz de gerar efeitos sucessórios a mesma, portanto resta necessária a sua citação nos autos.

Ante a ausência de citação e intimação dos herdeiros sucessíveis nas ações, haverá evidente cerceamento de defesa por parte do autor(a) da demanda, tornando o processo nulo, nos termos do art. 115 e 239 do CPC (BRASIL, 2015), o processo, *in verbis*:

Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo; Art. 239. Para a validade do processo é indispensável a citação do réu ou do executado, ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido.

A ausência de citação frustra a validade do processo e inviabiliza a defesa dos herdeiros e interessados, não podendo, portanto, perdurar uma sentença prolatada em sede de um processo com uma nulidade insanável.

Caso isso aconteça, estaremos diante de uma sentença ilegal, ilícita e inconstitucional, que cerceou o direito de defesa de nítidos interessados processuais.

O artigo 281 do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) dispõe que: Art. 281. Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam, todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.

Convém trazer ao estudo, o ponto referente a inconstitucionalidade da decisão que declara a união estável *post mortem* sem a presença dos herdeiros, cabe citar no presente caso que o princípio do contraditório é inerente ao direito de defesa, se uma parte alega alguma coisa em desfavor de outra, essa tem direito a "rebater" as alegações e sendo o caso provar a veracidade dos fatos com provas juntadas aos autos, tal direito está expresso na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LV (BRASIL, 1988), se tratando de cláusula pétrea:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;(..."
(Grifo nosso). (BRASIL, 1988)

Assim, não restam dúvidas de que o processo deverá ser anulado diante da ausência do contraditório em face dos herdeiros sucessíveis de pessoa falecida que, muitas das vezes, nem souberam da existência da ação.

1.5 Da lesão ao direito da personalidade da pessoa falecida

Após as considerações manejadas sobre o tema, um assunto base e que é de fundamental importância é a necessidade de citação dos herdeiros para exercer o direito de defesa no tocante aos direitos da personalidade da pessoa falecida. Como sabido, a personalidade civil em cada indivíduo se expressa na forma de três atributos essenciais: nome, estado civil, domicílio.

No caso, tem-se a discussão do estado civil, que é o elemento que distingue a situação jurídica de cada pessoa, delimitando suas relações familiares.

Nesse sentido, imprescindível confirmar que o direito de personalidade da pessoa se extingue junto com seu titular, e não é transferido imediatamente aos sucessores como ocorre com a herança.

Na verdade, os direitos da personalidade de pessoa falecida não são dotados de carga patrimonial, motivo pelo, conforme exaustivamente explanado, o inventariante não tem legitimidade para obter tutela frente aos direitos de personalidade do extinto.

Cabe ao inventariante tutelar apenas as questões afetas ao patrimônio e administração da herança, na qual não se inserem os direitos da personalidade. Na mesma toada é a jurisprudência do TJDF:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. **AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM.** PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO. REJEIÇÃO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. REJEIÇÃO. NULIDADE DO PROCESSO ARGUIDA DE OFÍCIO. FALTA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. ACOLHIMENTO.

1. Tendo em vista que o recurso de apelação da parte ré foi interposto dentro do prazo previsto no art. 508 do CPC/1973, tem-se por incabível o acolhimento da preliminar de intempestividade arguida em contrarrazões.

2. Tratando-se de Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável post mortem, os filhos são legitimados para proteger os direitos da personalidade do de cujus, a teor do que dispõe o artigo 12, parágrafo único, do Código Civil.

3. Evidenciado do acervo probatório constante dos autos que o de cujus mantinha união estável com outra companheira, a qual figura como beneficiária de pensão por morte perante o INSS, tem-se por configurada a sua condição de litisconsorte passiva necessária, o que torna impositiva a sua citação para integrar o polo passivo da Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável proposta por pessoa com a qual o falecido teria mantido concomitante relacionamento amoroso.

4. Preliminares de intempestividade do recurso e de ilegitimidade passiva ad causam rejeitadas. Preliminar de nulidade do processo suscitada de ofício acolhida. Recurso de apelação julgado prejudicado. (Acórdão n.1001455, 20141110055890APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 22/02/2017, Publicado no DJE: 20/03/2017. Pág.: 387-421) (BRASIL 2017)

Por essa razão, os direitos da personalidade do *de cujus* são tutelados por seus próprios sucessores e herdeiros, direito que se estende até os herdeiros colaterais de quarto grau, conforme dispõe o art. 12 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002), *in verbis*:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a **direito da personalidade**, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. (Grifo nosso)

Nesse sentido, considerando que o reconhecimento de união estável *post mortem* gera direitos inerentes a personalidade da pessoa falecida, alterando o seu

estado civil, resta claro que é necessária a citação dos herdeiros sucessíveis no processo, sob pena de nulidade absoluta imprescritível por ausência de citação.

Assim sendo, os herdeiros (inclusive os colaterais até o quarto grau), podem ser considerados como “lesados indiretos” ante a ameaça ou lesão ao direito, como explicam Chaves e Rosenvald (2012, p. 198):

“(...) é um direito reconhecido às pessoas vivas de ter salvaguardada a personalidade dos seus parentes (e do cônjuge ou companheiro) falecidos, sob pena de afronta à sua própria personalidade. [...] Bem por isso, os lesados indiretos atuam em nome próprio, defendendo um interesse próprio, consistente na defesa da personalidade de seus parentes (ou de seu cônjuge ou companheiro) falecidos. Agem, pois, por legitimidade ordinária, autônoma, e não em substituição processual.”

A verdade é que a única oportunidade dos herdeiros defenderem o direito da personalidade referente ao estado civil da pessoa falecida, seria nos próprios autos da ação que reconheceu união estável *post mortem*.

Portanto, caso haja sentença com trânsito em julgado que exclua os herdeiros, mesmo que colaterais até o quarto grau, quando ausentes herdeiros de grau mais próximo, estaremos diante de uma nulidade absoluta que contamina todo o processo, passível de ação de nulidade de sentença, por ausência de citação “*querela nullitatis*”.

É de notório conhecimento de toda doutrina, bem como da jurisprudência, que para haver o curso regular do processo, se faz necessário o respeito à legislação aplicável bem como os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, com o falecimento, não é só a propriedade, no sentido estrito, que é transmitida aos herdeiros, mas também todos os direitos, pretensões, ações, exceções, de que era titular a de *cujus*, se transferem.

A partir desse pressuposto, vislumbro que o Artigo 12 do Código civil deixou claro a legitimidade dos herdeiros no tocante a defesa de direitos da personalidade da pessoa falecida.

1.6 Meio de impugnação da sentença nula por ausência de citação dos herdeiros sucessíveis na ação de união estável *post mortem*

Com a contaminação da decisão que não aperfeiçoou a relação processual, não há que se falar em trânsito em julgado da sentença, vez que o processo correu à revelia da parte.

Segundo Didier Jr (2017, p. 632), em sua obra "Curso de Direito Processual Civil", relata que:

"a querela nulitatis é o meio de impugnação de decisão maculada por vício transrescisório, que subsistem quando: a) a decisão for proferida em desfavor do réu em processo que correu à sua revelia por falta de citação; b) decisão for proferida em desfavor do réu em processo que correu a sua revelia por ser defeituosa a citação"

No mesmo sentido, Didier Jr (2017, p. 632), ensina o seguinte:

No direito processual civil brasileiro, há, porém, duas hipóteses em que uma decisão judicial existente pode ser invalidada após o prazo da ação rescisória. **É o caso da decisão proferida em desfavor do réu, em processo que correu à sua revelia, quer porque não fora citado**, quer porque o fora de maneira defeituosa (art. 475-L, I, e art. 741, I, CPC). **Nesses casos, a decisão judicial está contaminada por vícios transrescisórios.**

(...) **O meio de impugnação previsto para tais decisões é a ação de nulidade denominada *querela nulitatis***, que se distingue da ação rescisória não só pela hipótese de cabimento, mais restrita, **como também por ser imprescritível e dever ser proposta perante o juízo que proferiu a decisão** (e não necessariamente em tribunal, como é caso da ação rescisória). Ambas, porém, são ações constitutivas. (Grifo nosso)

Trata-se de ação devidamente reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio. Nessa linha, a jurisprudência ensina que é favorável a interposição de ação anulatória de *querela nulitatis* para desconstituir uma sentença viciada por ausência de citação. Por oportuno, cita-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. QUERELA NULLITATIS. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. NULIDADE RECONHECIDA. IRRESIGNAÇÃO. PRETENSÃO DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO AFASTADA. PRELIMINARES ACERTADAMENTE

REJEITADAS. CITAÇÃO POR EDITAL. RÉU CONHECIDO. INVIABILIDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 83/STJ. QUALIDADE DE HERDEIROS RECONHECIDA COM BASE NAS PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A ação anulatória (querela nullitatis) é o meio adequado para buscar a anulação de atos processuais praticados em feito no qual aquele que, necessariamente, deveria figurar no polo passivo da demanda não foi citado para integrar a lide, não prevalecendo, quanto a terceiros, a imutabilidade da coisa julgada.

[...]

4. Agravo regimental desprovido.

(Processo AgRg no Resp 1233641/MG, julgado em 23/09/2014 e publicado no diário de Justiça dia 30/09/2014) (Grifo nosso) (BRASIL, 2014)

No caso supra, temos uma situação análoga ao tratado na ação de reconhecimento de união estável post *mortem* que correu à revelia dos herdeiros, visto se tratar de ação em que todos os herdeiros sucessíveis deveriam figurar no polo passivo da demanda, sob pena de nulidade do título judicial.

Importante deixar exposto que a *querela nullitatis* não discute o mérito das ações de reconhecimento de união estável post *mortem*, nem mesmo se a sentença proferida é justa ou injusta, mas tão somente questiona a nulidade de todos os atos processuais os quais deveria participar os herdeiros.

Assim não está em pauta eventual *error in iudicando*, que consiste no ato pelo qual o juiz se equivoca quanto a apreciação da demanda, seja por mal interpretação da lei ou aplicação inadequada no caso concreto, e sim do *error in procedendo* que é o erro de forma, quando o magistrado deixa de observar os requisitos formais necessários para prática do ato, culminando em um decisório nulo.

Vale ainda ressaltar para o presente caso que, não se cogita a possibilidade de aproveitamento de atos processuais, já que não estamos falando em anulabilidade onde se é passível o aproveitamento pelo princípio da instrumentalidade das formas.

Além disso, convém esclarecer que o STJ já admitiu nulidade por ausência de citação por simples petição nos autos que se busca a desconstituição da sentença, vejamos o RESP 1105944, precedente julgado pela Segunda Turma de relatoria do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES:

PROCESSUAL CIVIL. **AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS. REJEIÇÃO. CITAÇÃO DOS LITISCONSORTES. AUSÊNCIA. HIPÓTESE DE QUERELLA NULLITATIS. ARGÜIÇÃO POR SIMPLES PETIÇÃO. POSSIBILIDADE.**

[...]

4. No caso específico dos autos, em que **a ação tramitou sem que houvesse citação válida do litisconsórcio passivo necessário, não se formou a relação processual em ângulo.** Há, assim, vício que atinge a eficácia do processo em relação ao réu e a validade dos atos processuais subsequentes, por afrontar o princípio do contraditório. Em virtude disto, aquela decisão que transitou em julgado não atinge aquele réu que não integrou o polo passivo da ação. **Por tal razão, a nulidade por falta de citação poderá ser suscitada por meio de ação declaratória de inexistência por falta de citação, denominada querela nullitatis, ou, ainda, por simples petição nos autos, como no caso dos autos.**

5. Recurso especial provido. (Grifo nosso) (BRASIL, 2011)

Portanto, caso a parte esteja diante de uma sentença, que transitou em julgado, sem a formação da relação processual em ângulo, ou com apenas a habilitação da inventariante no feito, o título judicial deverá ser atacado por ação de nulidade de sentença (*querela nullitatis*), na forma do nos Artigos 525, § 1º, I, e art. 535, I, CPC, ou por simples petição nos autos, conforme precedente do S.T.J.

A nulidade absoluta, portanto, diz respeito às situações em que a forma do ato processual busca preservar algo superior ao interesse das partes. Busca-se preservar interesses de ordem pública, tratando-se a garantia do cumprimento das formas legais de verdadeira garantia de preservação de interesse público da justiça e da boa atuação jurisdicional. (Superior Tribunal de Justiça, Processo Resp 1105944/SC, julgado em

14/12/2010 e publicado no diário de Justiça dia 08/02/2011.)
(BRASIL, 2011)

Convém esclarecer que, caso o juízo identifique que o processo correu à revelia dos herdeiros na ação declaratória de união estável post mortem, o magistrado pode e tem o dever de declarar a nulidade *ex officio*. Ressalta-se que a nulidade absoluta não se convalida com o tempo, é imprescritível.

1.7 Da divergência jurisprudencial sobre o tema

Atualmente, existe uma divergência ao tratar sobre tema, se é necessário ou não a citação dos herdeiros na ação de união estável *post mortem*.

Alguns expoentes sobre o assunto, vêm se manifestando sobre o tema, Dias (2017, p. 279) que esclarece:

(...) “falecido o companheiro, os legitimados para figurar na demanda, quer no polo ativo, quer no polo passivo, são os herdeiros, e não o espólio representado pela inventariante (CPC 75 VII). Como os reflexos do processo não são exclusivamente de ordem patrimonial, imperiosa a presença dos sucessores em nome próprio”.

Nesse mister, segue jurisprudência exarada pelo Tribunal de justiça do Distrito federal e Territórios, no processo 20120111079253APC, acórdão de número 713508, da Primeira Turma Cível, de relatoria do desembargador Flavio Rostirola, que confirma o entendimento proposto do presente estudo, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE HERDEIRA NECESSÁRIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

1. O artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, determina o julgamento antecipado da lide, no caso de não haver necessidade de produção de prova oral ou pericial. Nesse passo, entendendo o magistrado que a diligência requerida é inútil ou meramente protelatória, deve indeferi-la em homenagem à celeridade processual, elevada a direito fundamental pela Emenda Constitucional nº 45.

2. Por força do princípio do contraditório e da ampla defesa, na ação declaratória de união estável post mortem faz-se imprescindível a participação de todos que, no âmbito familiar, tenham interesse direto no reconhecimento ou não da existência da relação jurídica.

3. Necessária a citação de todos os herdeiros certos do falecido, em litisconsórcio necessário, de modo que a ausência injustificada de participação de qualquer dos herdeiros, macula todo o processo com o vício insanável de nulidade.

4. Nas causas em que não houver condenação, impõe-se a observância do disposto no § 4º, do artigo 20, do Código de Processo Civil. Segundo a norma em comento, os honorários sucumbenciais devem ser arbitrados de acordo com apreciação equitativa do magistrado, atendidos os parâmetros das alíneas do § 3º do mesmo dispositivo legal.

5. Agravo retido e apelo não providos. (Acórdão n.713508, 20120111079253APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: TEÓFILO CAETANO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/09/2013, Publicado no DJE: 23/09/2013. Pág.: 87) (Grifo nosso) (BRASIL, 2013)

Verifica-se no julgado que os herdeiros devem figurar no polo passivo da demanda que discute o reconhecimento de união estável *post mortem*, pois por força do princípio do contraditório e da ampla defesa, na ação declaratória de união estável post mortem faz-se imprescindível a participação de todos que, no âmbito familiar, tenham interesse direto no reconhecimento ou não da existência da relação jurídica.

Ou seja, é necessária a citação de todos os herdeiros certos do falecido, em litisconsórcio necessário, de modo que a ausência injustificada de participação de qualquer dos herdeiros, macula todo o processo com o vício insanável de nulidade. *Ou seja*, o direito de ser citado é de compor a lide é dos herdeiros e não o espólio na pessoa do inventariante.

Na mesma linha, segue outro precedente do TJDF:

ACÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. AGRAVO RETIDO. LEGITIMIDADE PASSIVA. HERDEIROS. IMPEDIMENTO PARA O CASAMENTO.

EXCEPCIONALIDADE. REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL.

1. Na ação de reconhecimento e dissolução de união estável "post mortem" os herdeiros tem legitimidade passiva para responder a demanda.

[...]

4. Agravo retido desprovido. Apelação da autora e recurso adesivo dos réus desprovidos. (Acórdão n. 716252, 20080110373960APC, Relator: ANTONINHO LOPES, Revisor: CRUZ MACEDO, **4ª Turma Cível**, Data de Julgamento: 10/04/2013, Publicado no DJE: 02/10/2013. Pág.: 161). (BRASIL, 2013)

Em que pese o entendimento supra, a primeira turma já divergiu sobre o assunto, esclarecendo que a citação deve ser realizada na pessoa do inventariante e que é desnecessária a citação dos demais herdeiros para compor o polo passivo da demanda, o que diz o julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. **AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL "POST MORTEM"**. CONCOMITANTE INVENTÁRIO EM CURSO. INCLUSÃO DO ESPÓLIO NO POLO PASSIVO DA AÇÃO. AUTORA DA AÇÃO OSTENTA CONDIÇÃO DE INVENTARIANTE DO ESPÓLIO NA AÇÃO DE INVENTÁRIO. COLIDÊNCIA DE INTERESSES. NOMEAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA CURADORA ESPECIAL DO ESPÓLIO. POSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1 - Do teor do disposto no art. 12, V, do CPC, deflui-se que o espólio é parte legítima para figurar na de reconhecimento de união estável post mortem, uma vez que esta visa garantir os direitos relativos à herança, até que a partilha seja efetivada.

2 - "O art. 12 do CPC atribui ao espólio capacidade processual, tanto ativa, como passiva, de modo é em face dele que devem ser propostas as ações que originariamente se dirigiriam contra o "de cujus". (REsp 1080614/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 21/09/2009).

[...]

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE IN (Acórdão n.783043, 20130020257126AGI, Relator: ALFEU MACHADO 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30/04/2014, Publicado no DJE: 09/05/2014. Pág.: 84) (BRASIL, 2014)

Em que pese a jurisprudência supra, entendo que o julgado se contrapõe ao entendimento jurisprudencial nacional, doutrinário e a inteligência que defende este estudo. Com o falecimento da pessoa, um reconhecimento de vínculo afetivo *post mortem* tem o intuito de declarar direitos extrapatrimoniais que não competem ao inventariante sua proteção.

O reconhecimento de união estável *post mortem* atinge os direitos inerentes a personalidade da pessoa falecida, quais sejam, a alteração do estado civil do *de cujus* após o falecimento.

Como se não bastasse, o reconhecimento da união estável *post mortem* pode lesionar o patrimônio de possíveis herdeiros, que serão objeto de partilha ao final do processo de inventário.

Para reafirma a tese, convém trazer outro julgado, da mesma 1ª turma cível do TJDF que pronunciou divergência, que ratifica a necessidade de citação dos herdeiros sucessíveis:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO. REJEIÇÃO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. REJEIÇÃO. NULIDADE DO PROCESSO ARGUIDA DE OFÍCIO. FALTA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. ACOLHIMENTO.

1. Tendo em vista que o recurso de apelação da parte ré foi interposto dentro do prazo previsto no art. 508 do CPC/1973, tem-se por incabível o acolhimento da preliminar de intempestividade arguida em contrarrazões.

2. Tratando-se de Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável *post mortem*, os filhos são legitimados para proteger os direitos da personalidade do *de cujus*, a teor do que dispõe o artigo 12, parágrafo único, do Código Civil.

3. Evidenciado do acervo probatório constante dos autos que o de cujus mantinha união estável com outra companheira, a qual figura como beneficiária de pensão por morte perante o INSS, tem-se por configurada a sua condição de litisconsorte passiva necessária, o que torna impositiva a sua citação para integrar o polo passivo da Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável proposta por pessoa com a qual o falecido teria mantido concomitante relacionamento amoroso.

4. Preliminares de intempestividade do recurso e de ilegitimidade passiva ad causam rejeitadas. Preliminar de nulidade do processo suscitada de ofício acolhida. Recurso de apelação julgado prejudicado. (Acórdão n.1001455, 20141110055890APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 22/02/2017, Publicado no DJE: 20/03/2017. Pág.: 387-421). (BRASIL, 2017)

CONCLUSÃO

Desta forma, considera-se que o presente estudo alcançou satisfatoriamente o objetivo proposto, na medida em que, embora discordando de parte da jurisprudência, chegou a uma conclusão acerca das características da união estável post mortem, seus efeitos e consequências.

Para alcançar o objetivo, o estudo partiu da análise conceitual da união estável, explicado a legislação vigente bem como as características do instituto jurídico.

Adentrando ao tema, expos ao leitor uma análise do artigo 12 do código civil sob um prisma constitucional, além de ressaltar o dever do magistrado de declarar o nulo o processo que é eivado de nulidade absoluta.

Após delimitada a abrangência da matéria e da jurisprudencial sobre o assunto, o estudo ressaltou o direito de citação do herdeiro como litisconsorte passivo, sob pena de ver prejudicado o seu decorrente quinhão hereditário que deverá ser partilhado nos autos do processo de inventário.

Ressalta que os herdeiros são os legitimados para defender os direitos da personalidade da pessoa falecida e esclarece que o inventariante se limita a defender interesses meramente patrimoniais.

Ao final, traz ao debate a divergência dos TJDFT sobre o assunto e conclui que a melhor interpretação legislativa para o tema é que, no caso de união estável *post*

mortem, a citação dos herdeiros sucessíveis é indispensável, sob pena de nulidade da sentença declaratória.

Por certo, contudo, de inexistir consenso jurídico sobre o tema, ressalto que seu estudo é de grande importância, pois não raras vezes o judiciário restringiu o direito de defesa dos herdeiros sucessíveis na pessoa do inventariante em sede de união estável *post mortem*, o que não pode ser admitido, segundo o presente ensaio e a melhor doutrina.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Daniel. **Manual de Direito Processual Civil**, Volume Único, *Jus Podvm*, 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso e fevereiro de 2021.

BRASIL, **Código Civil, Lei 10.406 de 10 de março de 2002**, Fonte - http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso e fevereiro de 2021.

BRASIL, **Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015**, Fonte - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso e fevereiro de 2021.

CAHALI, Francisco José. **Curso avançado de Direito Civil: direito das sucessões**. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2003.

CHAVES, Cristiano. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil - Famílias**, Editora jus podivn, 9ª Edição, 6 Volume, 2017.

CAVALCANTI, Marcia Tereza Sena, disponível no endereço http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17267&revista_caderno=14, **da sucessão legítima**. Acesso e fevereiro de 2021.

DIDIER, Fredie, **Curso de Direito Processual Civil**, 2º Volume, Jus Podivm, 2017.

9- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro: direito das sucessões**, São Paulo: Saraiva, 20ª ed., 6 v, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, Ed. Revista dos Tribunais, 12ª Edição, 2017.

FARIAS e ROSENVALD, Cristiano Chaves e Nelson, **Curso de Direito Civil**, 6º Volume – Famílias, *Jus podvim*, 2017– pag. 459.

FARIAS e ROSENVALD, Cristiano Chaves e Nelson, **Curso de Direito Civil**, 7º Volume – Sucessões, *Jus podvim*, 2017– pag. 459.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito das Sucessões. Editora Saraiva, pag. 35.

GONÇALVES, Marcus Vinícios Rios, **Direito Processual Civil esquematizado**, editora saraiva jur, 8ª Edição, 2017.

MIGUEL, Reale. (<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm> - **Função social da família no código civil**. Acesso e fevereiro de 2021.

MENIN, Marcia Maria. **Da Sucessão Legítima**. Disponível no Endereço http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/artigo_marcia_maria_menin.pdf. Acesso e fevereiro de 2021.

NEGRÃO, Theotonio. Ferreira, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 45ª edição revista e atualizada até 11 de janeiro de 2.013 São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mario. **Instituição de Direito Civil**. 18 ed. Forense, 2010, p.23.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário e Direito de família e Sucessões ilustrado**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2015, p.287.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e União estável, Belo horizonte, Del Rey, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro. Forense, 2005.

REALE, Miguel. Função social da família no código civil, Disponível no endereço (<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>). Acesso e fevereiro de 2021.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: **Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, Volume 7, 2002.

SARTI, Cynthia A. “Família e individualidade: um problema moderno”, pg.40.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**, Ed. Método, 4ª Edição, 2014.

TARTUCE, Flávio. **STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?**, disponível no endereço <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>. Acesso e fevereiro de 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, **Direito das Sucessões**, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ACESSO ILÍCITO A CONVERSAS DE WHATSAPP E POSSIBILIDADE DE POSTERIOR PERÍCIA LEGAL

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia aposentado, Parecerista e Consultor Jurídico, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

FRANCISCO SANNINI²⁰.

(coautor)

No Habeas Corpus 51.531/RO (2014/0232367-7), cujo relator foi o Ministro Nefi Cordeiro, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu precedente equiparando conversas de whatsapp a comunicações telefônicas de qualquer natureza e, portanto, exigindo ordem judicial prévia para sua devassa, nos termos da Lei 9.296/96. 21

Ainda sobre o conteúdo de celulares o mesmo Tribunal Superior decidiu que quando o próprio corpo de delito for aquilo que se acessou (v.g. fotos de menores em cenas de sexo etc.) não há necessidade de prévia ordem judicial, tal como se fosse uma apreensão de material ilícito realizada administrativamente pela polícia (RHC 108.262/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 09/12/2019).

Também no caso em que o celular pertence à vítima de um crime e esta ou alguém por ela, no caso de sua morte, entregue o aparelho à Polícia, não haveria necessidade de ordem judicial para acesso, o que nos parece bastante razoável Informativo 617, STJ, 6ª Turma, RHC 86.076/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJe 12.12.2017.

20 Mestre em Direitos Difusos e Coletivos e pós-graduado com especialização em Direito Público. Professor da Pós-graduação da UNISAL/Lorena. Professor Concursado da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Professor da Pós-Graduação em Segurança Pública do Curso Supremo. Professor do Damásio Educacional. Autor de livros jurídicos. Delegado de Polícia do Estado de São Paulo. Titular do primeiro Setor de Combate à Corrupção, Organização Criminosa e Lavagem de Dinheiro (SECCOLD) do Estado de São Paulo.

21 O mesmo entendimento é repetido pela 5ª. Turma: STJ, 5ª Turma, RHC 89.981/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 13.12.2017.

Finalmente, entendeu o STJ que no caso de existência de ordem judicial de busca e apreensão do aparelho, está implícita a autorização para o acesso de dados, mensagens, imagens etc., pois que a busca e apreensão de um celular somente poderia visar a essa espécie de investigação, o que também se nos apresenta como uma decisão bastante equilibrada (STJ, RHC 75.800, Rel. Ministro Felix Fischer).

No seguimento o Superior Tribunal de Justiça, no bojo da Reclamação 36.734/SP (2018/0285479-8), de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, decidiu que quando ocorre o acesso a conversas de whatsapp sem ordem judicial, sendo reconhecida a ilicitude da prova, conforme precedente do próprio tribunal, não fica inviabilizada a posterior expedição de ordem judicial legal para perícia do aparelho e novas investigações, embora todas as provas derivadas da primeira devassa ilícita sejam inadmissíveis por derivação. 22

A respeito dessa decisão é possível entrever duas posições:

a) Uma postura crítica negativa da decisão do STJ, sob a alegação de que a Constituição não admite provas ilícitas (artigo 5º., LVI) e nem mesmo aquelas delas derivadas, devendo todas serem desentranhadas do processo (artigo 157 e seu § 1º., CPP). Havendo ilicitude no acesso às informações de whatsapp a nulidade seria reconhecida e não se poderia jamais convalidar, ainda que por ato posterior, vez que de qualquer forma, o conhecimento da utilidade da ulterior perícia teria se dado devido ao anterior acesso ilícito. Em suma, a ilicitude inicial do acesso geraria, por derivação, a ilicitude de qualquer outra pesquisa sobre aquela fonte de prova.

b) Um entendimento de que a decisão do STJ é correta e se sustenta, conforme inclusive consta do acórdão, nas limitações à derivação da prova ilícita. No caso específico, seria possível utilizar o disposto no 157, § 2º., CPP, reconhecendo alguma relevante independência entre a posterior perícia e a devassa ilegal ("independent source"). Além disso, seria possível defender a tese, tal como se faz no "decisum" em destaque, de que a partir da apreensão do celular, seria um caminho natural a concessão de ordem judicial, nas circunstâncias do caso concreto, para acesso às conversas e perícia em legítima atividade investigatória. Isso configuraria o que se chama de "descoberta inevitável" ou "inevitable discovery". Ou seja, com ou sem o acesso ilícito a prova iria ser produzida.

A nosso sentir, o Superior Tribunal de Justiça tomou a decisão mais correta de acordo com a legislação e a dogmática jurídica nacional e internacional a respeito da questão da derivação das provas ilícitas. Efetivamente, a produção da prova se daria com ou sem o acesso indevido inicial, seria o caminho natural da investigação.

22 STJ, Reclamação 36.734/SP (2018/0285479-8). Disponível em <file:///C:/Users/Eduardo%20Cabette/Downloads/ITA.pdf>, acesso em 25.02.2021.

Além disso, a atual perícia é independente do acesso anterior pelos policiais, em nada sendo influenciada por tal fato (ou seja, o acesso ilícito anterior).

É preciso analisar a questão sob o aspecto da linha de causalidade, empregando o conhecido método da eliminação hipotética para perceber claramente que a perícia e a ordem judicial posterior não derivam da inicial devassa ilícita feita pelos policiais. Eliminada esta última, o curso dos acontecimentos seria o mesmo. Na verdade, a perícia ulterior e a ordem judicial derivam da *apreensão do aparelho*, que foi lícita, e não da leitura das mensagens pelos policiais, onde reside a ilicitude perpetrada. Fossem ou não lidas as mensagens de forma ilegal a perícia decorreria naturalmente via ordem judicial a partir da apreensão. Significa dizer que não existe relação de causalidade entre a ilicitude e a prova pericial agora em foco. Em suma, a perícia é procedimento legal em si, assim como a ordem judicial que a permite e também inexistente derivação ou relação minimamente relevante com qualquer meio de produção de prova ilícita.

Entretanto, há que consignar que a partir dessa perícia novas investigações e provas deverão ser colhidas a fim de sustentar uma acusação e, ainda mais, uma eventual condenação em juízo, uma vez que aquelas provas que efetivamente derivaram diretamente da devassa ilícita foram totalmente contaminadas (v. .g. eventuais apreensões, prisões em flagrante etc.).

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E A INEFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA, LEI N. 11.340/2006

TALITA MIRIAM GONÇALVES RIBEIRO VELHO:
Graduando em Bacharel em Direito Universidade
Brasil Campus Fernandópolis/SP.

**GUSTAVO ANTÔNIO NELSON
BALDAN.**

(orientador)

RESUMO: O presente artigo visa analisar a lei federal 11.340/2006, como mecanismo apto para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher, e sua ineficácia ao combate a essa criminalidade. Discorre sobre as cinco formas de violência doméstica prevista no artigo 7º, do texto legal, e a violência simbólica desenvolvida por Pierre Bourdieu em sua obra “a dominação masculina”. O trabalho consiste em demonstrar que o dispositivo legal, por mais que seja consagrado entre os três melhores mundialmente, ainda é insuficiente para prevenir e tutelar a vítima, por questões culturais, ainda machistas. Os casos de violência contra a mulher no Brasil e em outros países, sempre existiram e a cada ano, esses dados só aumentam, inclusive, com o advento do coronavírus, houve um elevado aumento de denúncias. Com objetivo de sanar esse problema social, foram levantadas as hipóteses de melhoria na efetivação integral da lei, com a participação do Estado, da sociedade e da família.

Palavra-chave: Violência Doméstica; Mulher; Formas de Violência; Lei Maria da Penha; Ineficácia.

SUMARIO: INTRODUÇÃO; 1 POR QUE MARIA DA PENHA?; 2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA; 3 FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER; 3.1 Violência Física; 3.2 Violência Psicológica; 3.3 Violência Sexual; 3.4 Violência Patrimonial; 3.5 Violência Moral; 3.6 Violência Simbólica; 4 SUJEITO ATIVO E PASSIVO; 5 CICLOS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA; 6 A CULTURA DA SUBORDINAÇÃO E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER; 7 DADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL; 8 DADOS REFERENTES À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM OUTROS PAÍSES; 9 A LEI MARIA DA PENHA E SUA INEFICÁCIA NO COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER; 10 FORMAS DE COMBATER E PREVENIR A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER; 11 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 12 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é um problema social que tem ocorrido frequentemente, praticada no contexto doméstico, familiar e de intimidade, podendo ser subdividida em violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Esta modalidade de agressão está relacionada a questões culturais da nossa sociedade, que ainda mantêm o sistema patriarcal, com expressões machistas, importante destacar que, não somente pelo sexo masculino, mas inclusive pela própria mulher.

Vale dizer que a violência doméstica e familiar contra a mulher é um fenômeno mundial, que há décadas foi tolerada, sendo segundo Annan (1999 *apud* CUNHA; PINTO, 2020, p. 05) “talvez a mais vergonhosa violação dos direitos humanos”, logo, houve a necessidade de criar mecanismos aptos para proteção à ofendida, não somente de caráter repressivo, mas, sobretudo, preventivo e assistencial.

Foi com objetivo de coibir essa criminalidade que sobreveio a lei n. 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, extraída justamente pela dolorosa história da Maria da Penha Maia Fernandes, que foi atingida por tiro de espingarda desferido pelo marido, que a deixou paraplégica, dando origem às políticas públicas, medidas integradas de prevenção, e medidas protetivas de urgência.

Segundo dados obtidos, no ano de 2012, junto à Organização das Nações Unidas, a lei Maria da Penha foi considerada a terceira melhor lei mundial ao combate à violência doméstica, perdendo apenas para Espanha e Chile. Por outro lado, de acordo com o Mapa da Violência de 2015, organizado pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, o Brasil é o 5º país que mais teve o índice de violência doméstica contra mulher, entre os 83 países. Dito isso, a estrutura do dispositivo legal é admirável, no entanto, não é suficiente para resolver um problema social tão grave, que só aumenta. Apesar de nosso país ter avançado em aderir dispositivos para prevenir, punir e erradicar a violência doméstica contra a mulher, ainda há dificuldades para efetivar a lei Maria da Penha.

Salienta-se a necessidade da integração operacional dos órgãos responsáveis pelo combate à violência; o repúdio severo às colocações dos meios de comunicação (jornais, revistas, rádio, televisão), que apresentam mulheres como personagens inferiores, violentadas, considerado pelos telespectadores uma cena normal, sendo que deveriam rejeitar e não tolerar; dispor meios de comunicação social que agregam valores éticos, culturais de igualdade de gêneros; a qualificação dos agentes de atendimento policial especializado, que ainda está muito distante do que deveria ser, conforme estabelece a norma técnica de padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento às mulheres.

Em suma, o objetivo deste trabalho é compreender as diversas formas de violência doméstica e familiar existentes contra a mulher, analisar a lei Maria da Penha como instrumento de proteção a mulher, prevenção e punição a violência doméstica e familiar, examinar os desafios que o presente dispositivo enfrenta, para efetivação das medidas de prevenção, de assistência á mulher em situação concreta de violência, e ao cumprimento das medidas protetivas de urgência, e também exibir que após a criação da lei Maria da Penha, o registro de denúncias e feminicídio ampliaram.

Neste artigo científico, serão abordados dez tópicos sobre a violência doméstica e a ineficácia da lei n. 11.340/2006, em que se inicia com a triste história da Maria da Penha Maia Fernandes, que deu origem a lei federal, titulada com o seu próprio nome. O segundo tópico será conceituado a violência doméstica, com previsão legal no artigo 5º, da referida lei. O terceiro tópico as formas de violência doméstica, que são: a violência física, psicológica, sexual, patrimonial, moral, e simbólica. No quarto tópico, será exposto o sujeito ativo, aquele que pratica a violência, e o sujeito passivo, a vítima da violência. O quinto tópico o ciclo da violência. O sexto tópico a cultura da subordinação e a violência contra a mulher. No sétimo tópico, análise dos dados de violência doméstica contra a mulher no Brasil. No oitavo tópico, serão apresentados os dados de violência doméstica em outros países. No nono tópico será abordada a lei que tutela a mulher, e a sua ineficácia ao combate a violência doméstica. Por fim, às formas de combater e prever os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

1 POR QUE “LEI MARIA DA PENHA”?

A lei 11.340 editada no dia 07 de agosto de 2006, ficou conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, em virtude das agressões sofridas pela vítima Maria da Penha Maia Fernandes.

Segundo Cunha e Pinto (2020) e Lima (2020), na cidade de Fortaleza, no estado do Ceará, no dia 29 de maio de 1983, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, enquanto dormia, foi atingida por tiro de espingarda pelo próprio marido, fato que a vítima sofreu lesão corporal de natureza grave, ocasionando a paraplegia. Após retornar do hospital para a sua casa, a vítima sofreu nova agressão do marido enquanto se banhava, foi acometida por uma descarga elétrica que segundo o marido, não lhe faria dano algum.

O autor da agressão foi denunciado no dia 28 de setembro de 1984, pronunciado em 31 de outubro de 1986, levado ao Tribunal do Júri em 04 de maio de 1991 por tentativa de homicídio, sendo condenado a oito anos de prisão, porém a defesa recorreu que resultou em nulidade da decisão, conseqüentemente o réu foi

submetido a novo júri no dia 15 de março de 1996, que foi condenado a pena de dez anos e seis meses de prisão, e novamente sucedeu vários outros recursos, e somente após 19 anos da infração penal, em setembro de 2002, o agressor foi preso (CUNHA; PINTO, 2020).

Em virtude da lentidão do sistema processual de 19 anos, que levou para punir tal violência contra a mulher, e por apresentar violação aos direitos humanos, o caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que publicou o relatório nº 54 de 2001 relatando a ineficácia judicial e a inviabilidade da vítima ser amparada e tutelada pelo órgão competente, demonstrando a falha do Estado, no desinteresse de reagir adequadamente pela violência doméstica, além disso, impôs uma indenização de 60 mil reais em favor da Maria da Penha Maia Fernandes, e após cinco anos, entrou em vigor a lei n. 11.340/2006, para coibir a violência doméstica contra a mulher.

2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O artigo 5º da Lei Maria da Penha define a violência doméstica sendo qualquer ação ou omissão praticada contra a mulher, causando morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, desde que praticados no âmbito da unidade doméstica, da família, ou em qualquer relação íntima de afeto.

3 FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

As formas de violência doméstica contra a mulher tem previsão legal no artigo 7º da Lei 11.340/2006.

De acordo com Jesus (2015, p.75), “o conceito de violência doméstica contra a mulher, nos termos do tipo, não se restringe à agressão física”, de forma que a lei estabelece além da violência física, outros quatro tipos de violência em que a mulher deve ser tutelada, que são: a violência psicológica, sexual, patrimonial e moral (CAPEZ, 2020).

3.1 Violência Física

Configura-se violência física quando o sujeito passivo do crime se utiliza da força, e ofende a saúde corporal da vítima ou a sua própria vida (em situação de vulnerabilidade), classificado pelo código penal de lesão corporal e feminicídio com previsão nos artigos 129 e 121, § 2º, VI (CUNHA; PINTO, 2020).

3.2 Violência Psicológica

A violência psicológica está prevista no inciso II do artigo 7º, esta conduta é responsável pelo dano emocional na vítima, em razão do comportamento do agressor em demonstrar satisfação ao humilhar, desprezar, amedrontar, constranger, diminuir a autoestima da vítima, e dependendo do caso concreto, configura o crime de ameaça. Cogita-se que seja mais grave do que a violência física.

Dessa forma:

Configura violência psicológica, dentre outras condutas, aquela que visa degradar ou controlar suas ações, mediante vigilância constante e perseguição, contumaz. Este comportamento, com características obsessivas, é conhecido como "stalking", termo inglês para perseguição. (CUNHA; PINTO, 2020, p. 80).

3.3 Violência Sexual

A terceira violência doméstica que estabelece o artigo 7º, inciso III, é a violência sexual, entendida como a conduta que constranja a mulher, a manter, participar, presenciar uma relação sexual não desejada; a engravidar, ou abordar contra o seu consentimento; limitar seus direitos sexuais ou impedi-los. Este tipo de violência desperta nas vítimas um sentimento de vergonha, culpa e por muitas vezes é a razão de ocultarem a relação violenta do agressor (LIMA, 2020).

3.4 Violência Patrimonial

A violência patrimonial está previsto no inciso IV, do artigo 7º, que compreende na violência contra os pertences da vítima, como deteriorar, destruir, subtrair seus bens, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, causando prejuízos à ofendida.

3.5 Violência Moral

Esta conduta ilícita foi tipificada como a quinta forma de violência doméstica contra o gênero feminino, prevista no inciso V, artigo 7º do diploma legal. Que se refere a injúria, difamação e calúnia contra o gênero feminino.

Perante o exposto,

Preocupou-se o legislador, sabiamente, com a tutela dos vulneráveis, estabelecendo o princípio da proteção integral também à mulher submetida à violência doméstica e familiar, que, agora, encontra-se protegida sob o aspecto patrimonial e dos direitos da personalidade (integridade física, moral, espiritual e intelectual). (ANDREUCCI, 2018, p. 850).

3.6 Violência Simbólica

A violência simbólica não está prevista na lei em estudo, no entanto ela é o que dá origem a todas as formas de violência doméstica, sendo definida por Pierre Bourdieu em sua obra *A Dominação Masculina*, uma violência camuflada, imperceptível, por manifestar condutas tituladas como normais, que sempre existiram na sociedade, por exemplo, a diferença entre a figura do sexo masculino e feminino, presente no âmbito tanto econômico quanto social, desenvolvendo a imagem de superioridade masculina e inferioridade feminina.

É uma forma de violência, sem coação física, que causa danos morais e psicológicos, decorrente de imposições e dominações masculinas, com usos de estereótipos, que julga a mulher de ser incapaz de ocupar determinados cargos, a desigualdade de salários, em que a mulher tenha um salário inferior de que do homem, a figura de fragilidade, a utilização de termos no diminutivo para referir-se a mulher, desenvolvendo desde os tempos remotos a ideia da dominação do homem sobre a mulher.

A violência simbólica também está presente nos jornais, novelas, filmes, ao retratar a mulher feita para suprir os prazeres sexuais, dona de casa, empregada, secretária, faxineira; e o homem como chefe de casa, empregador, em uma posição de superioridade.

4 SUJEITO ATIVO E PASSIVO

O dispositivo da 11.340/2006 não faz referência a sexo do sujeito ativo, sendo o agressor de qualquer gênero, feminino ou masculino. Uma vez que a tutela abrange a mulher independentemente de orientação sexual, conforme o artigo 2º, caput, em outras palavras, há proteção para a mulher homossexual, quando o autor da violência é sua parceira (mulher), desde que a vítima esteja em situação de vulnerabilidade dentro da relação familiar, doméstica ou de afetividade. Quando ao sujeito passivo, a lei faz menção a vítima do sexo feminino (ANDRENUCCI, 2018).

5 CICLOS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência contra a mulher ocorre em ciclos, composta por três faces. A primeira face é conhecida como o aumento da tensão, em que o agressor sente ciúmes, há agressões verbais, podendo inclusive ameaçar a vítima. A segunda fase é nomeada como a explosão da violência, em que toda a tensão da primeira fase é materializada com atos de violência propriamente dita, física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, a vítima nessa fase, procura ajuda, pois percebe que está sofrendo abusos. A terceira fase é conhecida por lua de mel, em que o agressor se

arrepende, muda o comportamento, justifica que estava alcoolizado, ou nervoso, promete que vai mudar, chora, presenteia a ofendida, no tocante que a mulher fica confusa, devido à mudança do comportamento do agressor, que agora está calmo e arrependido. Após um determinado período as tensões voltam, e sucessivamente a agressão (IMP, 2018).

6 A CULTURA DA SUBORDINAÇÃO E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

A violência doméstica é reflexo de uma sociedade ainda patriarcal, formada dentro do âmbito familiar, e presente na sociedade, com hábitos e costumes que levam a violência de gênero e as relações desiguais.

O homem, desde criança, recebe de seus responsáveis os seguintes brinquedos: carro, moto, bola; e a mulher, quando criança, recebe de seus responsáveis bonecas, panelas, ferro de passar. Nota-se que soa como algo sutil, no entanto já é destinado, imposto desde cedo para cada gênero o seu perfil dentro da sociedade.

Nesse sentido segundo Hansel (2005 *apud* ELIASA; GAUER, 2014, p. 120),

Na prática, a violência e a discriminação se retroalimentam, porque a submissão é passada através de legados familiares, e a rainha do lar ocupa uma posição subordinada e de submissão, pois deve obediência ao marido, dono e senhor da casa.

Vale observar que entre os anos de 1500 a 1822, quando o Brasil era colônia de Portugal, as mulheres eram submetidas aos homens, sendo que as mulheres negras eram escravas, domésticas, cuidavam dos filhos de seus senhores como amas de leite, restritas a educação, e inclusive eram abusadas sexualmente; as mulheres europeias eram restritas a participar de organizações políticas, econômicas, devendo apenas ser submissas aos seus "senhores", sofrendo em silêncio com a poligamia devido aos relacionamentos amorosos que seus maridos tinham com as escravas e índias. E as mulheres índias sofriam as imposições dos europeus, sujeitas as vontades de outros povos.

Interessante ressaltar que na cultura indígena nativa do Brasil, os meninos eram ensinados que as mulheres deveriam ser tratadas de forma inferior, sendo eles em posição de chefes de família, e elas em posição de dependentes e subordinadas.

Dito isso, o comportamento repreensível do agressor é consequência da sua construção sociocultural, de dominação, logo “se os estereótipos de gênero são aprendidos, podem ser desaprendidos” (ELIASA; GAUER, 2014, p. 125).

7 DADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL

A violência doméstica contra a mulher é um problema social que só aumenta anualmente, vítimas de agressão física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, dentro do âmbito doméstico, familiar e de afetividade.

De acordo com o Atlas de Violência “em 2018, uma mulher foi assassinada no Brasil a cada duas horas, totalizando 4.519 vítimas” (IPEA, 2020, p.37).

No ano de 2018, o ligue 180 recebeu 92.663 de denúncias de violência contra as mulheres (SIAM, 2018).

Em uma pesquisa realizada, de janeiro a junho de 2019, obtiveram os seguintes dados: 35.769 brasileiras sofreram violência doméstica e familiar, 1.1050 sofreram violência física, 1.921 sofreram violência moral, 1.109 sofreram violência sexual (SONDHA, 2019).

De janeiro a abril do ano de 2020 houve um aumento de 14,12% de denúncias feitas ao disque 180, referente aos quatro primeiros meses do ano de 2019 (ONDH, 2020).

Em uma pesquisa realizada com 2.400 mulheres brasileiras, por meio de ligações para telefones fixos e moveis, e por questões de múltipla escolha, foram obtidos os seguintes dados: entre 2011 a 2019 houve um aumento de 13% para 37% de mulheres agredidas por ex-companheiros, dados ainda indicaram que 36% de brasileiras sofreram violência doméstica, e que 11% alegaram não conhecerem a lei Maria da Penha, sendo 68% afirmaram que conhecem pouco e 19% garantiram que são conhecedoras do texto legal que protege as vítimas contra a violência doméstica (DATASENADO, 2019).

O Tribunal de Justiça do estado de São Paulo registrou que no mês de junho de 2020 houve um aumento de 21,9% de distribuição de medidas protetivas, referente a junho de 2019, e em relação à competência da violência doméstica, o aumento foi de 24,9% em relação ao ano de 2019 (MOVIMENTO JUDICIÁRIO DO TJSP, 2020).

Na capital de São Paulo foi registrado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 19 feminicídios no mês de março, um aumento de 16% em relação ao ano de 2019 (CNN, 2020).

Houve um aumento drástico de violência doméstica contra a mulher no ano de 2020, devido ao período de isolamento social, medida de proteção contra o vírus denominado de Coronavírus ou COVID-19, que foi disseminada mundialmente, na qual, durante esse período, as vítimas ficaram confinadas em casa com seus agressores, sofrendo ainda mais violência e impedida muitas vezes de solicitar ajuda, uma vez que, as unidades de proteção à mulher também ficaram sujeitas a restrições, para evitar a propagação do novo vírus, com atendimentos diferenciados, virtuais e com horários reduzidos.

8 DADOS REFERENTES À VIOLENCIA CONTRA A MULHER EM OUTROS PAÍSES

Como mencionado acima, o isolamento social, foi medida cabível para reduzir a contaminação social, no entanto, acarretou graves problemas em relação à violência doméstica contra a mulher.

Nos Estados Unidos da América foi registrado pelo atendimento de Linha Nacional de Violência Doméstica, um aumento de 12% dos casos de violência contra a mulher, entre os meses de março e maio do ano de 2020 (CNN, 2020).

Na Argentina foi registrada pelo atendimento do ligue 144, criado para atender as vítimas de violência de gênero, um aumento de 48% entre os meses de março a junho em relação ao ano de 2019, e 80% desses casos ocorreram em casa (BRASIL DE FATO, 2020).

Na Rússia, organizações não governamentais registraram que as denúncias de violência doméstica contra a mulher, durante um mês, de maio para abril, aumentou de 6.000 ocorrências para 13.000, no período da pandemia. Na Espanha o número cresceu de 30% em comparação com o mesmo período do ano de 2019. O Instituto Nacional de Estatística da Itália divulgou que a central de ajuda de vítimas de violências, receberam 73% de ligações durante a quarentena. No Reino Unido foi registrado 16 feminicídios durante um mês, com a imposição do isolamento social (CNN, 2020).

Dito isto, a pandemia veio para agravar um problema já existente, que é a violação dos direitos humanos, do bem maior, que é o direito à vida, a liberdade e a segurança da mulher, todos garantidos pela Constituição Federal, visto que a mesma, assegura que todos são iguais. Nota-se há a necessidade de combater essa criminalidade que tanto afeta mulheres em qualquer região e classe social, relacionado a questões culturais da sociedade, com expressões machistas, tendo a mulher que suportar por um determinado período vários episódios de violência, até que haja um rompimento com o silêncio e consigam denunciar e ser tutelada pelo

Estado. A violência doméstica não é um fato recente como já mencionado, não surgiu com a lei Maria da Penha, uma vez que, este estatuto teve a finalidade de que os casos fossem expostos publicamente e coibimos do meio social.

9 A LEI MARIA DA PENHA E SUA INEFICACIA NO COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A lei federal n. 11.340/2006 foi classificada pela ONU em 2012 sendo a terceira melhor lei mundial que coíbe e protege os direitos e garantias da mulher, entre os 90 países, perdendo para a Espanha e o Chile.

No entanto, o Mapa de Violência publicado em 2015, divulgou que o Brasil está na posição de quinto lugar entre 83 países, que mais tem feminicídios.

Observa-se nos noticiários, meios de comunicação (jornais, televisão, rádios), que a violência contra a mulher ocorre corriqueiramente, e não há evidências de eficácia das medidas, em comparação com os dados obtidos, e os fatos que são divulgados. Embora o texto legal foi considerado um avanço no tratamento mais rigoroso para os crimes praticados contra a mulher no âmbito doméstico, familiar ou de afetividade, inclusive na possibilidade de prisão preventiva do ofensor, para garantia da efetividade da medida protetiva, ainda há grandes dificuldades no combate a crueldade e opressão que as vítimas sofrem pelos agressores.

Nesse sentido,

A Lei Maria da Penha representou um avanço muito importante nos últimos anos, mas ainda há um caminho longo pela frente. É preciso ampliar a rede de proteção, com a criação de mais delegacias das mulheres, e qualificar os canais de acolhimento em situação de violência (RAMOS, 2018 *apud* FGV, 2018).

A norma criou mecanismo de apoio e suporte, em que o Estado é responsável pela proteção da integridade da ofendida, e essa atuação estatal é uma tutela posterior, situação na qual a vítima está em situação concreta de violência.

As políticas públicas são de caráter preventivo, assistencial e repressivo contra a violência e discriminação do gênero feminino. O artigo 8º da referida lei, dispõe a ofendida medidas para prevenir as possíveis condutas do agressor, por meio da integração entre os diversos órgãos do Estado e de ONGs, que são as organizações não governamentais que atuam em favor das classes menos favorecidas ou vulneráveis, que estão inclusas as mulheres. O presente artigo também faz menção aos programas de prevenção e programas educacionais, meios de comunicação social que divulguem valores éticos e sociais, intervindo na

educação do homem e da mulher, para a conscientização e eliminação de estereótipos que legitimam a violência, e atendimento policial especializado para as mulheres.

Contudo, “uma das causas que identifica como maior responsável pela falência do combate à criminalidade em nosso País é, exatamente, a falta de integração entre os diversos órgãos componentes do aparelho estatal” (CUNHA; PINTO, 2020).

Convém lembrar que, a lei federal estabeleceu como forma de prevenir a violência, a promoção de campanhas educativas, investimentos na educação para formação de uma cultura de equidade de etnia, gênero, incluindo assim, conteúdos de direitos humanos em todos os níveis de ensino. Entretanto na maioria das grades curriculares, não tem a disciplina direitos humanos, ou tem, mas é pouco abordado sobre a relevância desse tema, que deveria ser o instrumento cabível para modificar padrões socioculturais de estereótipos de gênero.

O diploma legal menciona a divulgação por meios de comunicação social, sobre os valores éticos da pessoa, da família, a respeito da equidade dos gêneros, transmitindo para os telespectadores a inconformidade do tratamento desumano para com as mulheres, porém, essa questão é um dos principais problemas que nosso país enfrenta na sociedade, por ser tolerada á anos, considerar comum e banal a exposição em novelas, filmes, revistas, propagandas, anúncios, a figura da mulher para suprir os prazeres sexuais, que satisfazem os desejos dos homens, tratando a mulher sempre sensual, relacionado ao sexo, ou uma cena em que a mulher é violentada pelo marido, vítima de traição, ou sedução, geralmente apresentada como empregada doméstica, escrava, enquanto o homem é retratado como empregador, sempre em posições superiores. Além das letras musicais, que agridem o pudor da mulher, constringendo a sua intimidade.

Vale mencionar que a criação de delegacias especializadas para atendimento à mulher contribuiu para a evolução da assistência da vítima em situação de violência, contudo, para algumas ofendidas é humilhante relatar fatos íntimos para agentes do sexo masculino, causando constrangimento, sendo inclusive um impedimento para a ofendida romper com o ciclo de violência.

Além disso, é preocupante a pequena quantidade ou a inexistência de delegacias especializadas da mulher nas cidades, sendo que a norma técnica de padronização das delegacias especializadas indica que o número deve ser proporcional com a da população da cidade, recomendado ainda que o funcionamento seja de 24 horas, ininterrupto.

Segundo dados obtidos pelo IBGE (2018), cerca de 91,7% das cidades não possuem delegacias especializadas para o atendimento à mulher, vítima de violência.

Outro ponto importante, é o que está mencionado no artigo 9º da lei federal, que tange na assistência a mulher em situação concreta de violência, quando em determinados casos, é necessário o afastamento da ofendida do local que tem vínculo trabalhista, pelo prazo de seis meses. O dispositivo não menciona se o afastamento implicaria a não remuneração da vítima, ou se haveria um responsável que manteria o salário da ofendida. Vale dizer que é essencial que a mulher continue com a remuneração, pois o rompimento do trabalho durante 6 meses, é contra a sua própria vontade, por ordem judicial, para efetiva proteção. Essa lacuna, gera a possibilidade da vítima de não querer denunciar, por medo de perder o trabalho.

Nesse caso, o ideal seria a suspensão do contrato de trabalho, que conservaria com o vínculo trabalhista, remunerada pelo órgão previdenciário (ANDREUCCI, 2020).

Cogita-se também que o prazo máximo de 24 horas para decidir sobre as medidas protetivas de urgência, não rara às vezes, tem sido moroso, causando impactos na vida da mulher que sofre com a violência.

10 FORMAS DE COMBATER E PREVENIR OS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A lei n. 11.340/2006 como já referida é mencionada entre as três melhores mundialmente, que tutela a mulher, regulamentando as diversas formas de prevenir e punir a violência doméstica e familiar, sendo a estrutura do texto deslumbrante, aparentemente eficaz para o combate a criminalidade tratada no tipo, havendo apenas um equívoco no cumprimento efetivo da norma.

Segundo Fernandes (2018), "Já que a nossa lei é considerada uma das melhores, vamos fortalecê-la".

Nesse sentido a lei para ser efetiva, deve alcançar a todos em igualdade de condições, em qualquer região ou cidade, inclusive aos municípios menores, que devido à infraestrutura, não tem atendimentos especializadas para a mulher, na qual a ofendida não tem onde se abrigar ou se orientar.

Outro fator importante é criação de delegacias especializadas proporcionalmente com o número de cada cidade para que as vítimas tenham acesso sem restrições, atendimento por profissionais capacitados do sexo feminino de preferência, que esteja disposta a ouvir a ofendida.

De acordo com Cunha e Pinto (2020, p. 97) “para cidades com até 300 mil habitantes, 2 delegacias; para aquelas até 500 mil habitantes, 3 delegacias; de 500 mil a 1 milhão de habitantes, 4 delegacias; mais de 1 milhão, 5 delegacias”.

Salienta-se a integração dos órgãos estatais e não governamentais no combate a violência doméstica e familiar, cada um no seu campo de atribuição, cooperando e influenciando a sociedade na perspectiva de denunciar os casos de ofensa a integralidade da mulher.

É imprescindível dizer que ao referir-se ao tratando a vítima que procura ajuda às unidades especializadas, para interromper o ciclo da violência, a credibilidade e valoração das palavras da ofendida são questionadas pelos agentes, que deveriam levar sempre em consideração a palavra da vítima, conforme a norma técnica de padronização das Delegacias Especializadas orienta, dessa forma, vê se a necessidade de capacitação de agentes preferencialmente do sexo feminino que tenham aptidão e sensibilidade a denuncia, além de ser menos incômodo para a vítima ao falar com uma policial do sexo feminino. Diante disso, a promotora de justiça Chakian (2016) diz, “delegados, juizes, promotores, escrivão de policia, eles não vieram de marte, eles são dessa sociedade que são machistas, racista, e isso é inadmissível”.

Considera-se a necessidade de investimentos na educação brasileira que estimula na construção de uma cultura capaz de coibir essa criminalidade, com projetos que envolvem a sociedade, as famílias na conscientização dos valores éticos.

Diante do exposto,

Já a melhor forma de prevenção certamente está na educação, com a formação de meninas e meninos baseada em equidade de gênero, sem discriminações e vedações às meninas. As medidas judiciais são tomadas para evitar a ocorrência de violências mais graves ou letais, mas sempre para os casos de violência já cometidos. Para evitar que meninas e mulheres continuem sendo vítimas, precisamos que meninos e homens também participem da discussão e que busquemos novas formas de masculinidades, não focadas em agressividade, violência e negação a tudo que é feminino, como temos hoje (ZAPATA, 2019, *apud* TJDF, 2019).

Outra medida para combater a violência doméstica contra a mulher é o efetivo cumprimento das políticas públicas que promovem a divulgação da Lei Maria da Penha, e inclusive da sua história, da finalidade, e das medidas cabíveis que ela

oferece a mulher, pois conforme exposto, 11% das m mulheres não conhecem a lei e 68% conhecem pouco.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos argumentos apresentados, a lei n. 11.340/2006 foi criada para coibir e prevenir à violência doméstica e dar assistência às vítimas dependentes dos agressores. Surgiu pela inconformidade do ocorrido com a ofendida Maria da Penha Maia Fernandes que teve a necessidade de acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos para então solucionar o caso, pois não havia mecanismo apto para reagir adequadamente contra tal violência.

Viu-se que a violência contra a mulher é um fenômeno mundial, que atinge todas as classes sociais, em que a mulher tem sido vítima de violência física, psicológica, sexual, patrimonial, moral e simbólica, desde os tempos remotos, sofrendo opressões no âmbito doméstico, familiar e de intimidade. Com base nos dados de violência doméstica contra a mulher, percebe-se que o índice de feminicídio e violência têm ampliado anualmente, tratando então de violação dos direitos humanos, que é uma garantia constitucional.

Observa-se que em tempos de pandemia, os casos aumentarem, não só no Brasil, mas em todos os países que foram infectados pelo coronavírus, devido ao isolamento social, em que as vítimas tiveram que permanecer em suas residências juntamente com os agressores, tendo dificuldades para acionar as autoridades competentes, ou as delegacias especializadas.

É imprescindível dizer que a Lei Maria da Penha n. 11.340/2006, apesar de ser considerado um avanço, é insuficiente para solucionar um problema social tão grave, havendo ainda falhas na efetivação do dispositivo legal, por parte da sociedade, da família e do Estado, no cumprimento integral da lei.

A sociedade e a família tem uma função fundamental no combate a essa criminalidade, com o dever de denunciar, pois às vezes o grito de socorro é silencioso, e pode vir de um simples gesto.

O Estado representado pelas autoridades policiais, e as organizações competentes para o combate a essa conduta ilícita, tem a obrigação de garantir os direitos humanos da mulher, livre de qualquer forma de exploração, discriminação e violência.

Para isso, são necessários os atendimentos por profissionais habilitados, preferencialmente agentes do sexo feminino para o acompanhamento das vítimas, evitando o constrangimento delas, ao relatar o caso sofrido. Criação de delegacias

especializadas da mulher em todas as cidades, alcançando a população em igualdade de condições. Desenvolvimento de projetos de guardiãs Maria da Penha, não só na capital, mas em todos os municípios e cidades, com o objetivo de monitorar o cumprimento das medidas protetivas de urgências, e responsabilizar o agressor, promover o acolhimento das vítimas em instituições próprias, a distribuição de unidade móvel, composto por autoridades competentes, para o atendimento na zona rural, na qual as ofendidas podem registrar as ocorrências e dependendo do caso concreto, aplicar as medidas de proteção à mulher.

Outro ponto importante, para a efetivação da Lei Maria da Penha, é a criação de políticas públicas na educação, com a realização de campanhas voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, utilizando os meios de comunicação, como cartilhas, anúncios, filmes, novelas, músicas, visto que, a cultura precisa ser reconstruída, dando ênfase aos valores éticos e de respeito à dignidade da pessoa humana, em relação ao gênero, a etnia, a igualdade de direitos, a exigência da disciplina direitos humanos, nas instituições de ensino e repudiar com mais rigor a violência simbólica, em decorrência dos estereótipos formados contra a mulher.

12 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGEL, Tercer. Argentina em quarentena: as chamadas para o número 144 aumentaram 48% (violência de gênero). Disponível em: <<http://www.tercerangel.org/pt-br/argentina-em-quarentena-as-chamadas-para-o-numero-144-aumentaram-48-violencia-de-genero/.html>>. **Acesso em: 28 out. 2020.**

BASEGGIO, Julia Knapp; SILVA, Lisa Fernanda Meyer. As condições femininas no Brasil colonial. Disponível em: <<http://www.publicacao.uniasselvi.com.br.html>>. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL, Cnn. Violência doméstica cresce em países da Europa durante isolamento. Disponível em: <<http://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/05/21/violencia-domestica-cresce-em-paises-da-europa-durante-isolamento.html>>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL, Cnn. Violência contra a mulher aumenta em seis estados durante isolamento. Disponível em: <<http://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/05/20/violencia-contra-a-mulher-aumenta-durante-o-isolamento-social.html>>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas

de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF, 7 de ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.html>. Acesso em: 14 set. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial:** coleção curso de direito penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CERQUEIRA, Daniel et al. **Atlas da Violência de 2020.** Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/3519atlasdaviolencia2020completo.pdf.html>>. Acesso em: 26 out. 2020.

COSTA, Larissa. **Violência doméstica atinge mais de 82 mil mulheres este ano em Minas Gerais.** Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/2020/09/22/violencia-domestica-atinge-mais-de-82-mil-mulheres-este-ano-em-minas-gerais.html>>. Acesso em: 26 out. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica:** lei Maria da Penha 11.340/2006 comentada artigo por artigo. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

ELIAS, Miriam Freitas; GAUER, Gabriel José Chittó. **Violência de gênero e o impacto na família: Educando para uma mudança na cultura patriarcal.** Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.pucrs.br.html>>. Acesso em: 24 out. 2020.

FAMILIA, Instituto Brasileiro de Direito. **Para ONU Lei Maria da Penha é uma das mais avançadas do mundo.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2110644/para-onu-lei-maria-da-penha-e-uma-das-mais-avancadas-do-mundo.html>>. Acesso em: 30 out. 2020.

FEDERAL, Governo. **Denúncias registradas pelo Ligue 180 aumentam nos quatro primeiros meses de 2020.** Disponível em: <<http://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/denuncias-registradas-pelo-ligue-180-aumentam-nos-quatro-primeiros-meses-de-2020.html>>. Acesso em: 26 out. 2020.

FEDERAL, Governo. **Balanco anual: Ligue 180 recebe mais de 92 mil denúncias de violações contra mulheres.** Disponível em: <<http://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/agosto/balanco-anual-ligue-180-recebe-mais-de-92-mil-denuncias-de-violacoes-contra-mulheres.html>>. Acesso em: 26 out. 2020

JESUS, Damásio de. **Violência Doméstica contra a Mulher: aspectos criminais da lei n. 11.340/2006.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUSTIÇA, Tribunal de. **Ações buscam incentivar denúncias de violência doméstica.** Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Imprensa/Noticias/Noticia?codigoNoticia=61622&pagina=34.html>>. Acesso em: 27 out. 2020.

JUSTIÇA, Tribunal de. **A grande causa da violência contra a mulher está no machismo estruturante da sociedade brasileira.** Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-grande-causa-da-violencia-contra-a-mulher-esta-no-machismo-estruturante-da-sociedade-brasileira.html>>. Acesso em: 31 out. 2020.

LAZDAN, Alessandra Munhoz et al. **A dominação masculina de Pierre Bourdieu críticas e reflexões a partir da psicologia analítica.** Disponível em: <<http://www.periodicos.fclar.unesp.br/iberoamericana/article/view/7050/5063.html>>. Acesso em: 17 out. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada: volume único.** 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MACEDO, Ana Raquel. **Os avanços e os desafios da Lei Maria da Penha.** Disponível em:

<<http://www.camara.leg.br/radio/programas/413523-os-avancos-e-os-desafios-da-lei-maria-da-penha.html>>. Acesso em: 30 out. 2020.

PAIXÃO, Fernanda. **Argentina lança plano nacional contra aumento da violência doméstica na pandemia.** Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/2020/07/10/com-aumento-da-violencias-domestica-na-pandemia-argentina-lanca-plano-nacional.html>>. Acesso em: 26 out. 2020.

PENHA, Instituto Maria da. **Ciclo da violência saiba identificar as três principais fases do ciclo e entenda como ele funciona.** Disponível em:

<<http://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>>. Acesso em: 31 out. 2020.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: lei 11.340/2006 análise crítica e sistêmica**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RIBAS, Carolline Leal. **Da (in)eficácia da Lei Maria da Penha: avanços e desafios a serem superados**. Disponível em:

<<http://www.ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/da-in-eficacia-da-lei-maria-da-penha-avancos-e-desafios-a-serem-superados.html>>. Acesso em: 30 out. 2020.

RODRIGUES, Léo. **Em 91,7% das cidades do país, não há delegacia de atendimento à mulher**. Disponível em:

<<http://www.agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-09/em-917-das-cidades-do-pais-nao-ha-delegacia-de-atendimentomulher.html>>. Acesso em: 30 out. 2020.

SALDINHA, Núria; HENRIQUE, Fernando. **Violência contra mulheres aumenta nos EUA em período de isolamento social**. Disponível em:

<<http://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/05/22/violencia-contra-mulheres-aumenta-nos-eua-em-periodo-de-isolamento-social.html>>. Acesso em: 26 out. 2020.

SENADO, Data. **Violência contra a mulher: agressões cometidas por 'ex' aumentam quase 3 vezes em 8 anos**. Disponível em:

<<http://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacaodatasenado?id=violencia-contra-a-mulher-agressoes-cometidas-por-2018ex2019-aumentam-quase-3-vezes-em-8-anos-1.html>>. Acesso em: 27 out. 2020.

SENADO, TV. **Violência doméstica aumenta em vários países durante a pandemia**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/tv/programas/cidadania-1/2020/05/violencia-domestica-aumenta-em-varios-paises-durante-a-pandemia.html>>. Acesso em 26 out. 2020

SOBOLH, Telma. **Violência contra a mulher: a pandemia que não cessa**.

Disponível em: <<http://www.saude.abril.com.br/blog/com-a-palavra/violencia-contra-a-mulher-a-pandemia-que-nao-cessa.html>>. Acesso em: 26 out. 2020.

SUDRÉ, Lu; COCOLO, Ana Cristina. **Brasil é o 5º país que mais mata mulheres**.

Disponível em:

<<http://www.unifesp.br/reitoria/dci/publicacoes/entreteses/item/2589-brasil-e-o-5-pais-que-mais-mata-mulheres.html>>. Acesso em: 30 out. 2020.

TALKS, Usp. **Violência contra a mulher / Silvia Chakian**. Disponível em:
<<http://www.youtube.com/watch?v=N4IYFc0h36w.html>>. Acesso em: 31 out. 2020.

VIAPIANA, Tábata. **Número de denúncias de violência doméstica volta a subir em São Paulo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-15/numero-denuncias-violencia-domestica-volta-subir.html>>. Acesso: 27 out. 2020.

ADOÇÃO INVERSA NA TERCEIRA IDADE NO ÂMBITO JURÍDICO BRASILEIRO

LUIS EDUARDO DOS SANTOS GUEDES:

Acadêmico do curso de Direito, no Centro
Universitário Católica do Tocantins

RESUMO: O presente artigo discorrerá sobre a viabilidade jurídica de realizar a adoção de idosos em situação de abandono, neste aspecto elencará as prerrogativas já existentes sobre os direitos do idosos, princípios e entendimentos dos tribunais quanto aos casos concretos. Diante desta realidade o artigo fixou a seguinte problemática: quais os procedimentos à luz dos diplomas constitucionais far-se-ão necessário obedecer para efetivar a adoção? Frente a problemática foram definidos os objetivos como os posicionamentos dos tribunais superiores em processos de adoção de idosos, trazendo ao estudo caso concreto para verificar de que maneira foram abordados os pedidos e os entendimentos doutrinários, artigos e periódicos que versam sobre o tema. Para viabilizar o estudo, a análise descritiva analítica, de natureza qualitativa, por finalidade trazer o debate quanto à possibilidade jurídica de adotar idosos em situação de abandono, e como técnica para obtenção dos resultados foi utilizado a coleta de dados. Por fim conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro ainda há lacunas as serem preenchidas e legislar sobre o tema de adoção de idosos é uma delas, há previsões e prerrogativas constitucionais e infraconstitucionais apresentando as possibilidades para que não a perda desse direito tão importante aos idosos.

Palavras-chave: Adoção de idosos. Adoção às avessas. Família substituta.

ABSTRACT: This article will discuss the legal feasibility of carrying out the adoption of elderly people in a situation of abandonment, in this aspect it will list the existing prerogatives on the rights of the elderly, principles and understandings of the courts in relation to specific cases. In view of this reality, the article fixed the following problem: what procedures in the light of the constitutional diplomas will be necessary to obey to effect the adoption? Faced with this problem, objectives were defined as the positions of the higher courts in the adoption processes of the elderly, bringing to the concrete case study to verify how the requests and doctrinal understandings, articles and periodicals dealing with the topic were addressed. In order to make the study feasible, the descriptive analytical analysis, of a qualitative nature, aims to bring the debate about the legal possibility of adopting elderly people in a situation of abandonment, and as a technique for obtaining the results, data collection was used. Finally, it is concluded that the Brazilian legal system still has gaps to be filled and legislating on the topic of adoption of the elderly is one of them, there are predictions and constitutional and infra-constitutional prerogatives presenting the possibilities so that the loss of this so important right to the elderly is not lost.

Key-words: Elderly adoption. Inverse adoption. Substitute Family.

INTRODUÇÃO

O presente estudo versará sobre a possibilidade de adoção da pessoa idosa em situação de abandono no Brasil. Grupo populacional que está em constante crescimento, e nas últimas décadas teve um aumento significativo. A mensuração populacional dessa parcela da sociedade foi realizada pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad) e que divulgou o resultado para o público em 2018.

Em decorrência do contínuo aumento de idosos no país, surge a inquietação dos cidadãos, da sociedade em geral, provocação esta que questiona: como proceder quando surgir a vontade de adotar um idoso que se encontra abandonado, situação de desamparo sendo pelos seus familiares consanguíneos ou por não ter mais parentes vivos ou de seu conhecimento? Diante deste fato surge uma inquietação nos cidadãos que demonstram o interesse de promover a adoção nesses casos; bem como, de quais os procedimentos à luz dos diplomas constitucionais far-se-á necessário obedecer para efetivar a adoção?

A inquietação em relação a essa modalidade de adoção específica faz-se necessário que os poderes legislativos e judiciário, em conjunto com a sociedade, estabeleça meios e critérios para que possa ocorrer de maneira legítima, que garanta ao adotante e ao adotado todos os direitos e deveres inerente a esse caso.

Ante uma legislação própria, tal qual como há para os casos de adoção de crianças, o adotante da pessoa idosa, com base na normativa legal poderá de fato promover, não ficará dependente do entendimento somente do magistrado, a norma regulamentada irá trazer mais segurança jurídica aos envolvidos, será uma garantia legalista de que irão respeitar e cuidar do idoso adotado conforme estabelece a Carta Magna.

Por ser um possibilidade recente, devido ao aumento significativo da população idosa e por consequência o abandono por parte de seus familiares consanguíneos, a busca ao Estado para deliberar sobre esses tipos de ações vem aumentando consideravelmente, inclusive, já ocorre comissões debatendo sobre o assunto no Congresso Nacional, comissões estas que buscam formas de normatizar o a adoção da pessoa idosa, assim, faz necessário a tutela do Estado aos casos que chegam a seu conhecimento pleiteando o deferimento do pedido mas por não haver um dispositivo legal abordando o assunto, o Estado fica limitado em sua atuação.

Em razão da lacuna legislativa, resta os tribunais superiores deliberarem sobre o tema atualmente, situações estas que dificilmente formam jurisprudências

devido ao indeferimento do pedido logo na primeira instância, recusa esta motivada pela ausência de pressupostos legais, normas que serviriam para nortear o magistrado e aos interessados que pleiteiam pela guarda do idoso.

Para o desenvolvimento deste trabalho científico faz necessário a explanação de forma descritiva analítica, na qual serão utilizadas pesquisas exploratórias, doutrinas e jurisprudências para trazer mais proximidade à realidade sobre a situação abordada. Assim, com esses pontos será possível ter uma visão mais realística de como proceder nessa situação tão singular, onde uma pessoa possa, amparado por uma legislação específica, adotar um idoso que se encontra na situação de abandono.

1. PROCEDIMENTOS À LUZ DOS DIPLIMAS LEGAIS PARA ADOÇÃO DE IDOSOS.

O ato de adotar seria o início de um elo emocional entre duas pessoas que até então são desconhecidas, a adoção é um vínculo que ultrapassa os laços naturais e consanguíneos existentes, a adoção é externar a vontade de dar continuidade a família independente da descendência ali existente.

A adoção tem sua origem na necessidade de poder dar continuidade à sua família, no caso de pessoas que não tenham filhos, ou seja, a adoção surgiu inicialmente como uma possibilidade para aqueles que não podiam ter filhos dar continuidade a sua linhagem. (GONÇALVES, 2010, p. 364-365).

A adoção se compreende por um ato jurídico, a qual a pessoa recebe outra como filho e para isso estabelece vínculos à mesma, equiparando-os aos laços sanguíneos. Nesse sentido Gonçalves (2010, p. 367) leciona que “Adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”.

O procedimento para poder realizar a adoção da pessoa idosa iniciaria com a alteração legislativa da Lei 10.741/03, mudança essa que implementaria no Estatuto do Idoso a possibilidade de realizar a adoção de idosos em situação de abandono. Visto que a Carta Magna discorre no sentido de que a sociedade e o Estado tem responsabilidade solidaria quanto ao cuidado desse grupo populacional tão frágil e desassistido em muitos casos, visto a omissão por parte de seus tutores primários, no caso filhos ou familiares consanguíneos, a responsabilidade sobre tutelar esses idosos recairia sobre o Estado e a sociedade.

Para proceder com a adoção de pessoas idosas, é necessário respeitar os princípios norteadores do instituto da adoção, princípios estes que garante a

seguridade de todos os direitos inerentes ao idoso, não podendo ser suprimido ou deixado de ser seguido quanto a novação legislativa no quesito adotivo.

1.1. Os princípios norteadores da proteção da pessoa idosa

A Constituição Federal, no artigo 229, disposto no capítulo VII, da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, traz a seguinte redação “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, **e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.**” (BRASIL, 1988) (grifou-se).

No artigo subsequente neste mesmo capítulo, no artigo 230, a Constituição reservou-se em discorrer de quem teria o dever de amparar a pessoa idosa, quanto a responsabilização, o texto constitucional salientou que é dever da família, da sociedade e do Estado a obrigação de zelar, defender e garantir o direito à vida das pessoas idosas.

Assim, com base nos artigos supracitados, compreende-se que a pessoa idosa tem direito à proteção integral, tornando assim um dos princípios que deve ser respeitado na hora de legislar sobre o tema.

A pessoa idosa tem o direito constitucional de ser protegido e ter todos seus direitos garantidos, nesse aspecto, os legisladores foram incisivos ao elaborar a Lei 10.741/03, onde discorre sobre quem são os responsáveis e elenca quais os direitos terão que ser tratados como prioridade absoluta, nesse sentido faz necessário transcrever o artigo que elenca esses direitos.

Art. 3 É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (ESTATUTO DO IDOSO, 2003).

Nesse sentido, visando ainda mais a tutela protetiva da pessoa idosa, no ano de 2017, houve uma alteração legislativa, aprimorando mais a efetivação de acesso aos direitos elencados no artigo supracitado, assim com o advento da Lei

23 Artigo 230, Constituição Federal. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

13.466/17, foi deliberado sobre a prioridade especial aos idosos que tem oitenta anos ou mais, a referida lei tratou de especificar essa prioridade no artigo 2º, §224.

Assim, trazendo mais segurança jurídica para que as pessoas idosas possam requerer seus direitos e assim obter um resultado satisfatório, respeitando assim a redação da Constituição e tornando-o mais um princípio basilar para os direitos das pessoas idosas.

1.2. DOS PROCEDIMENTOS LEGAIS À LUZ DOS DIPLOMAS LEGAIS

O legislador terá que observar pela ótica do convívio familiar e em sociedade para poder legislar sobre o tema, buscando uma regulamentação sobre a adoção do idoso, visto que, são sobre esses dois prismas de relacionamentos que serão resguardados e amparados ao seu envelhecimento sadio.

Nesse sentido o Estatuto do Idoso, no capítulo IX que versa sobre a habitação, em seu artigo 37, *caput*²⁵ discorre sobre a convivência familiar e comunitária do idosos, onde dar-se-á em uma família consanguínea, em uma família substituta ou desacompanhado de familiares, quando assim o desejar, respeitando sempre a vontade do idoso, caso esteja em plenas faculdades mentais e físicas, pois se tiver, poderá optar onde gostaria de viver para evitar cerceamento a sua rotina.

Perfaz necessário trazer à baila o significado de família natural e substituta, assim, em analogia valer-se-á do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90), nesse sentido o artigo 25 do referido dispositivo legal entende “por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”, nesse sentido far-se-á necessário também promover a menção do artigo 28 do mesmo diploma legal, onde no *caput* discorre que “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção [...]”.

Quanto ao artigo supramencionado, Monteiro (1996, *apud* RODRIGUES, 2016), discorre de forma que não haja interpretação do adjetivo “natural” visto que, a utilização do termo é somente para diferenciar a origem familiar sem qualquer cunho discriminatório, então leciona “Com ou sem casamento, desde que uma comunidade de vida se formou entre os pais, ou qualquer deles, e os filhos, a família,

24 Lei 13.466/17, artigo 2º Dentre os idosos, é assegurada prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos.

25 Lei 10.741/03, artigo 37, *caput*. O idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

assim constituída, não pode deixar de ser havida como família natural, para os fins legais”.²⁶

Diante disto, a utilização do adjetivo natural nada mais é do que a distinção entre o vínculo sanguíneo ou biológica para a família adotiva.

Destarte, motivada por alguma razão, seja qual for, o artigo 37 do Estatuto do Idoso, ora citado anteriormente em sua redação legal, aduz que em casos que a família biológica não prestar as devidas tutelas, a morada da pessoa idosa ocorrerá junto à família substituta, família está que substituirá a natural e nessa seara, como já visto, as crianças e adolescentes já tutelados pelas famílias substitutas por meio de guarda, adoção ou tutela, que para idoso, há a necessidade de recorrer a outros institutos jurídicos para resguardar seus direitos visto que, não há uma regulamentação quanto a adoção da pessoa idosa.

Ao analisar os dispositivos legais existentes, em uma analogia sistemática dos textos legais, é possível observar que algumas normas já trazem situações que equivalem a uma tutela que, mesmo ante a lacuna legislativa sobre a matéria, ainda é possível pleitear o direito de adotar um idoso.

No Estatuto do Idoso, em seu artigo 3627 discorre em sua redação sobre o acolhimento, um instituto que pode ser equivalente à guarda, ainda mais, quando no *caput* destaca “situação de risco” observando a ausência da tutela familiar nesse momento de necessidade que o idoso se encontra.

O instituto da curatela, disposta nos artigos 1.767 a 1.783 do Código Civil brasileiro, pode servir como base para a tutela do idoso, visto que a curatela serve para que um responsável tome conta de uma pessoa que se encontra incapaz de exercer seus direitos civis plenamente, enquanto a tutela é quando, por meio de Sentença, é determinado que alguém cuide do menor incapaz enquanto necessário, nesse aspecto a pessoa idosa ficaria sobre a tutela de seu adotante, em uma analogia ao caso de adoção sem legislação específica.

Já o instituto da adoção, como já discorrido anteriormente, tem por objetivo constituir vínculo parental civil entre os envolvidos no ato, no caso, o adotante e o adotado, situação está que pode ser aplicada também ao idoso, que ao figurar em quaisquer dessas posições ora supramencionadas formará uma família

²⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais (arts. 25-27), p. 102.

²⁷ Estatuto do Idoso, Artigo 36. O acolhimento de idosos em situação de risco social, por adulto ou núcleo familiar, caracteriza a dependência econômica, para os efeitos legais.

substituta, fazendo assim a pessoa idosa ser aparada na nova família pelo acolhimento, curatela ou adoção.

2. JURISPRUDÊNCIAS DAS INSTÂNCIAS SUPERIORES EM CASOS DE ADOÇÃO DE IDOSO.

Ante as situações de abandono de idosos existente no país, o aumento dessa parcela populacional, não é de se estranhar que chegue ao Poder Judiciário processos pleiteando a adoção de idosos em situação de abandono, nesse sentido, far-se-á necessário trazer ao estudo processos que tramitaram nesta seara.

O caso da Sra. Maria Cotinha e da Gláucia Andressa dos Santos Gomes²⁸, situação está que ganhou repercussão nacional na mídia jornalística, será o processo a ser explanado para demonstrar os entraves jurídicos nesse sentido.

A Apelação Cível que tramitou sob nº 1007258-69.2019.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante G. A. DOS S. G (justiça gratuita), é apelada M. C. DOS S. G..

Sob voto de nº 36.630, em face à ação de reconhecimento de maternidade socioafetiva ou adoção socioafetiva de idosa. Em tese de relatório, a Ré que viveu desde os 05 anos de idade em um hospital, passou a residir com a Autora desde o ano de 2016 e atualmente encontra-se com 68 anos de idade. Ante a relação de coabitação, a Autora em alegação afirma ter uma relação materno-filial com a idosa, ré, no qual é portadora de "retardo mental grave". Ante o caso em tela, em primeira instância, o juiz *a quo* proferiu sentença julgando improcedente a ação. Assim, ante o indeferimento do pleito, a Autora interpor Apelação Cível, a socioafetividade que constitui fonte autônoma de parentesco, independentemente do vínculo biológico ou jurídico. Nesse aspecto, não houve a comprovação, contudo, da posse de estado de filha da idosa. A adoção da idosa é inviável, ante o fato do não preenchimento de requisito do objetivo da diferença de idade e por não apresentar reais benefícios à adotanda. Os instrumentos ora levantados pela Autora em favor da ré já lhe resguardam e garantem a dignidade da idosa. O exercício da curatela pela autora e a inserção do seu sobrenome no assento de nascimento da idosa que concretizam a dignidade e assim permitem o pleno exercício de sua cidadania. Institutos da maternidade socioafetiva e adoção que devem se preservar em sua natureza e serão sempre deferidos em benefício de uma pessoa que se encontra em estado de vulnerabilidade. O fato de ter afeto e confiança existente entre a adotante e o

²⁸ BERNADO, André. " A mulher de 30 anos que luta para adotar diosa de 67: 'Ela ganhou um lar e eu, mais uma filha' ".Rio de Janeiro. 23 de maio de 2019. BBC News – Brasil. Disponível em < <https://www.bbc.com/portuguese/geral-48366582> > .

adotanda, não autorizam por si só, que haja o reconhecimento da relação materno-filial.

Em sentença, o magistrado ponderou sua decisão sob os argumentos de que os laços ali existentes não são suficientes à caracterização de uma relação de mãe e filha, que ante o simples fato de ter acolhido a idosa em seu lar não configura, necessariamente, o vínculo de filiação de uma maneira sólida e duradoura, visto que a diferença de idade deve ser levada em consideração.

Que o tratamento afetivo e os cuidados dados à ré em decorrência do exercício da curatela, não garantem que a argumentação de filiação por socioafetividade por si só garantem a aplicabilidade das peculiaridades existentes no instituto da adoção.

Ante a vista do *Parquet*, a requerente não cumpre o critério de ser mais velha 16 anos que a adotanda e que o ato de adotar não traria benefícios para a Ré, visto que, já se encontra em cuidado sob cuidado da requerente e, pelo o que consta, está muito bem assistida.

Alega a requerente que a diferença de idade ora levantada pelo Ministério Público deve ser flexibilizada, ante o fato de que, a Ré por ter 66 anos de idade, não significa que condiz com sua capacidade mental, conforme pode ser verificado pelo laudo acostado pelo perito na ação de interdição. Fora o fato de que a Ré exige cuidados, tal qual uma criança, neste aspecto faz-se necessário o reconhecimento de fato da maternidade socioafetiva para que a idosa não tenha seus direitos cerceados.

Assim, pleiteia a adoção da idosa com fulcro no artigo 37 do Estatuto do Idoso, eis que já se encontra em família substituta desde 2016, pleiteou também a inserção de sobrenome, local de nascimento e data de nascimento, para que assim, pudesse regularizar sua situação ante a sociedade civil e poder requerer benefícios junto ao INSS. Ainda na seara de fundamentação dos pedidos, requereu o afastamento do critério de diferença de idade, com base no artigo 10, §3º do Provimento 63/2017 do CNJ, ante o fato de que sua idade física não ser equivalente à mental.

O julgado ponderou de forma que reconhece a afetividade existente entre a requerente e a requerida, que nesse sentido de negativa, não é deixando de reconhecer a existência da afetividade mas sim da relação materno-filial, que deve

ser interpretado à luz dos pressupostos e requisitos previstos nos artigos 227 a 229 da Constituição Federal e no artigo 1.619 do Código Civil²⁹.

Assim, não há como haver a permissão de que a maternidade socioafetiva de uma pessoa de 32 anos, que, caso seja deferida, se tornará mãe de uma idosa de 68 anos. Ante o caso, a curatela se mostra mais adequada para regularizar a situação jurídica existente, pois, implica deveres e cuidados e a representação legal da curatelada vulnerável.

Não há como aplicar o instituto da adoção, visto a diferença de idade entre a adotante e o adotando, para tanto deveria obedecer aos termos do artigo 1.619 Código Civil e 42,§3º do ECA. Nessa seara, é possível vislumbrar que há uma flexibilização existente para tal requisito de idade, contudo, tem uma interpretação finalística direcionada ao resguardo do melhor interesse do adotado³⁰.

Mesmo sob a argumentação de que os cuidados necessários para a manutenção da pessoa idosa seja equivalentes a de uma criança, a verdade é que a adotante é uma idosa portadora de “retardo mental grave” e assim, não há como converter a pessoa idosa portadora de uma deficiência mental, sujeita à curatela, em uma criança devido a sua idade mental e assim submeter à adoção.

Assim, por todo o exposto, o Douto julgador entendeu que mesmo que a afetividade entre as partes sejam mais que comprovadas e que há dependência da ré em relação à autora, o fator primordial para figurar a adoção não foram vislumbrados e os elementos tragos ao conhecimento deste juízo por si só não autorizam o deferimento dos pedidos de adoção ou de perfilhação socioafetiva.

3. A POSIÇÃO DOUTRINARIA SOBRE A ADOÇÃO DE IDOSO, ARTIGOS CIENTIFICOS E ESTUDOS SOBRE A TEMATICA.

A luz da literatura é possível identificar artigos que norteiam a adoção da pessoa idosa e também direcionam a qual caminho a doutrina pode seguir acerca dessa possibilidade adotiva.

Nesse aspecto, far-se-á necessário trazer a este estudo o artigo da Patricia Novais Calmon³¹, onde a Autora discorre sobre uma probabilidade jurídica, a

²⁹ Artigo 1.619 Código Civil. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

³⁰ RT 873/202 e JTJ 325/262.

³¹ Patricia Novais Calmon, Advogada. Mestranda em Direito Processual Civil na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Presidente da Comissão da Adoção e do Idoso do IBDFAM-ES. Diretora da Associação Brasileira de Advogados – ABA (Vila Velha – ES). Membro da Comissão

possibilidade de inserção do idoso em uma família substituta seguindo o rito da adoção, no caso, seria uma interpretação sistemática e de analogias aos procedimentos regulamentados sobre o tema já existente, trazendo ao estudo uma adaptação dos institutos que regulam a adoção das crianças e adolescentes.

O referido artigo insta salientar desde o ato de abandono que o idoso sofre até a inserção em uma nova família substituta. Para quantificar melhor os dados ora narrados no presente artigo, a autora trouxe ao estudo dados estatísticos de denúncias ao Disque 10032, dados esses que demonstram e explicitam a quantidade e a forma de abuso que a pessoa idosa vem sofrendo, no caso em tela, a menção acrescentou a estatística quantitativa dos casos de abandono e negligência de idosos.

Ainda no aspecto de resguardo na terceira idade, o artigo foi enfático em demonstrar um aumento significativo de denúncias, também discorreu sobre o aumento do índice de idosos em Instituições de Longa Permanência de Idosos – ILPI ou popularmente conhecida como asilos e ou abrigos. Foi apresentado em um levantamento recente que, em relação às instituições públicas houve um aumento de 33% em 5 anos, o intervalo de tempo estudado foi entre 2012 a 2017³² e o dado se demonstra preocupante quando o levantamento foi realizado apenas em instituições públicas, locais estes que correspondem apenas a 6% de todas aquelas propícias à institucionalização de idosos.

Outro fato alarmante são quando os direitos ora relacionados nessa temática são de idosos que não possuem cônjuges ou descendentes dos quais possam vir a depender ou ter um apoio de seus familiares consanguíneos. A literatura oriunda de outros países estabelece uma denominação para esses idosos que são sozinhos e sem descendentes, a expressão utilizada é *elderly orphans*, que em uma tradução literal seria “idosos órfãos”

A autora demonstrou em seu estudo a previsão legal expressa no Estatuto do Idoso e na Constituição Federal, visto que, nesses diplomas legais as normativas expressas que discorrem sobre o amparo e assistência à pessoa idosa deve-se respeitar os princípios normativos que norteiam essa matéria.

Especial do Idoso da OAB/ES. Membro da Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia. Membro da International Society of Family Law.

32 Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Estatísticas disponíveis em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/ouvidoria/balanco-disque-100>>. Acesso em 28 de out de 2020.

33 Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/07/total-de-idosos-que-vivem-em-abrigos-publicos-sobe-33-em-cinco-anos.shtml>>. Acesso em 28 de out de 2020.

Ante a falta de um conceito definido pelo legislador que discorreu sobre os Estatuto do Idoso ao trazer a expressão “família substituta”, a subjetividade poderia ser um empasse na hora da aplicação ao caso concreto, contudo, a falta de um conceito expresso na referida lei não seria motivo para dificultar a aplicabilidade em um caso concreto. O ordenamento jurídico brasileiro, em um dos seus diplomas legais, já que a Lei 8.069/9034 já reconhece a existência de três tipos conceituais de famílias, sendo elencados nos artigos 25 e 28 do dispositivo legal supracitado.

Para tanto, ante a mínima matéria sobre a seara adotiva da pessoa idosa, ao menos três projetos de leis foram apresentados visando a regulamentação do assunto no país. O primeiro deles é o Projeto de Lei Federal nº 956/201935 que tem por objetivo a inserção de mais um artigo no Estatuto do Idoso, que o Poder Público fomentaria o procedimento e os ditames legais a serem obedecidos.

Em sequência, versando sobre o mesmo tema, foi apresentado o Projeto de Lei nº 5.532/201936, que tem por objetivo a alteração do Estatuto do Idoso para inserir entre as hipóteses de proteção especial a inserção do idoso em uma família substituta.

O terceiro Projeto de Lei é o de nº 5.475/201937, o qual busca trazer ao ordenamento jurídico o conceito de família substituta e incorporar requisitos específicos para realizar o procedimento de adoção de idosos.

Ante toda a narrativa necessária no presente estudo, a Autora trouxe como o principal questionamento de seu artigo a forma que seria superado a regra imposta no artigo 42, §3º38 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A regra disposta no referido artigo é uma fixação oriunda de uma construção que ocorreu no período romano e se perpetuou ao longo do tempo, contudo, nem de perto a de representar uma absoluta verdade, regra esta que se baseia no entendimento de que a adoção imita a natureza.

34 Lei nº 8.069/90 Estatuto da Criança e do Adolescente.

35 Projeto de Lei nº 956/2019. Autor Vinicius Farah – MDB/RJ. Ementa: Altera o Estatuto do Idoso, aprovado pela Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, para inserir os incisos I, II, III, IV e V ao Art. 52º no capítulo II, do Título IV e o Art. 119, ao Título VIII.

36 Projeto de Lei nº 5.532/2019. Autor Osseio Silva – REPUBLIC/PE. Ementa: Altera a Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, que “Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências”, para inserir no ordenamento jurídico brasileiro a adoção de idosos. (Lei Dona Cotinha).

37 Projeto de Lei nº 5.475/2019. Autor Pedro Augusto Bezerra – PTB/CE. Ementa: Altera a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 203 (Estatuto do Idoso), e a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a possibilidade de adoção de idosos, e dá outras providências.

38 Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 42, §3º. O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

Neste sentido, o Poder Judiciário já vem promovendo flexibilização quanto a essa regra do artigo supracitado, norteando-se pelo princípio do melhor interesse da criança ante a diferença de idade, ante o cenário concreto de que o adotante possui uma diferença de idade inferior ao previsto no artigo supramencionado, ressaltando assim o que é mais relevante e verdadeiramente vantajoso para o adotado³⁹.

Fora o fato de julgados relativizando a idade entre os interessados na adoção, insta salientar que o conceito histórico sobre qual o artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente já não é tão mais usual quanto antes, visto que, a adoção não obedece mais a natureza. Atualmente já é possível vislumbrar várias formas de família que não se enquadra mais no padrão tradicional, um exemplo a ser citado é o de adoção por casais homoafetivos⁴⁰.

Ainda na problemática do estudo da Autora, ela trouxe ao questionamento outra inquietação, ante a inserção de um idoso em uma nova família, o adotado poderia ser considerado filho de uma pessoa mais nova ou isso seria o fator de menos importância no caso?

O questionamento logo é sanado, ante o fato de que, a qualificação da nomenclatura ora estabelecida para cada parte do caso concreto, ora, há alguns anos era debatido que iria figurar como mãe e como pai em casos de adoção por casais homoafetivos, e que tais especulações somente ocorrem por base no dogma já citado de que a adoção imita a natureza.

Ante essa situação quanto a nomenclatura que possa ser utilizada, não seria uma situação atípica ver a possibilidade jurídica de uma titulação atípica de membro da família, tal questão poderia servir para resguardar todos os direitos previstos em lei. Ora que o legislador não se restringiu a conceituar o que seria o "parentesco de outra origem" ora inscrito na redação do artigo 1.593 do Código Civil⁴¹.

O objetivo da Autora foi promover o debate sobre o assunto, trouxe em seu estudo alternativas que poderiam ser adotadas se baseando nos projetos de lei em tramite e nos diplomas legais já existentes. Ante o envelhecimento da sociedade e assim o aumento dessa parcela populacional, é necessário o debate para poder obedecer a Constituição Federal e o Estatuto do Idoso, onde neles versam sobre os direitos dos idosos e sua inserção na sociedade e garantia de sua velhice digna.

39 MINAS GERAIS. TJMG – Apelação Cível: AC 10567150068854001 MG – Inteiro Teor; DISTRITO FEDERAL. TJDF – APELAÇÃO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE: APL 20000130017887 DF. 40 Adoção por casais homoafetivos: BRASIL. STF, RE 846102, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 05.03.2015, publicado em Dje-052 17.03.2015 PUBLIC 18.03.2015.

41 Artigo 1.593, Código Civil. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

Tal necessidade se faz não somente pela crescente quantidade de casos de idosos abandonados mas também pelo segmento de idoso que se enquadram no “idosos órfãos”, tal debate visa a viabilidade social desse grupo ter os seus direitos garantidos e não serem esquecidos, e assim, podendo ser reinserido em uma família que o tanto deseja e com isso garantido o direito à convivência comunitária e familiar.

Não muito distante do objeto de estudo deste artigo, o Autor Oswaldo Peregrina Rodrigues ⁴² em seu estudo se objetivou em extrair os principais pontos do Estatuto do Idoso que sejam conexos com o Direito de Família, contudo, serão destacados apenas os pontos relevantes para atingir o objetivo deste artigo. Neste aspecto o Autor trouxe ao estudo normais legais que asseguram o direito das pessoas idosas.

A Declaração Universal dos direitos dos homens, editada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, artigo XXI⁴³, item 1, assim, em suma, direta proteção ao envelhecimento. Trazendo ao cenário nacional, a Carta Magna disciplina um capítulo para cuidar da pessoa idosa, vez que, o capítulo VII, Título “Da Ordem Social”, que é destinado à “Família, Criança, Adolescente e Idoso”, onde no artigo 229⁴⁴ leciona que “...Os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” e o artigo subsequente complementa o seguinte: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (artigo 230, *caput*. Constituição Federal de 1988).

Nesse aspecto, insta ressaltar a Lei Federal nº 8.842/94, dispositivo este que dispõe da Política Nacional do Idoso, cujo primeiro artigo já estabelece o objetivo dessa política: “assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade”.

Quase uma década posterior a Lei Federal supracitada, foi sancionado o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) que é um micro sistema legal que versa sobre

42 Oswaldo Peregrina Rodrigues. Promotor de Justiça em São Paulo (SP). Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação da Escola Superior do Ministério Público. Professor Universitário. Mestre e Doutorando pela PUC-SP. Sócio e diretor Regional (SP) do IBDFAM.

43 Declaração Universal dos Direitos do Homem. Artigo 25, item 1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”

44 Artigo 229, Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

regras e diretrizes materiais e processuais, no aspecto civil, penal e administrativos inerentes aos direitos, garantias e proteções ao idoso.

No aspecto quanto a família natural e substituta, o Autor trouxe ao estudo o conceito doutrinário de cada tipo de relação afetiva, sendo sanguínea ou afetiva. Para trazer o conceito, o escritor lesiona por meio de uma analogia com o Estatuto da Criança e do Adolescente a definição da família natural e da família substituta, para tanto utilizou-se os artigos 25 e 28, ECA.

Para tanto, a família natural é tratada como àquela que desce de um vínculo sanguíneo ou biológica, enquanto a substituta é aquela na qual insere o adotando ante o vínculo afetivo e amoroso ali existente.

Nessa seara, o Autor foi enfático em destacar os pontos, dentro dos próprios diplomas legais vigentes uma interpretação analógica ao procedimento objeto deste estudo. Assim, destaca que no artigo 36 do Estatuto do Idoso⁴⁵, o legislador ao utilizar o termo acolhimento, far-se-á possível fazer uma equivalência ao instituto da guarda.

Já no Código Civil, é possível localizar um outro instituto que em uma aplicação, pode ser cabível no caso da adoção de idosos, outrossim, o Autor lesiona que;

A **curatela** possui coesa aplicação com a tutela⁴⁶, cuja diferença basilar é que esta se aplica em incapacidade civil decorrente da idade, enquanto aquela à decorrente de problemas psíquicos ou psicológicos.

E o terceiro ponto é a adoção, que por este instituto é possível constituir o vínculo parental civil entre o adotante e o adotado, o que pode ser trago ao caso da adoção de idosos, que, ao figurar em qualquer destas posições ora descritas configurará em uma família substituta, estando assim, a pessoa idosa amparada em uma nova família não consanguínea podendo ser pelo acolhimento, curatela ou pela adoção.

Assim, é observável que o Autor teve por objetivo em seu estudo elencar os principais direitos inerentes a pessoa idosa, e nesse aspecto, não seria possível deixar de mencionar a possibilidade de adotar, visto que, a parcela da população que

45 Artigo 36, Estatuto do Idoso. O acolhimento de idosos em situação de risco social, por adulto ou núcleo familiar, caracteriza a dependência econômica, para os efeitos legais.

46 A curatela está embutida nos arts. 1.767 a 1.783 do Código Civil de 2002, cujo art. 1.781 determina: "As regras a respeito do exercício da tutela aplicam-se ao da curatela, com a restrição do art. 1.772 e as desta Seção."

representa os idosos vem crescendo significativamente e com isso deve-se aprimorar ainda mais os direitos e garantias das pessoas idosas.

Os estudos ora mencionados, foram necessários para demonstrar que o assunto vem se tornando mais frequente, frente ao aumento de casos de idosos abandonados e os processos judiciais ingressados pleiteando tal objetivo, nesse sentido, faz necessário dar destaque ao caso da Sra. Maria Cota e da Gláucia Andressa Santos⁴⁷, caso esse que ganhou repercussão ante a situação em que se encontrava a então conhecida Cotinha, em síntese, a Sra. Cotinha foi internada no hospital ainda criança e nenhum familiar foi busca-la, assim, passou a morar nas dependências do hospital e ao ter ciência do fechamento da unidade, a Sra. Gláucia decidiu adotá-la.

Assim, com os crescentes casos de demanda judicial pleiteando a adoção de um idoso, a Câmara Federal, por meio de audiência pública para promover o debate de casos sobre adoção de pessoa idosa em situação de abandono, e para tanto o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM esteve presente para enriquecer mais ainda o debate.

A audiência pública serviu para debaterem sobre a necessidade de mais políticas públicas e uma maior efetividade da aplicação do Estatuto do Idoso para uma maior seguridade dessa parcela da população e também a adoção foi uma das pautas principais.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo evidenciar os entraves jurídicos para a adoção de idosos do que necessariamente trazer soluções definitivas para o assunto. Nesse sentido, as barreiras hermenêuticas existentes dificultam ainda mais a inserção de idosos em famílias substitutas, assim, visto o aumento da população idosa, o desamparo e/ou abandono de seus familiares consanguíneos alimentam mais o cenário de descumprimento de direitos fundamentais para viver uma velhice digna e com todos os direitos respeitados e de fatos colocados em prática.

Os entraves nos tribunais vão em cheio ao que a legislação vigente limita ao assunto, e por não haver uma regulação da adoção de idosos e de fato uma terminologia correta para isso e como funcionaria na prática, os magistrados ficam limitados. Para tanto, ante uma alternativa que evite a perpetuação de abandono de idosos e a não participação da sociedade e do Poder Público para isso, seria uma ressignificação e modernização aos moldes atuais do cenário da terceira idade para que haja uma forma plena de reinserção do idoso ao seio familiar que lhe queira por

⁴⁷ Autor: André Bernado. "A mulher de 30 anos que luta para adotar idosa de 67: 'Ela ganhou um lar e eu, mais um filha'. BBC News – Brasil.

perto afetivamente, e com isso, garanta o tão desejado direito à convivência familiar e comunitária e uma vida digna.

REFERÊNCIAS

A mulher de 30 anos que luta para adotar idosa: 'Ela ganhou um lar e eu, mais uma filha' - BBC News Brasil. BBC News Brasil. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-48366582>>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 01 de nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre: Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 01 de nov. de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em 01 de nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.466, de 1º de julho de 2017. Dispõe sobre: Altera os arts. 3º, 15 e 71 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13466.htm>. Acesso em 01 de nov. de 2020.

Camara.leg.br. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192561>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

Camara.leg.br. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2225387>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

Camara.leg.br. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2224737>>. Acesso em: 01 de nov. 2020.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 de nov. 2020.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Brasil. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 01 de nov. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família – 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.**

IBDFAM: Especialistas do IBDFAM participam de audiência pública na Câmara sobre adoção de pessoa idosa em situação de abandono – ANOREG. Anoreg.org.br. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/2019/12/12/ibdfam-especialistas-do-ibdfam-participam-de-audiencia-publica-na-camara-sobre-adoacao-de-pessoa-idosa-em-situacao-de-abandono/>>. Acesso em: 2 Nov. 2020.

MONTEIRO, Washington de Barros. Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários jurídicos e sociais (arts. 25-27). In: CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando; MENDES, Emília Garcia (coords.) *Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários jurídicos e sociais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. In: RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Estatuto do idoso: aspectos teóricos, práticos e polêmicos e o Direito de Família. **São Paulo: IBDFAM, 2016.** Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/36.pdf>>. Acesso em: 02 de nov. de 2020.

PATRICIA NOVAIS CALMON. **A colocação de idosos em família substituta através da adoção: uma possibilidade?** ResearchGate. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/341463414_A_colocacao_de_idosos_em_familia_substituta_atraves_da_adocao_uma_possibilidade>. Acesso em: 01 de nov. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo Tribunal Federal STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 846102 PR - PARANÁ.** Jusbrasil. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178770481/recurso-extraordinario-re-846102-pr-parana>>. Acesso em: 01 de nov. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Apelação Cível: AC 0068854-35.2015.8.13.0567 MG.** Jusbrasil. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/518571778/apelacao-civel-ac-10567150068854001-mg/inteiro-teor-518571929?ref=serp>>. Acesso em: 01 de nov. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação Cível: AC 1007258-69.2019.8.26.0037 SP 1007258-69.2019.8.26.0037.** Jusbrasil. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1108273535/apelacao-civel-ac->

10072586920198260037-sp-1007258-6920198260037/inteiro-teor-1108273557?ref=juris-tabs>. Acesso em: 02 nov. 2020.

A FIXAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

AMANDA BUARQUE BERNARDO:

Graduada pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damas

RESUMO: O presente estudo aborda a possibilidade de fixar danos morais coletivos no bojo de um processo criminal, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: direito processual penal. ressarcimento da vítima. valor mínimo de indenização. dano moral coletivo

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da reparação do dano decorrente de um ilícito penal. 3. Do tipo de dano passível de fixação pelo juízo criminal. 4. Da possibilidade de fixação de indenização por danos morais coletivos. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A vítima de um crime tem o direito de ser indenizada civilmente pelos danos sofridos. Para facilitar esse ressarcimento, a Lei nº 11.719/2008 modificou o Código de Processo Penal para incluir a nova redação do art. 387, IV, na qual estabelece que o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos experimentados pelo ofendido.

Com esse novo regramento jurídico, a vítima não é mais obrigada a ajuizar uma ação cível para ser ressarcida. Tem a faculdade de ajuizar diretamente uma ação de execução de título executivo judicial a partir do valor mínimo indenizatório fixado na sentença penal condenatória.

Acontece que ao instituir essa nova forma de ressarcimento da vítima, o legislador não estabeleceu os limites dos danos a serem fixados e nem o procedimento a ser adotado. Essa tarefa coube à doutrina e à jurisprudência que desde a referida modificação legislativa tem sanado algumas polêmicas sobre o assunto.

Um dos mais recentes questionamentos sobre o tema é a possibilidade de o juiz criminal fixar danos morais coletivos pela prática da conduta delituosa. Assim, o presente artigo busca analisar e discutir a viabilidade da fixação de dano moral

coletivo no juízo criminal, a partir de um estudo realizado pela metodologia descritiva e qualitativa, por método hipotético-dedutivo, por meio de revisão bibliográfica e estudo das decisões de algumas Cortes de Justiça do país.

2. DA REPARAÇÃO DO DANO DECORRENTE DE UM ILÍCITO PENAL

Alguns fatos da vida possuem múltipla incidência jurídica. A conduta tipificada pelo legislador como crime também pode configurar um ilícito civil, o que ensejará, além da responsabilização penal, a civil. Desse modo, verificado a ocorrência de um crime, nasce não apenas a pretensão punitiva estatal, mas também o direito da vítima ser ressarcida pelos danos sofridos.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou, como regra geral, o sistema de independência relativa das instâncias cíveis e penais⁴⁸. Assim, as decisões do juízo criminal não vinculam o juízo cível, exceto as que versem sobre a existência do fato e da autoria. Nesses dois casos, há uma eficácia vinculante, para o juiz cível, da decisão proferida pelo juiz penal.⁴⁹

Nesse sentido, o art. 935 do Código Civil dispõe que:

Art. 925: A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

O Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece que:

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Desse modo, a vítima tem duas opções para buscar o ressarcimento pelos prejuízos sofridos: ajuizar diretamente a ação cível *ex delicto* ou aguardar a decisão no processo criminal para, posteriormente, ajuizar uma ação de execução.

Na primeira opção, prevista no art. 64 do CPP, a principal vantagem é que a vítima não precisa aguardar a resolução do processo criminal, podendo propor, imediatamente, a ação ordinária de indenização para obtenção do título executivo cível. Além disso, pode ajuizar a ação cível não apenas contra quem é ou pode ser

⁴⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 21ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. vol. 2. P.24

⁴⁹ LIEBMAN, Enrico Túlio Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 259.

réu na ação penal, mas contra todos os civilmente responsáveis. Por outro lado, há o risco do magistrado da vara cível suspender a ação até o julgamento definitivo da ação penal, conforme autoriza o parágrafo único do art. 64 do CPP.

Já na ação de execução *ex delicto*, tratada no art. 63 do CPP, a vítima terá de aguardar o trânsito em julgado da condenação penal para, depois, executá-la no cível, eis que um dos efeitos extrapenais da sentença penal condenatória é tornar certa a obrigação de indenizar dano causado pelo crime e a sentença penal funciona como um título executivo judicial, nos moldes do art. 91, I, do CP c/c art. 515, VI, do CPP. Nesse caso, não será preciso discutir a culpa do réu, uma vez que a ação executiva, limita-se a auferir o valor indenizatório.

Na busca por facilitar o ressarcimento cível da vítima de crime, a Lei nº11.719/08 alterou o art. 387, IV, do CPP para estabelecer que o juiz deve fixar na sentença penal condenatória um valor mínimo de indenização, sem prejuízo da liquidação para a apuração da integralidade do dano efetivamente sofrido no juízo cível.

Essa modificação atenuou a separação das instâncias cíveis e penais. Antes da reforma do Código de Processo Penal, o quantum indenizatório era de incumbência exclusiva do magistrado do juízo cível e ao juiz criminal reservava-se tão somente a tarefa de verificar os aspectos inerentes ao direito penal. Atualmente, permite-se que no bojo do próprio processo criminal seja fixado o valor mínimo da reparação cível e a vítima pode, se desejar, pleitear valor maior em fase de liquidação do dano na esfera cível.

Para Guilherme Nucci, apesar de tímida, essa modificação é importante para garantir um ressarcimento da vítima de forma mais célere e não sobrecarregar a esfera cível com uma nova discussão sobre o mesmo tema:

Não mais se discutirá se esta é devida (na debeatúr), mas tão somente o quanto é devido pelo réu (quantum debeatúr). Facilita-se o processo, impedindo-se o reinício da discussão em torno da culpa, merecendo debate somente o valor da indenização, o que é justo, pois o retorno ao debate a respeito da ocorrência do crime ou não somente iria causar o desprestígio da Justiça (Nucci, 2015, 225/226) 50

50 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 12. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 225/226

O art.387, IV, do CPP, contudo, foi omissivo acerca do procedimento para a apuração dos danos e da legitimidade ativa para pleitear a reparação dos danos, cabendo à doutrina e à jurisprudência disciplinar esses aspectos.

No que pese a existência de pensamento doutrinário em contrário⁵¹, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a fixação de um valor mínimo de reparação na sentença condenatória depende de pedido expresso pela vítima ou pelo Ministério Público para que seja observado o contraditório e a ampla defesa.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CPP. REPARAÇÃO CIVIL. DANO MORAL. PEDIDO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CABIMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DESACORDO COM O ENTENDIMENTO DOMINANTE DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. **Nos termos do entendimento desta Corte Superior a reparação civil dos danos sofridos pela vítima do fato criminoso, prevista no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, inclui também os danos de natureza moral, e para que haja a fixação na sentença do valor mínimo devido a título de indenização, é necessário pedido expresso, sob pena de afronta à ampla defesa.** 2. Agravo regimental provido. AgRg no AREsp n. 720.055/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/6/2018, DJe 2/8/2018 (Grifo nosso)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 272 DO CP. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE NOCIVIDADE AO ORGANISMO OU REDUÇÃO DO VALOR NUTRITIVO NA DEFORMAÇÃO DO ÓLEO DE SOJA DEGOMADO UTILIZADO PARA A PRODUÇÃO DE ALIMENTOS. ABSOLVIÇÃO.

REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PEDIDO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO ESPECÍFICA. VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

⁵¹SANTOS, Leandro Galluzzi. Procedimentos – Lei 11.719, de 20.06.2008. As Reformas no Processo Penal. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

4. A reparação de danos, além de pedido expresso, pressupõe a indicação de valor e prova suficiente a sustentá-lo, possibilitando ao réu o direito de defesa com indicação de quantum diverso ou mesmo comprovação de inexistência de prejuízo material ou moral a ser reparado. Necessário, portanto, instrução específica para apurar o valor da indenização. In casu, verifica-se que, apesar de ter havido pedido expresso do Ministério Público na denúncia para a fixação de valor para a reparação do dano, nos termos do art. 387, inciso IV, do CPP, não houve instrução específica, o que afastou do acusado a possibilidade de se defender e produzir contraprova.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1361693/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 23/04/2019) (Grifo nosso)

Além disso, a fixação de um valor indenizatório mínimo somente pode ser feita nas ações penais que apurem a responsabilidade por crime cometido após a vigência da Lei nº 11.719/08. Trata-se de lei de natureza mista – material (a reparação do dano) e processual (requisitos da sentença) – de modo que não pode retroagir em desfavor do Acusado, em razão da vedação do art. 5º, XL, CR/88.

3. DO TIPO DE DANO PASSÍVEL DE FIXAÇÃO PELO JUÍZO CRIMINAL

O art. 387, VI, também foi silente quanto ao grau de abrangência do dano, ou seja, não há previsão se o dano a ser fixado pelo juiz refere-se apenas ao dano material ou se é admitido o dano moral.

Alguns doutrinadores entendem que o mencionado artigo autoriza apenas a fixação do dano material, pois o dano moral é questão de extrema complexidade, sem critério objetivo para sua quantificação e por isso não deve ser tratado dentro do juízo criminal, sob pena de prejudicar a apreciação do ilícito penal, que é o objetivo central de uma ação penal.

Nesse sentido, cita-se o pensamento dos seguintes autores:

Para verificar a abrangência deste dano, não é o juiz penal a melhor pessoa, mas sim o juiz cível, mais familiarizado com essas questões. O que quis a lei foi somente permitir que o

dano material facilmente aferível possa ser, de igual sorte, reparado, sem maiores delongas. Questões mais controversas, como as que envolvem o dano moral, não são alcançadas pela norma legal. 52

Parece-nos que a Lei não se reportou aos danos de natureza moral, limitando-se àqueles valores relativos aos danos materiais, de fácil comprovação (do prejuízo) no processo. O arbitramento do dano moral implicaria: a) a afirmação de tratar-se de verba indenizatória, isto é, de natureza civil; e b) a necessidade de realização de todo o devido processo penal para a sua imposição, o que não parece ser o caso da citada Lei nº 11.719/08. 53

Em posição divergente, NUCCI defende a possibilidade de fixação do dano moral ao afirmar que “o valor mínimo deve ser, em verdade, amplo, abrangendo tanto a reparação visível (dano material) quanto a psicológica (dano moral), pois ambas são passíveis de discussão e demonstração durante o trâmite criminal.”⁵⁴

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral – desde que tenha pedido na denúncia ou na queixa, conforme interpretação dos trechos do voto da Exma. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura no julgamento do REsp 1.585.684-DF:

O juiz, ao proferir sentença penal condenatória, no momento de fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração (art. 387, IV, do CPP), pode, sentindo-se apto diante de um caso concreto, quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, desde que fundamente essa opção. De fato, a legislação penal brasileira sempre buscou incentivar o ressarcimento à vítima.

[...]

52SANTOS, Leandro Galluzzi. Procedimentos – Lei 11.719, de 20.06.2008. As Reformas no Processo Penal. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 300/301

53 PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 806

54NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 12. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 224.

Dentro desse novo panorama, em que se busca dar maior efetividade ao direito da vítima em ver ressarcido o dano sofrido, a Lei n. 11.719/2008 trouxe diversas alterações ao CPP, dentre elas, o poder conferido ao magistrado penal de fixar um valor mínimo para a reparação civil do dano causado pela infração penal, sem prejuízo da apuração do dano efetivamente sofrido pelo ofendido na esfera cível.

[...]

Assim, ao impor ao juiz penal a obrigação de fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pelo delito, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, está-se ampliando o âmbito de sua jurisdição para abranger, embora de forma limitada, a jurisdição cível, pois o juiz penal deverá apurar a existência de dano civil, não obstante pretenda fixar apenas o valor mínimo. Dessa forma, junto com a sentença penal, haverá uma sentença cível líquida que, mesmo limitada, estará apta a ser executada.

E quando se fala em sentença cível, em que se apura o valor do prejuízo causado a outrem, **vale lembrar que, além do prejuízo material, também deve ser observado o dano moral que a conduta ilícita ocasionou. E nesse ponto, embora a legislação tenha introduzido essa alteração, não regulamentou nenhum procedimento para efetivar a apuração desse valor nem estabeleceu qual o grau de sua abrangência, pois apenas se referiu à "apuração do dano efetivamente sofrido". Assim, para que se possa definir esses parâmetros, deve-se observar o escopo da própria alteração legislativa: promover maior eficácia ao direito da vítima em ver ressarcido o dano sofrido. Assim, considerando que a norma não limitou nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de o fazer.**(REsp 1.585.684-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 9/8/2016, DJe 24/8/2016.) (Grifos nossos)

Cabe ainda destacar que, em março de 2018, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.675.874/MS (tese 983), fixou a compreensão de que a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher implica a ocorrência de dano moral *in re ipsa*, de modo que uma vez comprovada a prática delitiva, é desnecessária maior discussão sobre a efetiva comprovação do dano para a fixação de valor indenizatório mínimo.

Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

Verifica-se, portanto, que é amplamente reconhecida a possibilidade de o juiz, caso se sinta apto, fixar o valor mínimo da indenização pelo dano moral sofrido, ainda que o dano moral seja dotado de particularidades que dificultam a sua identificação e quantificação.

4. DA POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS⁵⁵

Evoluindo na discussão da fixação de danos moral pelo juízo criminal diante de uma sentença condenatória, alguns doutrinadores e julgadores passaram a defender que a previsão do art. 387, IV, do CPP também autoriza a fixação de indenização a título de danos morais coletivos.

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Penal 1002, de relatoria do Min. Edson Fachin, julgado em 9/6/2020, reconheceu, por maioria, que réu que praticou corrupção passiva pode ser condenado, no âmbito do próprio processo penal, a pagar danos morais coletivos. De acordo com o informativo nº 981 do STF:

O ministro Celso de Mello reputou ser legítima a condenação, especialmente ao se considerarem a natureza e a finalidade resultantes do reconhecimento de que se revestem os danos morais coletivos cuja metaindividualidade, caracterizada por sua índole difusa, atinge, de modo subjetivamente

⁵⁵ Não se desconhece a distinção doutrinária feita entre os conceitos de dano moral coletivo e dano moral social (vide TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7.ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Método, 2017. P. 365/369). Todavia, no presente artigo, opta-se por utilizar a expressão dano moral coletivo para tutelar bens difusos, em harmonia com as expressões utilizadas no julgamento da AP 1002 pelo Superior Tribunal de Justiça, julgamento que contribuiu para a elaboração do artigo.

indeterminado, uma gama extensa de pessoas, de grupos e de instituições.

Vencido, no ponto, o ministro Ricardo Lewandowski, que afastou a possibilidade de se processar a condenação ao dano moral no próprio processo penal, no que foi acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes. Segundo o ministro Ricardo Lewandowski, o processo coletivo situa-se em outro âmbito, no qual não se leva em consideração o direito do indivíduo, e sim os direitos coletivos de pessoas que pertençam a determinado grupo ou ao público em geral. Na espécie, inexistente ambiente processual adequado para a análise de dano moral coletivo, o que recomenda o exame da querela em ação autônoma

Apesar dessa decisão, o assunto da fixação de danos morais coletivos em uma sentença penal condenatória é ainda bastante incipiente não se tendo um conjunto de julgados sobre o tema do qual se possa extrair efetivamente a possibilidade de condenação por danos morais envolvendo outros crimes. As informações divulgadas no site do Supremo Tribunal Federal não permitem auferir se a fundamentação utilizada tem aplicabilidade apenas aos casos de corrupção ou se admite extensão para outros delitos. No mais, a decisão acima não tem força vinculante e foi tomada por maioria dos votos, evidenciando que há divergência sobre o tema entre os próprios Ministros integrantes da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

Não há dúvidas de que o ordenamento jurídico brasileiro tutela o dano moral não apenas na esfera individual como também na coletiva. A progressiva tutela de direitos coletivos vem, necessariamente, acompanhada de uma responsabilização para aqueles que causam danos a direitos de uma coletividade.

Segundo Flávio Tartuce;

O dano moral coletivo surge como outro candidato dentro da ideia de ampliação dos danos reparáveis. O seu conceito é controvertido, mas ele pode ser denominado como o dano que atinge, ao mesmo tempo, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis (danos morais somados ou acrescidos). 56

Com efeito, o sistema jurídico teve que se adaptar de modo a não mais restringir a proteção somente do indivíduo, passando a reprimir situações que

56 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7.ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Método, 2017. P 365.

configuram lesões a interesses extrapatrimoniais do qual a coletividade é titular, como o meio ambiente, a moralidade administrativa, dentre outros.

Essa tutela ao dano moral coletivo decorre da previsão do inciso X do art. 5º da Constituição Federal e no art. 186 do Código Civil.

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

[...]

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;

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.

Destaque-se ainda a previsão do inciso VIII do art. 1º da Lei de Ação Civil Pública:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

[...]

VIII – ao patrimônio público e social.

Cabe, ainda, frisar que o Código de Defesa do Consumidor expressamente prevê a reparação por dano moral coletivo

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

No âmbito da legislação processual penal, não há qualquer limitação feita pelo art. 387, VI, do CPP sobre a natureza do dano a ser fixada. Todavia, mesmo não

existindo vedação nesse sentido, é preciso considerar que o dano moral coletivo apresenta particularidades que desestimulam sua fixação na esfera penal.

A transindividualidade do dano moral coletivo e sua aferição no caso concreto é matéria bastante complexa que deveria ser abordada em ação própria e não incluída dentro de uma ação penal, uma vez que põe em risco um valor tão importante para o indivíduo: a sua liberdade.

É importante considerar que o art. 387, IV, do CPP foi idealizado pelo legislador para garantir a reparação dos prejuízos sofridos pela vítima. No caso do dano moral coletivo, o fruto da condenação não ressarcie ninguém especificamente, é revertido supostamente à coletividade com sua destinação a um fundo. Com efeito, a condenação em dano moral coletivo acaba por não indenizar ou compensar ninguém diretamente - não há distribuição/repartição de dinheiro entre as vítimas - e, com isso, perde a sua função indenizatória para se assemelhar cada vez mais a uma sanção pecuniária.

E, ainda, que seja cabível a condenação do réu ao pagamento de danos morais coletivos, há de se questionar a respeito da legitimidade para execução da sentença penal condenatória. O art. 63 do CPP estabelece que cabe à vítima, ou a seu representante legal, ajuizar a execução cível *ex delicto*. Não há previsão legal de atuação por parte do Ministério Público ou de qualquer outro órgão para o ajuizamento dessa ação executiva a partir de uma sentença condenatória penal.

Outro fator que desestimula a fixação de dano moral coletivo pelo juízo criminal é a quantificação desse dano, ainda que o valor a ser fixado reflita apenas um patamar indenizatório mínimo. A indeterminabilidade do sujeito passivo e a indivisibilidade da ofensa e da reparação dificultam a atribuição prática de um valor indenizatório razoável, notadamente por um juízo que não costuma lidar com essas discussões.

Nesse contexto, verifica-se que são inúmeras as discussões incluídas na ação penal que não têm direta e imediata relação com a apuração da materialidade e da autoria de um fato criminoso, alargando-se de maneira indesejada o objeto da ação penal.

As pesquisas jurisprudenciais realizadas indicam que, afóra o julgado do Supremo Tribunal Federal (AP 1002), não há um conjunto de julgados que permitam concluir sobre efetiva aceitação da condenação por danos morais coletivos no bojo de uma ação penal. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça não foram localizados julgados relevantes sobre a questão e nos Tribunais de segunda instância parece existir um histórico pela rejeição da tese de fixação de danos morais coletivos no processo penal:

PENAL. PROCESSO PENA. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTITUCIONALIDADE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PENA MANTIDA, DANO MORAL COLETIVO NEGADO. RECURSO DESPROVIDO.

Não acolhido o pleito recursal pelo afastamento do tráfico privilegiado (art. 33, §4º, Lei de Drogas), em razão da inconstitucionalidade do mencionado dispositivo. A Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de parte do texto do aludido dispositivo, no que tange à impossibilidade de substituição da pena, mantendo a validade e a eficácia da causa de diminuição de pena. **O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem balizado suas decisões atinentes ao tema com base na imprescindibilidade de se debater o dano moral coletivo, decorrente de práticas criminosas, em Ações Civis Coletivas específicas, oportunidade em que será apurada a proporção dos prejuízos causados à vítima, leia-se coletividade, durante o regular decurso processual.** Pedido de indenização por dano moral coletivo não acolhido. (TJ-ES-APR: 00036960420188080038, Relator: Willian Silva, Data de Julgamento: 04:03:202, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 16/03/2020) (Grifos nossos)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DEVIDAMENTE CONFIGURADO. ATUAÇÃO CONJUNTA, ESTÁVEL E PERMANENTE DEMONSTRADA. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. MANUTENÇÃO. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE JUSTIFICADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECALCITRÂNCIA DELITIVA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

O art. 387 do Código de Processo Penal admite que o juiz ao proferir a sentença condenatória estabeleça um valor mínimo para reparação de danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Ocorre que quando o prejuízo for causado à coletividade, como no crime de tráfico de drogas, inviável tal aferição em sede de

ação penal. Sendo assim, a condenação dos recorrentes ao pagamento de indenização por danos morais coletivos deve ser excluída. 4. A negativa do direito de recorrer em liberdade está fundamentada na garantia da ordem pública, porquanto os acusados Leonardo da Conceição Silva e Aures Vieira da Silva possuem outros registros criminais, inclusive por crime de tráfico de drogas, o que demonstra a possibilidade concreta de reiteração criminosa e justifica a manutenção da constrição nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 5. Apelo conhecido e parcialmente provido apenas para excluir a condenação dos recorrentes ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, mantendo-se a sentença em seus demais termos. (TJ-PI - ACr 0706482-81.2019.8.18.0000; Segunda Câmara Especializada Criminal; Rel. Des. Erivan José da Silva Lopes; Julg. 25/10/2019; DJPI 30/10/2019; Pág. 30)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENABASE NO MINIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. DANOS MORAIS COLETIVOS. NÃO CABIMENTO. ESFERA CÍVEL. RECURSOS IMPROVIDOS. 1. Não há que se falar em redução da pena-base, tendo em vista a natureza e quantidade da droga apreendida (maconha e cocaína), que possuem alto poder viciante, nos termos do que dispõe o art. 59 do CP e art. 42 da Lei 11.343/2006. 2. **Diante da complexidade que a matéria exige, a fixação de indenização a título de danos morais coletivos deve ser analisada na esfera cível.** Recursos Improvidos. (TJ-ES - APL: 00056095520178080038, Relator: PEDRO VALLS FEU ROSA, Data de Julgamento: 31/10/2018, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/11/2018). (Grifo nosso)

TRÁFICO DE DROGAS. DECOTE DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA DO PARQUET. DECOTE DA PENA DE MULTA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INADMISSIBILIDADE. REPARAÇÃO CIVIL DECORRENTE DE DANO 5 CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAS MORAL COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. 1- Não incumbe ao réu o ônus de comprovar a sua primariedade, seus bons antecedentes ou a dedicação exclusiva a atividade

lícitas, mas sim ao Órgão Ministerial, inclusive como decorrência do sistema acusatório adotado pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal. Assim, preenchendo os requisitos elencados no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, considerando-se a pequena quantidade de entorpecentes apreendidos na posse do acusado e sem provas de que se dedique às atividades criminosas ou que integre organização criminosa, incabível o decote da referida minorante. 2- A pena de multa prevista no preceito secundário do tipo penal não pode ser excluída da condenação, pois esta compõe a cominação legal do tipo pelo qual restou condenado o réu, sendo que discussões acerca da forma de pagamento devem ser dirimidas junto ao Juízo da Execução. 3- **Não se pode transmutar a finalidade do disposto no art. 387, inc. IV, do CPP, com o intuito de se fixar valores mínimos a título de dano moral coletivo em razão da prática do delito de tráfico de drogas, pois, assim, estaria se desvirtuando a lógica do processo penal, buscando a satisfação de uma pretensão que é completamente alheia à sua função, estrutura e princípios informadores. Ademais, sabe-se que o referido dispositivo foi incorporado ao ordenamento jurídico como forma de reparar, ainda que minimamente, os danos causados pelos delitos materiais à própria vítima, sendo impossível a sua aplicação a título de indenização a vítimas indeterminadas ou indetermináveis, tal como na espécie, em decorrência de o delito de tráfico de drogas não possuir vítima certa e individualizada, pois o tipo penal visa tutelar a saúde pública.** 4- Recurso ministerial não provido e recurso defensivo parcialmente provido. (TJ-MG - APR: 10338110080201001 MG, Relator: Antônio Armando dos Anjos, Data de Julgamento: 21/05/2013, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 03/06/2013). (Grifo nosso)

É compartilhando dessas premissas que se defende a impossibilidade de fixar danos morais coletivos dentro de uma ação penal. Não se pode, a pretexto de obter uma reparação do dano global e célere, acabar por prejudicar a discussão acerca da responsabilização penal. Ademais, a opção por não fixar na sentença penal o dano moral coletivo de forma alguma impede que essa reparação seja buscada em ação própria, resguardando, assim, os bens jurídicos tutelados por esse tipo de dano.

5. CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho foi analisado que há um esforço do legislador de garantir um ressarcimento integral e célere à vítima de um crime. Com isso, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido que o valor mínimo indenizatório a ser fixado, na forma do art. 387, IV, do CPP, deve ser amplo, incluindo dano material e moral.

Em decisão publicada em junho de 2020, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no julgamento da Ação Penal nº 1002, deu um novo passo sobre o tipo de dano a ser fixado pelo juízo criminal ao estabelecer uma condenação por dano moral coletivo diante da prática do crime de corrupção.

Todavia, no que pese a existência dessa decisão, verificou-se, a partir de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, que a fixação de dano moral coletivo pelo juízo criminal é matéria ainda polêmica e que não é suficientemente reconhecida pela doutrina e pelos Tribunais do país.

Ao final, esta pesquisa defende a impossibilidade de fixar dano moral coletivo dentro de um processo criminal. Entende-se que o dono moral coletivo tem aspectos teóricos e práticos peculiares que demandam maior cautela por parte do aplicador do direito no momento da sua fixação e quantificação, as quais são melhores tratadas no âmbito cível. Incluir essas discussões na ação penal pode acabar por desvirtuar sua primordial função de apurar a responsabilidade criminal do acusado.

6. BIBLIOGRAFIA

LIEBMAN, Enrico Túlio **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SANTOS, Leandro Galluzzi. **Procedimentos – Lei 11.719, de 20.06.2008. As Reformas no Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7.ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Método, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 21ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. vol. 2.

A EFICÁCIA DA PROVA NOS CRIMES DE DROGAS EM FACE DO ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

LUAN LADISLAU DA SILVA:
Bacharel em Direito, formado pelo
Centro Universitário Luterano de
Manaus –ULBRA

JOSÉ LUIZ LEITE⁵⁷

(orientador)

RESUMO: O artigo foi elaborado através de estudos sobre a perspectiva dada ao Artigo 155 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada ao mesmo pela edição da Lei 11.690/08, que restringiu o uso das provas colhidas em fase inquisitorial às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Sabendo-se que as provas são preponderantes para o oferecimento das denúncias e o transcorrer do devido processo legal, foram feitas análises da nova redação do artigo supracitado, com finalidade em demonstrar como as provas adquiridas em face de um inquérito policial poderão ser utilizadas, ou não, quando no curso do processo penal.

Palavra-chave: Provas no Processo Penal; Aplicação das provas no crime de tráfico de drogas; Provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

ABSTRACT: The article was elaborated through studies on perspective given to Article 155 of the Code of Criminal Procedure, with the new wording given to it by the edition of Law 11.690 / 08, which restricted the use of evidence collected in the inquisitorial phase non-repeatable and anticipated evidence. Given that the evidence is predominant for the offering of complaints and due process, analyzes were made of the new wording of the aforementioned article, with the purpose of demonstrating how the evidence acquired in the face of a police investigation could be used, or not when in the course of criminal proceedings.

Keyword: Proofs of Criminal Procedure; Application of evidence in the crime of drug trafficking; Precautionary evidence, not repeatable and anticipated.

1. INTRODUÇÃO

Dentro de um processo penal é inconteste dizer que as provas exercem um papel extremamente relevante para ajudar no convencimento acerca da culpabilidade ou não de um réu. A ação de condenar ou absolver, não se trata apenas

⁵⁷ Professor Docente, Advogado, Mestre em Garantias Constitucionais pelo Instituto Toledo de Ensino-ITE, pós graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário

do fruto resultante da conduta do acusado, mas, como foram às provas obtidas e levadas até o conhecimento de todos através do processo.

Todas as fases que envolvam o crime cometido são importantes, até mesmo a fase inquisitorial - em que não há de se falar em contraditório e ampla defesa, pois se trata de meros procedimentos policiais investigatórios que poderão, ou não, ensejar a denúncia e conseqüentemente um processo.

Porém, somente as provas que são judicializadas podem fazer parte do lastro probatório processual e delas ser extraído o entendimento para que o réu seja ou não condenado.

O entendimento é que o julgador não poderá conferir valor às provas obtidas em fase inquisitorial de estas não forem devidamente judicializadas, sendo elas, por força da nova redação conferida ao Art. 155 do Código de Processo Penal pela lei 11.690/08, serão desconsideradas, pois, como já referido, não passaram pelo crivo das contestações por parte da defesa do acusado.

A exceção são as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas, que devido à demora ou por não poderem ser refeitas, devem ser diferenciadas em sua análise.

Diante do exposto, o estudo trouxe à baila a aplicação do Artigo 155 do Código de Processo Penal, em face dos crimes de drogas após a edição da lei 11.690/08, que alterou o dispositivo processual penal, restringindo ao magistrado o uso de provas que foram constituídas durante os procedimentos de investigação policial.

2. A IMPORTÂNCIA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

A prova no processo penal é o ato, ou o conjunto destes que buscam estabelecer o que correu de fato ou resultou da prática de uma conduta, e teve como finalidade a convicção da autoridade acerca da existência de determinada situação factual. Como regra, as provas são produzidas no decorrer da fase judicial em que a participação das partes se faz necessária para a obtenção das mesmas.

Dentro de uma lide a prova é o elemento fundamental para que aquela seja decidida. O objeto da prova é a busca por um fato jurídico relevante, ou seja, aquela que realmente possa trazer qualquer contribuição no julgamento do feito.

Logo, a prova não se configura por qualquer fato que possa aparecer e sim, aquele fato que aparecer dentro do processo, possa influenciar da tipificação do crime ou mesmo, na exclusão de sua culpabilidade ou antijuricidade.

Insta aqui ressaltar que o real objeto da prova é o fato e não a opinião, embora que em alguns casos, principalmente quando da aplicação da dosimetria, a opinião da vítima poderá ter um peso a mais na fixação da pena do condenado, por exemplo, que o réu é bom pai, honesto, trabalha, reside em endereço próprio etc.

Dentro do sistema processual penal vigente, há a necessidade, de em caso de uma denúncia ou queixa, se ter um mínimo de coerência entre os fatos, o que costumeiramente chamamos de indício de autoria e da materialidade do delito.

De outro modo, a ausência desses elementos informativos ao crime, poderá promover o trancamento da persecução penal mediante a impetração de remédio constitucional específico, à saber o habeas Corpus, pelo próprio acusado.

Pode-se concluir assim que os chamados elementos informativos do crime gozam de um relevo substancial dentro do processo, sendo eles os primeiros passos dados pela justiça na busca do direcionamento da efetivação da persecução penal.

Desta feita, podem ser conceituados os elementos informativos do crime, como sendo aqueles elementos extraídos na fase investigatória do delito cometido, seja essa fase compreendida pelo Inquérito Policial, as investigações realizadas pelo Ministério Público, as realizadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, entre outros com mesma finalidade, sem, no entanto, que entre as partes haja qualquer tipo de acareação, ou seja, não existe nessa fase o contraditório e, tampouco, a ampla defesa.

Esses elementos, como regra, são produzidos com independência a autorização judicial. Porém, em ao menos dois casos específicos, há a fuga a essa regra, como por exemplo, na busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica, entre outros que só poderão ser reunidos debaixo da égide da Cláusula Constitucional de Reserva de Jurisdição, a qual consiste em excluir a possibilidade de exercer atributos equiparados aos conferidos ao Poder Judiciário por qualquer outro órgão ou autoridade do Estado.

Tais elementos informativos trazem como desígnio a fundamentação das medidas cautelares assim como a OPINID DELICTI do Ministério Público, vez que o mesmo é apresentado como titular na persecução de uma ação penal pública.

3. APLICAÇÃO DAS PROVAS NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COM A NOVA REDAÇÃO DO ART. 155 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Uma alteração marcante feita pela Lei 11.680/08, no tocante as provas arroladas nas investigações realizadas quanto aos crimes de tráfico de drogas, foi a mudança ocorrida na redação do caput do Art. 155 do Código de Processo Penal,

competindo ao Juiz formar, pela livre apreciação das provas, para configuração ou não do crime, *in verbis*:

Art. 155 CPP: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

Buscou o legislador com a reforma do referido *caput*, a vedação à condenação do réu quando a mesma tivesse sido exclusivamente baseada naqueles elementos colhidos pelos policiais civis nas investigações do crime cometido pelo agente infrator.

Defende-se que tal vedação se deu pela obrigatória observância aos princípios constitucionais e que, neste caso, estaria se tratando do Princípio expressamente elencado no Art. 5º, LV, Constituição Federal de 1988, qual seja o Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório, que assim determinam: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Em linhas diretas, a pretensão do legislador não foi outra senão fazer com as provas que foram colhidas na fase da investigação pelos policiais, uma vez que fossem desprovidas de contraditório e de ampla defesa, fossem descartadas de pronto, não podendo ser usadas para lastrear uma possível e eventual sentença condenatória do acusado. Estariam essas provas eivadas de vícios que poderiam comprometer a decisão do magistrado.

No tocante a essa nova interpretação dada ao dispositivo do Código de Processo Penal, vários doutrinadores de renomado conhecimento jurídico se posicionaram quanto ao assunto, dentre eles, Guilherme de Souza Nucci, que traduziu seus apontamentos quanto à nova redação dada ao Art. 155, CPP, conferida pela Lei 11.680/08:

[...] a meta é a formação da convicção judicial lastreada em provas produzidas sob o crivo do contraditório, não podendo o magistrado fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos trazidos na investigação, mormente a policial, que constitui a maior parte dos procedimentos preparatórios da ação penal. Em outros termos, não se trouxe grande inovação, mas apenas se tornou expresso o que já vinha sendo consagrado pela jurisprudência pátria há anos. O julgador jamais pode basear sua sentença, em especial condenatória, em elementos colhidos *unicamente* no inquérito policial. Não

era mecanismo tolerado nem pela doutrina nem pela jurisprudência. Porém, o juiz sempre se valeu de provas colhidas na fase investigatória, desde que confirmadas, posteriormente, em juízo, ou se estivessem em harmonia com as coletadas sob o crivo do contraditório. Ora, nesse contexto, a reforma deixou por desejar, uma vez que somente reafirmou o entendimento já consolidado – logo, inócuo fazê-lo – de que a fundamentação da decisão judicial, mormente condenatória, não pode calcar-se exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação. (...) Portanto, a reforma teria sido ousada se excluísse a ressalva “*exclusivamente*” do art. 155, caput, do CPP. O juiz não poderia formar sua convicção nem fundamentar sua decisão somente com base nos elementos advindos da investigação. (NUCCI, 2017, p. 338)

A partir do trecho destacado em negrito, observa-se que mesmo antes das alterações conferidas ao dispositivo penal pela lei 11.680, a legislação já trazia proibições às formações de convencimento pelo magistrado em face do lastro probatório que eram obtidos de forma exclusiva através do inquérito investigativo policial.

O que ocorreu com a edição da Lei 11.680/08 foi justamente a limitação, pela força da própria lei alteradora, da necessidade de realce do Princípio do Contraditório quando da livre apreciação pelo juiz das provas arroladas dentro do inquérito Policial.

Basicamente o que a lei fez, foi manter o posicionamento da jurisprudência da época, que já estava em vigor, e defendia que apenas as provas do inquérito policial não eram, num todo, suficientes para que o réu fosse condenado, havendo a necessidade de serem produzidas outras mais em contraditório judicial, que deveriam confirmar as provas da fase do inquérito policial.

3.1 Das Provas Cautelares, Não Repetíveis e Antecipadas

É de bom grado trazer à baila que, na confirmação na fase judicial, não serão aplicadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Essa medida fora exigida como ressalva para impedir que com a demora da persecução penal, alguns elementos que comprovem o crime não venham se perder, para que não prejudique o andamento do processo depois.

Nitidamente o dispositivo deixa a entender ser possível que o Juiz forme sua convicção, com base nas provas cautelares, repetíveis e antecipadas, ainda que elas tenham sido produzidas na fase investigatória pela polícia.

Mas afinal, qual seria o conceito aplicado às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas? Usando os ensinamentos de Lima (2011, p.55), temos a seguinte definição, começando pelas provas cautelares:

Provas cautelares são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, em relação às quais o contraditório será deferido. É o que acontece, por exemplo, com uma interceptação telefônica. Tal medida investigatória que tem no elemento da surpresa verdadeiro-pressuposto de sua eficácia, depende de prévia autorização judicial, sendo, que o investigado só terá conhecimento de sua realização após a conclusão das diligências. Quando estamos diante de medidas cautelares *Inaudita altera parte*, a parte contrária só poderá contraria-la depois de sua concretização, o que é denominado pela doutrina contraditório diferido, postergado ou adiado.

O autor refere-se ainda, sobre as provas repetíveis:

A prova não repetível é aquela que não tem novamente como ser coletada ou produzida, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória. Exemplificando, suponha-se que alguém tenha sido vítima de lesões corporais de natureza leve. Caso o exame pericial não seja feito imediatamente, os vestígios deixados pela infração penal irão desaparecer (LIMA, 2011, p. 55).

Logo, faz-se necessário que a produção das provas não repetíveis seja feita independente de autorização, pois, pela sua própria natureza, há o perigo de dispersão de seus elementos probatórios, devendo sua realização ser determinada pela própria autoridade policial que está cuidando do caso concreto, de forma imediata, tão logo tome conhecimento do fato delituoso, conforme preconizado no Art. 6^a, VII, do Código de Processo Penal Brasileiro.

Nesse sentido, Lima (2011), relata que as provas não repetíveis, possam ser utilizadas no curso do processo, imperiosa será a observância do contraditório sobre a prova, permitindo que as partes possam discutir sua admissibilidade, regularidade e idoneidade.

Pode-se usar como um exemplo para o exposto, o Art. 159, §52, I, do Código de Processo Penal, onde o mesmo traz a permissão que as partes requeiram que seja feita oitiva dos peritos para que sejam esclarecidos pontos relevantes das provas ou, para responderem a quesitos, isso tudo durante o processo judicial em andamento.

Também sobre as provas de caráter antecipado, posiciona-se Lima (2011, p. 57):

Provas antecipadas, por sua vez, são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância.

É o caso do denominado depoimento *ad perpetuam rei memoriam*, previsto no Art. 225 do CPP: “Se qualquer testemunha houver se ausentar-se, ou, por enfermidade, ou, por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não existia, o juiz poderá de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

Nessa esteira vê-se o quão importe são as provas produzidas na fase do inquérito de investigação policial, as quais, não devem ser desprezadas durante o decorrer do processo judicial propriamente dito. O que se exige, por óbvio, é que tais provas encontrem reverberação junto as que são produzidas em juízo. Se assim não, haver-se-á de convir que para inúmeros processos relacionados aos crimes de tráfico de drogas a condenação poderá ser tida como impossível.

No crime em comento, por exemplo, os testemunhos de civis que se perfazem desfavoráveis ao réu, logo favorável à condenação, terminam por ser modificados na fase judicial do processo, geralmente em decorrência do medo impregnado dos traficantes.

Em juízo, leiam-se, os únicos depoimentos que permanecem até o final são os dos policiais, que, em concordância com o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça, tais depoimentos são dotados de um significativo valor probatório, podendo, sem sombra de dúvidas alguma, servir como um dos elementos que culminem com a condenação do réu. Vejamos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE FLAGRANTE PREPARADO E CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO-OCORRÊNCIA. REGIME INTEGRAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 PELO STF. ORDEM DENEGADA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. 2. O depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório

válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido em juízo, com a observância do contraditório [...] (HC 109.300/SP–QUINTA TURMA – RELATOR: MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA – DATA DO JULGAMENTO: 18.09.2008).

Sob o crivo do Princípio do Contraditório, conforme os elementos produzidos extrajudicialmente, os quais por si só sustentam a versão que a acusação apresenta, conclui-se que as provas produzidas em juízo devem confirmar as provas produzidas na fase de investigação, sendo, por tanto, nesses casos, de suficiente ajudar para a condenação ao agente infrator.

Corroborando com a informação dita, vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em outro julgado sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS – PEDIDO QUE EXTRAPOLA O CONTIDO NA DECISÃO AGRAVADA – IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO – FURTO QUALIFICADO – CONDENAÇÃO QUE SE BASEOU EM ELEMENTOS DE CONVICÇÃO COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL – NULIDADE DO ÉDITO CONDENATÓRIO – INOCORRÊNCIA – PROVAS COLHIDAS EM JUÍZO QUE CORROBORARAM A VERSÃO APRESENTADA PELA ACUSAÇÃO – AUSÊNCIA DE AFRONTA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO – ORDEM DENEGADA – AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NEGO PROVIMENTO.1. O agravo regimental se presta unicamente para discutir os fundamentos da decisão monocrática agravada, motivo pelo qual não é dado ao agravante nele inovar, deduzindo pedidos não relacionados com os fundamentos daquela decisão.2. É vedado ao Magistrado proferir sentença condenatória baseada exclusivamente em elementos de convicção colhidos nos autos do inquérito policial. Inteligência do artigo 155 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei 11.690/2008). 3. Por outro lado, a existência de provas colhidas em juízo, sob o crivo do contraditório, que corroborem a veracidade dos elementos produzidos extrajudicialmente, sustentando a versão apresentada pela acusação, é suficiente para autorizar a manutenção da integridade do édito condenatório. 4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, nego provimento (AGRG NO HC 118.761/MS, REL. MINISTRO CELSO

LIMONGI DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, JULGADO EM 19/02/2009).

Enquanto ministra da Corte Maior do Judiciário Brasileiro, a Ministra Ellen Gracie, se posicionou quanto à matéria referendando que "os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo" (RE - AGRG Nº 425.734/MG, RELATORA MINISTRA ELLEN GRACIE, 28.10.05).

4. APLICAÇÃO DO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO TRIBUNAL DO JÚRI

Para os crimes dolosos contra a vida e que sejam processados pela Instituição do Tribunal do Júri, onde é preponderante o sistema da livre convicção do Conselho de Sentença, a nova redação dada ao Art. 155 do Código de Processo Penal deverá ser interpretada com reservas observando-se sempre os elementos constitutivos do próprio processo.

Na pronúncia do réu pelo Magistrado, os elementos recolhidos na fase extrajudicial (à saber a fase que antecede ao processo), mesmo os elementos não ratificados, confirmados em juízo, são suficientes para que o infrator seja pronunciado, posto que quanto a autoria delitiva, exige-se que haja tão somente os indícios de autoria do crime, não sendo, por tanto, a certeza uma regra.

Não por outro motivo e sim, por ser a pronúncia uma decisão interlocutória, com caráter misto e terminativo, o que não traria em hipótese alguma qualquer tipo de prejuízos processuais ao réu, logo, a pronúncia nada mais é que o encerramento da primeira fase do processo penal, para aqueles crimes que são constitucionalmente de competência do referido Tribunal. Não se trata, por tanto, de um juízo de certeza e sim, de uma fundada suspeita de que o réu tenha cometido o crime.

Dentro dessa perspectiva, se em se tratando de condenação por crimes comuns o julgador não poderá apenas tecer suas convicções adstritas apenas aos elementos colhidos no Inquérito Policial, na decisão interlocutória da pronúncia, é exigido apenas que haja os indícios da autoria do crime atribuída ao réu, obviamente que acompanhadas de provas de materialidade do crime.

Entretanto, insta deixar esclarecido aqui, que os indícios podem derivar das provas que foram colhidas durante o transcorrer do Inquérito Policial, mesmo que tais provas não tenham sido retificadas em juízo.

Dentro dessa máxima, vem se consolidando o entendimento jurisprudencial que em se tratando da prolação de sentença de pronúncia do réu, pode haver a desnecessidade da prova judicial contida nos autos, porém, ainda na mesma direção de entendimento, as jurisprudências dizem poder assentar-se às pronúncias, a prova extrajudicial *In verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. INDÍCIOS DE AUTORIA EXTRAÍDOS DA ETAPA POLICIAL. POSSIBILIDADE DE QUE OS ELEMENTOS FUNDAMENTEM A PRONÚNCIA. EXAME DE PROVAS. DESNECESSIDADE.

1. A pretensão recursal não demanda o revolvimento de prova. Cuida-se apenas de estabelecer, a partir das premissas fáticas firmadas pelo aresto a quo, a possibilidade de que a pronúncia possa ser lastreada em elementos colhidos no inquérito.

2. Nos termos do que dispõe o art. 155 do Código de Processo Penal, o julgador formará a sua convicção pela livre apreciação da prova colhida em contraditório judicial, não podendo basear sua decisão somente nos elementos extraídos da investigação.

3. Tal regra, porém, deve ser aplicada com reservas no tocante à decisão de pronúncia, pois tal manifestação judicial configura simples juízo de admissibilidade da acusação.

4. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte Superior admite que os indícios de autoria imprescindíveis à pronúncia defluam dos elementos de prova colhidos durante a fase inquisitorial.

5. No caso, registra o acórdão a quo que tanto a vítima quanto seu irmão afirmaram em sede policial que foram os recorrentes que efetuaram os disparos em sua direção, havendo a suspeita de que ambos somente se retrataram em juízo em virtude das ameaças que sofreram.

6. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ – AGRG NO RESP 1309425/MG, REL. MINISTRO JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, JULGADO EM 07/10/2014)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, INCISOS II C/C ART. 14 II E ART. 129, § 6º TODOS DO CÓDIGO PENAL.

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRONÚNCIA. PROVAS. IN DUBIO PRO SOCIETATE.

[...] II - Ainda que ultrapassado este óbice, a tese sustentada pelo impetrante não merece prosperar pois diferente do que ocorre em relação à sentença condenatória, a decisão que pronuncia o acusado exige, tão somente, a presença de indícios de autoria, além de prova da materialidade do delito. Indícios estes que, por sinal, podem derivar de provas colhidas durante o inquérito policial (PRECEDENTE DO STF E DESTA CORTE - STJ – HC 85077/DF – QUINTA TURMA – RELATOR: MIN. FELIX FISCHER – DATA DO JULGAMENTO: 23.08.2007 P. 265 – GRIFO NOSSO)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. INCONFORMIDADE MINISTERIAL. PROVA DA MATERIALIDADE E SUFICIENTES INDÍCIOS DA AUTORIA DO CRIME IMPUTADO AO RÉU. PRONÚNCIA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA REFORMADA.

Tendo em vista os indícios da existência do crime e da autoria, decorrentes da prova oral produzida na fase do inquérito, a submissão do acusado a julgamento pelo Tribunal Popular é medida que se impõe. Sentença reformada, para pronunciar o réu como incurso nas sanções do artigo 121, parágrafo 2º, incisos II e IV, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. Inteligência do artigo 408 do Código de Processo Penal. Na fase da pronúncia incide a regra do brocardo *in dubio pro societate*. [...] (TJRS – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 70023697618 – RELATOR: DES. JAIME PITERMAN – DJ. 26.08.2008 – GRIFO NOSSO).

No mesmo entendimento e usando as linhas de Capez, o autor defende e leciona:

Na fase da pronúncia vigora o princípio do *in dubio pro societate*, uma vez que há mero juízo de suspeita, não de certeza. O juiz verifica apenas se a acusação é viável, deixando o exame mais acurado para os jurados. Somente não serão admitidas acusações manifestamente infundadas, pois há juízo de mera prelibação (CAPEZ, 2007, p. 652)

Pode-se concluir, devidamente, que o Art. 155 do Código de Processo Penal não goza de aplicação alguma em que tange o processo de pronúncia do réu pelo Magistrado.

Há de se destacar aqui também que ocorre por fundada, exclusiva e íntima convicção dos jurados a decisão que condena ou absolve o réu, não podendo ser possível a identificação dos elementos considerados pelo Júri, com os quais o Conselho de Sentença fez sua decisão.

Logo, de pronto, tornar-se-ia inviável a análise do veredicto popular, vez que o mesmo teve suas bases exclusivamente fundadas nos elementos das provas colhidas na fase inquisitorial do processo.

No mesmo sentido desse entendimento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça traduz o mesmo senso:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO COM BASE EM ELEMENTOS COLETADOS EXCLUSIVAMENTE DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. SIGILO DAS VOTAÇÕES. PRINCÍPIO DA ÍNTIMA CONVICÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS UTILIZADOS PELOS JURADOS PARA CONDENAR A PACIENTE. (...).

1. A Lei n.º 11.690/2008, ao introduzir na nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal o advérbio "exclusivamente", permite que elementos informativos da investigação possam servir de fundamento ao juízo sobre os fatos, desde que existam, também, provas produzidas em contraditório judicial. Noutras palavras: para chegar à conclusão sobre a veracidade ou falsidade de um fato afirmado, o juiz penal pode servir-se tanto de elementos de prova - produzidos em contraditório - como de informações trazidas pela investigação. Apenas não poderá se utilizar exclusivamente de dados informativos colhidos na investigação.

2. Os jurados julgam de acordo com sua convicção, não necessitando fundamentar suas decisões. Em consequência, é impossível identificar quais elementos foram considerados pelo Conselho de Sentença para condenar ou absolver o acusado, o que torna inviável analisar se o veredicto baseou-se exclusivamente em elementos coletados durante a investigação criminal ou nas provas produzidas em juízo. [...]

(HC 173.965/PE, REL. MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, JULGADO EM 01/03/2012, DJE 29/03/2012 – GRIFOS NOSSOS).

HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. DECISÃO FUNDAMENTADA EM PROVA TESTEMUNHAL COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. SOBERANIA DO VEREDICTO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. Não há falar em ausência de fundamentação, nem em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, em hipótese em que o Conselho de Sentença, acolhendo uma das versões apresentadas no julgamento, concluiu pela autoria do crime, com base nas provas testemunhais colhidas na fase investigatória. O Tribunal de Apelação somente poderia anular o julgamento do júri se a decisão do Conselho de Sentença, distanciando-se da prova dos autos, fosse absurda, arbitrária, teratológica, o que não ocorreu na espécie (HC 44374/SP, REL. MIN. ARNALDO ESTEVES DE LIMA, QUINTA TURMA, DJE 10/12/2007 – GRIFOS NOSSOS).

Relacionado ao Instituto do Tribunal do Júri, observa-se que a obrigatoriedade do lastro probatório que passa pelo crivo do contraditório, atinge apenas a sentença de mérito que será proferida ao final pelo Magistrado. Entretanto, o Conselho de Sentença poderá fazer uso das provas que foram produzidas no Inquérito Policial, desde que estas sejam confirmadas na fase judicial, tomando o status de legalidade da prova.

A exceção que recai sobre a aplicação do Art. 155 do Código de Processo Penal é exclusiva para a decisão interlocutória do juiz em face da pronúncia, por ser esta terminativa e não trazer nenhum prejuízo ao réu. A pronúncia não comina em nenhum tipo de sanção. Os indícios de autoria do delito e as provas da materialidade do crime podem ser usados como provas às colhidas no decorrer do Inquérito Policial.

Outro aspecto interessante tratado neste tópico é de que o Art. 155 do Código de Processo Penal não tem aplicabilidade nas decisões do Conselho de Sentença, justamente por não haver possibilidade de identificação dos elementos que os jurados utilizaram para condenar ou absolver o réu. Logo, as provas colhidas no Inquérito Policial devem obrigatoriamente passar por uma análise bem mais apurada a exemplo do que ocorre na fase judicial.

Em se tratando das competências do Tribunal do Júri, ao qual é competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, em concordância com as peculiaridades atinentes ao rito, a aplicação do Art. 155 do Código de Processo Penal, deverá ser visto com ressalvas.

5. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART 155 DO CPP

No ano de 2008, foi apresentado um Projeto de Lei com alterações substanciais ao código de processo penal vigente. Basicamente, a proposta tendia a alterar, de forma direta, a apreciação das provas dentro do processo em andamento, com a finalidade que os Princípios do Contraditório e da ampla Defesa, ambos contidos expressamente no Art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, fossem realçados e observados de forma contundente no decorrer dos procedimentos processuais penais. Tal projeto deu origem à Lei 11.690.

Entretanto, a alteração substancial ocorreu na verdade no Art. 155 do diploma processual penal, pois, de acordo com o projeto de lei apresentado e aprovado, no que tange os princípios constitucionais referidos alhures, não foram recepcionados na redação do artigo processual penal quando de sua edição, o que ensejou diversas análises críticas à Lei 11.690, pivô de tal alteração no diploma.

Antes, porém, de tecermos os comentários acerca da inconstitucionalidade da referida alteração ensejada pela Lei 11.690/08, é de bom grado trazer à baila alguns conceitos teóricos no que se refere às provas dentro do processo penal, vez que a construção teórica da prova ao longo desta pesquisa ao longo da história foi satisfatória, onde houve o rompimento dogmático um tanto casuístico da matéria probatória, com a finalidade de dar um contorno a mais que a discussão merece.

Em primeiro ponto, é bom ressaltar aqui que as escolas teóricas tiveram a preocupação nítida em conceituar a prova com a finalidade de correção e minimização nas distorções que eram aplicadas ao instituto, dispensado principalmente na Santa Inquisição pela Igreja Católica da época.

A partir desse exposto, usando os ensinamentos lecionados pelo renomado professor Mirabete, *in verbis*.

[...] produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo (MIRABETE, 2005, p. 254).

Em outra ótica, outro reconhecido e renomado doutrinador, Nucci, assevera que:

[...] prova origina-se do latim *probatio* que, significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo *provar* *probare*, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar (NUCCI, 2017, p. 341).

Ainda no mesmo intuito de conceituar a prova, Capez (2007) tece a seguinte afirmação sobre tal instituto: “é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação”

Ante as definições dadas à prova pelos reconhecidos, renomados e consolidados doutrinadores dentro da seara penal, há de se concluir que tal instituto, em uma acepção ampla e simplória, será tudo aquilo que puder ser usado para atestar ou não a existência de uma alegação.

Após a compreensão teórica e conceitual do instituto da prova, inicialmente, com a finalidade de se fixar a problemática do tema proposto no referido trabalho, faz-se necessário se fazer uma criteriosa análise da nova redação atribuída ao Art. 155 pela Lei 11.690/08, após a reforma do Código de Processo Penal, que passou a ter as seguintes linhas:

Art. 155 CPP: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Em primeiro momento, o legislador tem o cuidado de reafirmar que há a necessidade da formação do lastro probatório e a sua validação na fase posterior ao inquérito, a fase processual. A validação então torna-se condição necessária para a aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa, na medida em que é de ciência de todos, que as provas produzidas no decorrer do Inquérito Policial, possui um caráter unilateral, sem, no entanto, oportunizar a parte contrária a ampla defesa e ao contraditório, princípios estes garantidos na redação do texto constitucional.

Desta feita, a necessidade da confirmação da prova na fase judicial, é condição que a fará ser de efetiva aplicação dentro de um Estado Democrático de Direitos. Entretanto, a conclusão que pode ser extraída do referido artigo não é a mesma

referida acima. O que o legislador na verdade quis deixar entendido ao mencionar a expressão exclusivamente, que é possível, com base em elementos colhidos na fase inquisitorial, onde não há o contraditório e a ampla defesa, apoiar uma decisão que enseje uma decisão condenatória em desfavor do réu, o que constituiria na verdade, uma inversão do nosso sistema constitucional.

Dessa forma, o legislador deixa a permissão para que as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, as quais são produzidas sem as devidas garantias constitucionais na fase policial, o julgador possa delas fazer uso para formar seu entendimento e decisão sem a devida confirmação das mesmas na fase judicial, sendo então criada uma exceção, dentro do exposto, contrária aos direitos e garantias constitucionais.

É inconteste dizer, no entanto, que o sistema processual penal brasileiro, vigente desde 1941, encontra-se defasado em face da pós-modernidade e logo, da efetiva aplicação por parte de um estado democrático de direito, não ofertando ao acusado e ao seu advogado, o devido acompanhamento à produção das provas durante a fase inquisitorial, não repetível, cautelares e antecipadas, o que, de forma fatal, caracterizaria um estado de exceção ao indivíduo que até então é o detentor de direitos.

Dentro desse entendimento, entende-se por inconstitucional parte relevante do artigo, com a nova redação dada pela Lei 11.690/08, cabendo ao intérprete da lei, dentro de uma releitura criteriosa do referido artigo, tecer entendimento convergente ou divergente à inconstitucionalidade suscitada dentro destas linhas.

Ademais, espera-se que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da constituição e poder, a partir de então, declarar norma constitucional ou inconstitucional, agregar uma correta interpretação a parte final de tal dispositivo, sugerindo de que ao se constatar caso a caso, a produção de provas cautelares ou não repetíveis na fase policial, seja de forma imediata, dada oportunidade à parte contrária de acompanhar, juntamente com seu advogado e assistente técnico, as perícias realizadas e no mais que couber à espécie. Isso porque não poderá ocorrer a duplicidade da prova na fase judicial e, por conta disso, a sua confirmação pode não ocorrer, o que, a nosso ver, afastaria a inconstitucionalidade, atribuída aqui, ao presente artigo.

Dentro ainda dessa ótica racional, sobre tudo na utilização das provas que forem produzidas na fase policial e sua aplicação no Tribunal do Júri, com finalidade de assegurar a ampla defesa ao acusado, entendemos que todas as provas produzidas nessa fase devem ser mantidas em sigilo e segredo de justiça, até que possa ser manifesta a defesa técnica do acusado, pois, sendo dadas as devidas

divulgações dos resultados das investigações nos meios de comunicação, estando as provas colhidas ainda não contraditadas, sobre tudo quando “valoradas”, são fontes permanentes de intranquilidade para o trabalho processual.

Ademais, ainda tem-se a eventualidade da implicação da sanção de linchamento moral por parte da sociedade e, logo, a antecipada condenação social e, ainda, por consequência, pelos seus pares que posteriormente realizarão o possível julgamento no Tribunal do Júri, o que, de forma clara, fica demonstrada a incompatibilidade do referido sistema com o Estado Democrático de Direito.

Portanto, entendemos restar claro, no presente tópico, a inconstitucionalidade do Art. 155 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela edição da Lei 11.690/08, e que o lastro probatório obtido dentro da fase inquisitorial e quando não confirmadas na fase processual, não poderão ser utilizadas nas fases posteriores, inclusive no Tribunal do Júri e, muito menos pelo juiz na formação de seu entendimento e de uma decisão condenatória, vez que ferem os princípios constitucionais, em especial, o direito a ampla defesa e ao contraditório.

Por outra ótica, tem-se também que a veiculação de tais provas produzidas na fase de inquérito policial nos meios de comunicação de massa, sem que tenham sido contraditadas pela defesa técnica do acusado, terminam por ser valorado, o que, de forma fatal, geraria uma enorme comoção dentro do seio social e, por consequência de tal comoção, ter-se-ia a antecipada condenação do acusado pelos seus pares sem que se tenha dado observância dos princípios constitucionais que devem ser garantidos a todos os cidadãos dentro do Estado Brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de qualquer outra consideração, há de se convir que as provas dentro de um processo penal, figuram como condições preponderantes para que seja atribuída ao acusado uma pena, a qual poderá culminar por sua absolvição ou condenação, a depender do que pesará contra ele no decorrer dos procedimentos processuais.

É inconteste dizer, no entanto, que existam provas colhidas na fase inquisitorial que podem responder pela culpabilidade do acusado em face de um crime por ele cometido e que se não forem dadas como recepcionadas dentro de um processo, podem de pronto, ensejar uma decisão que não corresponda à realidade dos fatos.

A restrição conferida aos magistrados no uso das provas colhidas na fase inquisitorial que não forem judicializadas coloca em risco, além dos trabalhos da acusação em provar a suposta autoria ao réu, a sua própria defesa, pois, tratar-se-ia

de uma “mão-dupla”, ou seja, tanto a prova poderia ensejar a condenação como a absolvição do acusado em face das denúncias a ele conferidas.

Vislumbra-se também que tais lastros probatórios não podem ser usados pelos jurados que virem a compor o Conselho de Sentença e assim, ajudarem no entendimento e decisão dos mesmos para que possam proferir seus veredictos de forma independente.

Após todo o exposto, conclui-se que as provas colhidas dentro da fase inquisitorial devem sim ser usadas dentro da fase processual, mesmo que a elas não seja conferido o contraditório e a ampla defesa e algumas não sejam judicializadas, pois na fase do inquérito policial a contestação das provas que estão sendo colhidas não se faz necessária vez que ainda não se fala nessa fase em processo e, as provas colhidas ainda não tem o status de judiciais, por tanto, não fazem parte do processo em si. As provas colhidas nessa fase são meramente usadas para que a denúncia seja oferecida pelo Parquet.

Insta ressaltar aqui que a atribuição da inconstitucionalidade dada à parte final do Art. 155 do Código de Processo Penal, conferido pela nova redação dada pela Lei 11.690/08, é entendimento do autor desta pesquisa, que entende ser possível que todas as provas colhidas dentro da fase inquisitorial devem ser usadas no processo, mesmo que não tenham sido judicializadas mas que tenham relação direta com o crime imputado ao acusado e que transpareça a incontestada autoria do mesmo.

REFERÊNCIAS

Artigo 155 do Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10667014/artigo-155-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>Acesso diário

BRASIL, **Constituição da República Federativa**. Editor Antônio de Paulo. 19ed. Rio de Janeiro, 1988

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 652

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 17ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017

LEI Nº 11.680, de 27 de Maio de 2008. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/93713/lei-11680-08>. Acesso diário

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 1ed, 2011

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17ed. rev. Atual São Paulo: Atlas, 2005, p. 274.

STJ- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental em Recurso Especial**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153307693/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1309425-mg-2012-0032428-5>
Acesso diário

_____. **Agravo Regimental em Habeas Corpus: Pedido Que Extrapola O Contido Na Decisão Agravada**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3987419/agravo-regimental-no-habeas-corpor-agrg-no-hc-118761> Acesso Diário

_____. **Agravo em Recurso Especial**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/895519340/agravo-em-recurso-especial-aresp-521386-pr-2014-0120696-6/decisao-monocratica-895519373?ref=juris-tabs>
Acesso Diário

_____. **Habeas Corpus-HC**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8806722/habeas-corpor-hc-44374-sp-2005-0086950-3/inteiro-teor-13890851>. Acesso diário

_____. **Habeas Corpus: Art. 121, § 2º, Incisos Ii C/C Art. 14 Ii e Art. 129, § 6º todos do Código Penal. Supressão de Instância. Pronúncia. Provas. In Dubio Pro Societate**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19187884/habeas-corpor-hc-85077-df-2007-0138681-9> Acesso diário

_____. **Habeas Corpus por Tráfico de Entorpecentes**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=TR%C3%81FICO+DE+ENTORPECENTE.+LIBERDADE+PROVIS%C3%93RIA.+HABEAS+CORPUS>

Acesso diário

TJRS-TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Recurso em Sentido Estrito**. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112759995/recurso-em-sentido-estrito-rse-70052297793-rs> Acesso diário

ABANDONO PARENTAL INVERSO: ANÁLISE JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS EM RELAÇÃO AOS IDOSOS

ANA CAROLINA GUIMAS BATATEL:

Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM – Manaus, AM.

RESUMO: O abandono afetivo é um termo presente nas relações humanas, principalmente nas relações familiares, sendo mais comumente utilizado na relação pais x filhos, entretanto é necessário trazer à tona o inverso: quando os filhos abandonam os pais na fase em que mais precisam – a velhice. O presente artigo tem por objetivo principal analisar pontos relevantes acerca do cabimento da responsabilização jurídica dos filhos em relação aos pais idosos quando estes sofrem de descuido ou indiferença por parte da família. Serão apontados, ainda, os direitos da pessoa idosa quando ausente a afetuosidade familiar, além da visualização do idoso nos modelos atuais de família.

Palavras-chave: Relações familiares. Responsabilização. Abandono afetivo. Idosos.

ABSTRACT: Affective abandonment is a term present in human relationships, especially in family relationships, being more commonly used in the parent-child relationship, however it is necessary to bring up the reverse: when children leave their parents at the stage when they need it most - old age . The main objective of this article is to analyze relevant points about the appropriateness of children's legal responsibility in relation to elderly parents when they suffer from carelessness or indifference on the part of the family. The rights of the elderly person will also be pointed out when family affection is absent, in addition to viewing the elderly in current family models.

Keywords: Family relationships. Accountability. Affective abandonment. Elderly.

Sumário: Introdução. 1. O histórico dos direitos do idoso e a Constituição de 1988. 2. Os deveres parentais em relação ao idoso. 3. Os elementos da responsabilidade civil no âmbito familiar. 3.1. O conceito e elementos do dano moral. 3.2. A responsabilização civil na família. 4. O abandono parental inverso e o dever de indenizar. Conclusão. Referencial bibliográfico.

INTRODUÇÃO

O abandono afetivo normalmente é discutido sob a ótica de filhos que são abandonados pelos pais, o que não é incomum, principalmente pela figura paterna. De acordo com dados demonstrados pela Central Nacional de

Informações do Registro Civil⁵⁸, mais de 80 mil crianças são registradas sem o nome do pai apenas no ano de 2020, o que revela traços sociais de uma cultura escassa em responsabilidade afetiva.

Sob outro prisma, chega-se à análise do abandono parental inverso: aquele ocorrido pelos filhos em relação aos pais quando estes chegam na fase idosa – a “terceira idade”. Destaca-se que, normalmente, a criança evolui e cada vez menos tem a necessidade, física e afetiva, de depender dos pais. O contrário ocorre com os idosos, que cada vez mais precisam de seus filhos, pois são sabidas as características típicas da idade avançada: muitas vezes há o acometimento de doenças, das mais leves às mais graves, principalmente as patologias psicológicas, sendo certo que, nessas condições, há um grande aumento da dependência.

De certo se sabe que, com o avançar da idade, a saúde de forma geral ganha um aspecto mais frágil e muitas vezes se tornarem vulneráveis em razão de moléstias, o que pode torná-los debilitados física e mentalmente. Isso gera um grande impacto em todos os âmbitos da vida, principalmente em relação à redução da autonomia. Sabe-se, também, que não são todos os conceituados como idosos que se encontram nessa situação, mas acertadamente é necessário garantir a este grupo prioritário a devida proteção pelo Estado e por toda a sociedade.

Mas acima das condições físicas e psicológicas do indivíduo, deve-se dar especial atenção à afetividade, ou seja, ao cuidado, ao apoio, à sororidade, pois nesta fase há uma maior sensibilidade emocional por parte do idoso, tendo em vista que é comum as pessoas se sentirem inválidas, ou até mesmo um peso para os familiares, por isso é tão fundamental dar condições dignas à vida do idoso, de forma que este se sinta acolhido e rompa com quaisquer sentimentos de desvalia sobre si mesmo.

Neste diapasão, faz-se a seguinte análise: o Direito anda atrás da sociedade, ou seja, primeiro os fatos acontecem para que, assim, venha o ordenamento jurídico (em sentido lato) e dê aos fatos os respectivos comandos legais, isto é, as leis jamais alcançarão toda e qualquer situação existente, mas através da hermenêutica jurídica são investigados os fatos de forma minuciosa para que assim seja aplicado o melhor Direito ao caso concreto.

Assim como as demais normas, os direitos dos idosos surgem no ordenamento jurídico, conforme contextualização histórica a ser tratada em

⁵⁸ Acesso em: <https://blogs.correiobraziliense.com.br/servidor/mais-de-80-mil-criancas-foram-registradas-sem-o-nome-do-pai-no-primeiro-semester-de-2020/>

tópico adiante. Na abordagem moderna, já não restam dúvidas de que os idosos têm proteção legal, dando um especial tratamento ao texto constitucional, no artigo 229, que diz: "... os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice", esse comando legal irradia para os demais textos legais do ordenamento, mas somente por ele já há interpretação de que os filhos têm responsabilidade em relação aos pais, no sentido de garantir ao idoso a dignidade, compreendida na vida, alimentação, saúde, lazer, dentre outros que dizem respeito à qualidade de vida e de tratamento.

Aliás, não só a família tem esse dever, mas também toda a sociedade, pois, em razão do princípio da igualdade – ou da isonomia –, os que carregam consigo uma desigualdade deverão ter, por parte de todo o mecanismo social – Estado, sociedade e família, tal condição suprimida, ou pelo menos amenizada, através de uma série de práticas trazidas pelas leis, como é o caso da prioridade de atendimento tanto em estabelecimentos públicos como privados (Lei 10.048/00), prioridade de tramitação processual (art. 71, Estatuto do Idoso), garantia a passagem gratuita ou com valor reduzido em transportes públicos (art. 40, Estatuto do Idoso), igualdade de valores em planos de saúde (art. 15, Lei 9.656/68) etc. Até mesmo o Código Penal trata como agravante se os crimes cometidos contra idosos se derem em razão desta condição.

Nos casos de abandono por parte da família – do desamparo familiar - haverá, portanto, o dever de indenizar? Se houver, a pecúnia pode mesmo ser considerada como compensação para fins reparadores na esfera psicológica?

O objeto principal do presente trabalho é analisar o reconhecimento da pessoa idosa como detentora de direitos em especial quanto à sua condição etária, destacando os momentos históricos marcantes, até o momento em que isto chega a ser tratado pela Constituição federal de 1988, para que, enfim, se chegue à apreciação da responsabilidade civil no âmbito familiar, tanto no aspecto legal como jurisprudencial, uma vez tendo ocorrido o abandono dos pais por parte dos filhos.

1. O histórico dos direitos do idoso e a Constituição de 1988

A sociedade brasileira durante grande parte de seu histórico foi formada por jovens. Até a década de 1980 os registros demográficos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostram que a composição social era piramidal, ou seja, tinham mais jovens do que idosos. Com o aumento do uso e dos tipos de métodos contraceptivos e o ganho de espaço no mercado de trabalho pela mulher, as famílias se tornaram menores – com cada vez menos filhos por pessoa, e até mesmo pelo número de indivíduos que escolhem não ter filhos – o que

levou a um aumento significativo da população idosa, ou seja, houve a inversão da pirâmide.

Isso contribui diretamente na luta, e conquista, por direitos de pessoas idosas, pois não há como deixar um grande grupo social – nem mesmo se pequeno fosse –, com as suas peculiaridades, sem proteção legal. Até porque, com o aumento da expectativa de vida faz com que o idoso participe muito ativamente no organismo social, surgindo, por exemplo, o aumento na idade da aposentadoria.

No Brasil, em âmbito constitucional, as Cartas Maiores de 1824 e 1891 sequer mencionavam os idosos. A inovação foi trazida pela Constituição de 1934, em que ficou estabelecida a previdência social para a pessoa idosa. As constituições seguintes mormente mantiveram a disposição.

A Constituição Federal de 1988, por mais que não tenha em seu texto muitos elementos dispendo sobre os idosos, trouxe expressamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da isonomia, que norteiam não só a sociedade, mas também os demais textos legais sobre o tema, pois são princípios de caráter geral e que servem para regular todo o tipo de relação.

Acerca da dignidade da pessoa humana, pode-se aferir sem dúvidas que independentemente de idade, são assegurados a todos o tratamento humano e os demais pilares que sustentam a dignidade: a saúde, a educação, a alimentação, a moradia, o lazer, a proteção ao trabalho etc. Em especial à condição de idoso, há peculiaridades, que podem ser justificadas em razão dos princípios da igualdade e isonomia, como por exemplo: a aposentadoria em razão da idade, o voto facultativo etc., além de a Constituição vedar expressamente a discriminação em razão de critérios etários.

Ainda dentro do texto constitucional, há menção ao dever de amparo por parte dos filhos em relação aos pais idosos, disposições constantes dos artigos 229 e 230 da CF:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Surge, portanto, a partir da Carta Magna de 88, o direito dos idosos de forma mais clara e individualizada, pois os princípios também instituídos pelo seu texto nortearam a interpretação e a criação das demais leis no sentido de dar especial atenção a este grupo. Outro marco legal no contexto histórico do direito dos idosos foi a definição do conceito de "idoso", através da Lei 8.842/94:

Art. 2º Considera-se idoso, para os efeitos desta lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade.

Necessário destacar, ainda, a disposição trazida pelo Código Civil de 2002 (art. 1.696), que impôs a prestação de alimentos aos idosos, da mesma forma que obriga aos pais em relação aos filhos, pois a principal característica dos alimentos é garantir a subsistência do alimentando, não há como fazer distinções em razão da idade, pois este direito é inerente à pessoa humana independentemente de faixa etária. Com isso, o binômio necessidade x possibilidade também se aplica aos idosos, com igual fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Este último além de ser um direito, também é considerado um dever, uma vez que a família é considerada a base da sociedade, nos termos da Constituição, e, caso o idoso precise, a família será a primeira opção para garantir meios a subsistência deste indivíduo.

Somente no ano de 2003 – que para a ciência jurídica é considerado como recente – é que foi criado o Estatuto do Idoso, através da Lei 10.741. Apesar de ser uma lei pequena, somente com 118 artigos, considera-se, além da Constituição, o pilar da proteção ao idoso, pois conquistou-se normas, tanto de cunho geral, como específico, em busca da proteção ao idoso, reconhecendo os valores a ele inerentes, além da busca por políticas públicas que visem a inclusão social e a proteção a quaisquer negligências contra o ocupante da terceira idade.

Com o advento do Estatuto do Idoso os ditames constitucionais puderam transparecer de forma mais clara, restaram garantidos direitos especiais às pessoas idosas, levando-se em consideração a situação natural de risco em que se encontram, sendo necessários comandos normativos que tanto designem ações positivas para concretizar as prerrogativas, como também para prevenir e proibir condutas abusivas por parte do Estado, da sociedade e até mesmo da família, além de evitar omissões que possam vir a causar qualquer prejuízo em razão da condição de idoso.

Adentrando no texto do Estatuto do Idoso, são garantidos expressamente os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (art. 3º, Lei 10.741/03). Como se vê, são direitos inerentes a todo e qualquer ser humano, mas agora há um dispositivo que os direciona especificamente para os idosos.

Ao longo do Estatuto, há importantes considerações a serem trazidas, principalmente no tocante ao artigo 3º, quando há menção à “absoluta prioridade” na garantia destes direitos. Isso significa que houve por parte do legislador a sensibilidade no reconhecimento do grupo de pessoas acima de 60 anos – que é o grupo etário convencionado como idoso – como vulneráveis e expostos às mais variadas formas de discriminação e abuso perante a sociedade, além dos demais fatores relacionados à saúde que, por naturalidade, deixam os idosos em posição de desigualdade. Essa expressão demonstra, ainda, a importância da proteção àquele que já contribuiu, e ainda contribui, para a construção da sociedade, deixando heranças que serão usufruídas pelas gerações sucessoras. Mas ainda que não tivesse contribuído, teria seus direitos resguardados pela simples condição de ser humano e pelas peculiaridades a que se guarda em razão da idade.

2. Os deveres parentais em relação ao idoso

A partir da análise histórica dos direitos dos idosos, é necessário destacar a importância da família na preservação da integridade e proteção a possíveis violações de direitos, além da solidariedade – enquanto direito e dever, porque esta é a principal instituição de efetivação dos direitos dos idosos.

A família pode ser vista, primordialmente, sob dois aspectos: o primeiro é o biológico, ou seja, é o núcleo constituído a partir da ancestralidade; o segundo é o afetivo, tendo em vista que principalmente após a promulgação da CRFB/88, não mais é possível considerar um modelo uniforme de família, tendo em vista as múltiplas modificações que sofreu ao longo do tempo.

Nesse sentido, leciona Maria Berenice Dias⁵⁹:

“Afirmar que é uma relação que vincula entre si pessoas que descendem uma das outras ou descendem de um tronco comum abrange só o parentesco por consanguinidade, deixando de fora o parentesco decorrente

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 309.

da adoção, de origens outras, bem como os vínculos de afinidade”.

Ao contrário da divisão entre parentesco biológico e por afinidade, há na doutrina quem defenda que não há distinção entre as relações parentais, então estão englobados nos conceitos de parentesco todos os tipos de relação familiar, opinião esta defendida por Flavio Tartuce⁶⁰, por exemplo.

A partir daí, nasce a oportunidade de mencionar os deveres existentes entre os pais e os filhos. Em primeiro lugar, o poder familiar – denominação dada ao conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais⁶¹ - está contemplado no artigo 1.634 do Código Civil, que traz um rol (exemplificativo) dos deveres dos pais em relação aos filhos, dentre eles mencionados os que devem levar em consideração o seu consentimento, dever de educação, assim como dispõe, indiretamente, que os filhos também devem obediência e respeito aos pais, o que deve ser recíproco, tendo em vista que os filhos também hão de ser respeitados.

Destaca-se que, dentre os deveres dos pais perante os filhos, há o dever alimentar, independentemente da condição dos genitores, podendo estes estarem em um relacionamento, seja de casamento ou união estável, ou não, por isso é tão comum em ações de divórcio e separação judicial já ficar preestabelecido, de acordo com as necessidades, a forma de prestação dos alimentos, bem como as demais convenções em relação à convivência etc.

Já com relação aos deveres dos filhos em relação aos pais, estes ao se tornarem idosos de acordo com os critérios legais e caso não haja a possibilidade de manterem o seu sustento, o Estatuto do Idoso, no já mencionado artigo 3º, reforça que é dever da família garantir o direito à vida, a alimentação, educação, lazer, entre outros.

Apesar de o Poder Público ter um papel ímpar na proteção dos idosos, a família é primordialmente considerada como responsável, tendo em vista que, tendo vínculo sanguíneo ou não, é nessa instituição que o indivíduo está inserido naturalmente. Sendo assim, a partir do momento que o idoso se vê em situação de não ter mais condições de arcar com seu sustento, de acordo com o comando legal emanado pela CF, pelo Código Civil e pelo Estatuto do Idoso, interpretados conjuntamente, surge para os filhos a responsabilidade alimentar pelos pais.

60 TARTUCE, F.; SIMÃO, J. F. Direito civil, v. 5: Direito de Família. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 321

61 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.415.

O Código Civil deixa claro que haverá obrigação recíproca entre pais e filhos na prestação alimentar, além disso o Código ainda permite que os parentes, cônjuges ou companheiros busquem uns aos outros no caso de aquela prestação alimentar prejudicar o seu próprio sustento, ou seja, haverá uma força conjunta para que a obrigação alimentícia não se torne por demais onerosa a uma só pessoa (necessidade x possibilidade), *in verbis*:

*Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros **pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem** para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.*

§ 1º-Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º-Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

*Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é **recíproco entre pais e filhos**, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. (grifo)*

Nesse cenário, importante também é o papel do Poder Público, dispondo assim Maria Berenice Dias:

Na ausência de condições do idoso bem como de seus familiares de lhe proverem o sustento, a obrigação é imposta ao poder público, no âmbito da assistência social (EI 14). Trata-se do dever de amparo, nada mais do que a obrigação do Estado de lhe prestar alimentos.

Dessa maneira, além da família, o Estado também é detentor de responsabilidade perante o idoso, subentende-se que deverá ainda, através de leis e demais dispositivos legais, fora a responsabilidade subsidiária pela prestação alimentícia, impor políticas de proteção aos idosos, concretizando

ações positivas de garantia de seus direitos, proibir quaisquer omissões que possam prejudicar ou retirar o acesso do idoso aos seus direitos, bem como punição daquele que contribuir, direta ou indiretamente, para que isso ocorra.

Mas não só sob esse prisma devem ser analisado o papel do Estado como executor de práticas que coíbem a violação, bem como garantir o direito dos idosos, é necessário também analisar o papel do Estado-juiz. Sob esse ângulo, cabe demonstrar como a jurisprudência tem lidado com o tema.

Certamente, há um alinhamento dos Tribunais no sentido de reforçar o entendimento já expresso no Código Civil e no Estatuto do Idoso, no que diz respeito à responsabilidade dos filhos, bem como a prestação de alimentos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. IDOSA VERSUS FILHO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DO RÉU/ALIMENTANTE. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA VERBA FIXADA NA ORIGEM NO EQUIVALENTE A 23% DOS SEUS RENDIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. MONTANTE QUE SEQUER FAZ FRENTE ÀS DESPESAS DA GENITORA IDOSA. RÉU QUE, ADEMAIS, NÃO LOGROU COMPROVAR A IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM O MONTANTE ARBITRADO. BINÔMIO POSSIBILIDADE-NECESSIDADE BEM EQUACIONADO NA ORIGEM. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. É recíproco o dever de prestar alimentos entre pais e filhos, nos termos do art. 1.696, do CC/02, e o arbitramento da correlata obrigação, segundo exegese do art. 1.694, § 1º, CC/02, deve considerar as possibilidades do prestador e as necessidades do beneficiário. Nos termos do art. 3º do Estatuto do Idoso, outrossim, "é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária", estabelecendo o art. 12 da Lei n. 10.741/2003, ademais, a solidariedade entre todos os prestadores da obrigação alimentar devida ao idoso. (TJ-SC - AC: 03064101920158240038 Joinville 0306410-19.2015.8.24.0038, Relator: Jorge Luis Costa Beber, Data de Julgamento: 14/09/2017, Primeira Câmara de Direito Civil). (destaque)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. PESSOA IDOSA. ALIMENTOS ENTRE ASCENDENTE E DESCENDENTE. CABIMENTO. *Os alimentos são cabíveis porque calcados na assistência mútua existente entre os ascendentes e descendentes, mormente quando demonstrado que o alimentando é idoso e necessita do auxílio do filho para sua subsistência. Ausência de prova da impossibilidade de cumprir com a obrigação alimentar. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70078113917, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 26/09/2018). (destaque)*

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. PESSOA IDOSA. ALIMENTOS ENTRE ASCENDENTE E DESCENDENTE. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE *Cabimento dos alimentos com base na assistência mútua existente entre os ascendentes e descendentes, mormente quando demonstrado que a alimentanda é idosa, vive em um asilo e necessita do auxílio do filho para sua subsistência. Redução do quantum dos alimentos para adaptar ao binômio alimentar. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70076443340, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 25/04/2018).*

AÇÃO DE ALIMENTOS PROMOVIDA POR GENITOR IDOSO CONTRA OS FILHOS. *Dever de prestar alimentos está previsto no art. 229 da CF, arts. 1695 e 1696 do CC e art. 3º do Estatuto do Idoso. Pensão fixada em 1/5 do salário mínimo observa o binômio necessidade-possibilidade. O réu possui 27 anos e está perfeitamente apto a exercer atividade remunerada, contribuindo para a manutenção de seu genitor, portador do Mal de Alzheimer e está internado em um asilo. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP - AC: 10042449020188260529 SP 1004244-90.2018.8.26.0529, Relator: Paulo Alcides, Data de Julgamento: 12/05/2020, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/05/2020)*

A partir da análise da jurisprudência coletada, percebe-se que não há grande distinção entre os julgados, o tema é pacífico entre os tribunais. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento não é diferente: ao julgar o Recurso Especial nº 1.731.004 (2018/0063710-2) sob a relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, determinou como válida, inclusive, a ação regressiva

em face dos demais coobrigados, por tratar-se de solidária, no caso apenas um dos filhos custeava integralmente os haveres alimentares do genitor. Logo, por se tratar de obrigação solidária, nos termos do Código Civil, cabe a busca pela restituição do que foi pago. Isso combina com o já mencionado acima binômio necessidade x possibilidade.

Nessa esteira, é válido trazer um caso em que foi negada a prestação alimentar, pois estava ausente o requisito da necessidade, comprovando o entendimento consolidado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. IDOSO. NECESSIDADE NÃO COMPROVADA. PRETENSÃO REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO 1. Nos termos do art. 229, da Constituição da República, os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, inclusive prestando alimentos. 2. Os alimentos são devidos quando quem os pretende não tem bens suficientes, em podem prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. 3. Todavia, o idoso tem que provar a necessidade dos alimentos. Ausente a prova, deve mesmo ser rejeitada a pretensão aos alimentos. 4. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que rejeitou a pretensão inicial. (TJ-MG - AC: 10079120494293001 Contagem, Relator: Caetano Levi Lopes, Data de Julgamento: 07/10/2014, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/10/2014)

Sendo assim, verifica-se consonância da jurisprudência, tanto de primeiro como de segundo grau, em relação à obrigação de prestar alimentos ao idoso.

3. Os elementos da responsabilidade civil no âmbito familiar

3.1. O conceito e elementos do dano moral

Primeiramente, trago o questionamento: qual é o conceito de responsabilidade civil? É de importante verificação o seu conceito e seus elementos, pois a cada caso será feita por parte do julgador uma análise em que, ausentes um dos requisitos, restará desconfigurada a responsabilidade civil.

Para Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto, a responsabilidade civil é a obrigação de reparar danos que infringimos

por nossa culpa e, em certos casos determinados em lei. A doutrina em uníssono utiliza essa mesma acepção, que é o conceito clássico de responsabilidade civil.

O Código Civil, por sua vez, não traz um conceito preciso, mas através do artigo 186, aduz que o dever de indenizar surge quando o agente comete um ato, comissivo ou omissivo, danoso a outrem. Sendo assim, se vê que há harmonia da lei e da doutrina quanto ao conceito de responsabilidade civil.

Após a conceituação, necessário se faz a explanação dos elementos da responsabilidade civil: o ato ilícito, o nexa causal e o dano.

O ato ilícito se caracteriza quando há uma ação ou omissão que se comete em contrariedade à ordem jurídica, o que está diretamente relacionado com o conceito de culpa, que deverá restar comprovada, sob pena de não poder ser atribuída ao agente a responsabilidade.

O segundo elemento é o nexa causal, este se traduz no “liame” entre a causa e o efeito, ou seja, a circunstância deverá ser comprovadamente capaz de ocasionar o dano. Silvio Venosa utiliza da mesma expressão para se referir ao vínculo causal, ou seja, deverá ser identificado o que levou ao evento danoso, sendo que este fato deverá ser analisado caso a caso para que se conclua pela sua capacidade de causar o evento danoso.

O terceiro elemento é o dano, que consiste na desvantagem sofrida por outrem. A doutrina traz o dano sob diferentes aspectos, por exemplo: individual ou coletivo, moral ou material, econômico e não econômico. O dano, portanto, resta caracterizado quando atinge algum bem jurídico (vida, honra, patrimônio etc.). Uma vez tendo ocorrido o prejuízo a um bem jurídico, a parte causadora indenizará o prejudicado, na tentativa de haver a restauração do bem.

É garantida constitucionalmente a indenização por dano:

Art. 5º, CF.

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem;

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando a indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação.

O dano, por sua vez, pode ser material (patrimonial) ou moral (extrapatrimonial). O dano material é aquele que abala o patrimônio da vítima,

podendo ser calculado sob a diferença econômica que aquela ação ou omissão do agente tenha causado.

Já o dano moral acomete o psicológico do indivíduo, ou seja, não está relacionado com qualquer aspecto material, mas sim afeta o seu emocional, seu íntimo. Não há como mensurar economicamente o dano moral, e até se questiona se este pode ser valorado ou não, mas, de acordo com o caso concreto, será estipulado um valor econômico que possa amenizar o sofrimento da vítima.

Cumprido ressaltar que os três requisitos deverão estar presentes para que reste configurado o dever de indenizar. Além disso, a reparação civil tem por condão não só o ressarcimento à vítima, mas a coibição de novas ações ou omissões danosas que possam a vir ocorrer por parte do agente.

3.2. A responsabilização civil na família

Conforme vastamente já explanado, a Constituição Federal contempla a família como base social, ou seja, é a instituição mais importante da vida de um indivíduo, isso não quer dizer que só seja considerado como família o modelo tradicional (pai, mãe e filhos), pois, na verdade, o tempo apenas demonstrou para a sociedade modelos familiares que sempre existiram, entretanto, como em diversos setores sociais, existia um padrão ideal, o que foi desconstruído na modernidade.

Nesta esteira, surge a questão: dentro de um núcleo familiar, por exemplo entre pais e filhos, irmãos, primos, poderá ser caracterizado dano moral? Indo além, poderá ser caracterizado dano moral dentro de um "novo" modelo de família? Apesar de o direito de família ser capitulado especificamente pela legislação civil - além do Estatuto da Criança e do Adolescente, que também regula situações familiares -, não há, especificamente, codificação sobre o tema. Restando apenas a análise doutrinária e jurisprudencial.

Especificamente no direito de família, Maria Berenice Dias prescreve que os danos decorrentes de agressões e injúria, por exemplo, devem ser reparados, seja pelo cônjuge ou por qualquer outro parente, estará o agressor sujeito a indenizar. Sendo assim, a responsabilidade civil, que já incide sobre as demais ramificações do Direito, incidirá no direito de família.

De acordo com o doutrinador Cristiano Chaves, há duas correntes acerca do "alcance da ilicitude nas relações familiares":

"Em uma margem, encontram-se os adeptos de uma ampla caracterização da ilicitude nas relações familiares, admitindo

uma ampliação da responsabilização civil no âmbito interior da família.”

Nessa corrente, entende-se que a reparação é devida nos casos gerais de ilicitude, como também em casos específicos, como exemplo que o próprio autor dá: “seria o exemplo da violação de um dos deveres matrimoniais previstos no art. 1.566 do Codex, como a prática de adultério ou a cessação da vida em comum”, entendendo que seria um dever oriundo da imposição da norma legal.

A segunda corrente trazida pelo autor, por outro lado:

“Noutra banda, há parcela, não menos significativa, de juristas que aceitam a aplicação da responsabilidade civil no Direito das Famílias tão somente nos casos em que se caracterizar um ato ilícito, conforme a previsão legal genérica. Ou seja, entendem que a responsabilidade civil no seio familiar estaria associada, necessariamente, ao conceito geral de ilicitude, não havendo dever de indenizar sem a caracterização da cláusula geral de ilicitude (arts. 186 e 187, CC)”.

Em suma, o autor destaca que a mera violação de um dever jurídico familiar não é suficiente como caracterizador do dano, conseqüentemente, do dever de indenizar, pois este dependeria da minuciosa presença dos elementos trazidos pela legislação civil, nos moldes dos artigos 186 e 187 do Código Civil.

“A aplicação das regras da Responsabilidade Civil na seara familiar, portanto, dependerá da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano. Assim, a prática de adultério, isoladamente, não é suficiente para gerar dano moral indenizável. No entanto, um adultério praticado em local público, violando a honra do consorte, poderá gerar dano a ser indenizado, no caso concreto. De igual modo, não implica dano moral (conquanto possam produzir outros efeitos regulados pela norma de Direito das Famílias) a recusa ao ato sexual entre cônjuges e companheiros ou a prática, entre eles, de atos sexuais pouco convencionais ou mesmo o abandono do lar” (FARIAS)

Sob outra ótica, o mestre Flávio Tartuce, em sua obra, faz um apanhado jurisprudencial comparativo acerca dos diversos espectros em que caberia a reparação por dano moral, em situações específicas. Primeiramente, o autor

particulariza as ações de separação judicial, citando as palavras do já citado autor Cristiano Chaves:

“Ora, como a cláusula geral de proteção da personalidade humana promove a dignidade humana, não há dúvida de que se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna” (FARIAS, Cristiano Chaves. Redesenhando..., 2004, p. 115). Anote-se que a jurisprudência nacional também estabelece a relação entre a mitigação da culpa e a proteção da dignidade, tema que ainda será aprofundado no Capítulo 4 da presente obra (TJMG, Apelação Cível 1.0024.04.355193-6/001, Belo Horizonte, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 03.05.2005, DJMG 20.05.2005)”.

Em seguida, analisa-se o caso da Apelação Cível 408.555-5 da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em que cuida do abandono paterno-filial, em que primeiramente foi concedida a indenização, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, entretanto, tal indenização foi retirada no julgamento do REsp 757.411/MG, sob os votos de que este não seria o caso de ato ilícito.

Evoluindo, o STJ mudou seu entendimento, anos depois, sendo concedida a reparação:

“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 desinências, 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, exurgindo, 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” (STJ, REsp 1.159.242/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.2012, DJe 10.05.2012).

Na seara da família, portanto, há o dever de responsabilidade, pois insurgindo violação e presentes os elementos da responsabilidade civil, mesmo que o dano seja causado por um parente, consanguíneo ou não, será cabível a reparação civil.

4. O abandono parental inverso e o dever de indenizar

Diante de toda a análise feita a partir do histórico do direito dos idosos e da responsabilidade civil no âmbito familiar, conclui-se que, em se tratando de idosos, de igual forma será cabível a responsabilização civil.

Especificamente sobre o abandono, é necessário fazer uma breve distinção entre o familiar e o afetivo. O primeiro é mais amplo, acontece quando os familiares – consanguíneos ou não – deixam de prestar assistência àquele que necessita; já o abandono afetivo é mais específico: é relativo ao tratamento dispendido a determinada pessoa, ou seja, onde há falta de cuidado.

No tocante aos idosos, não é rara a ocorrência de abandono afetivo, as vezes até mesmo dentro da própria casa. O desprezo, a desatenção, as vezes até mesmo o desrespeito, são formas de abandono afetivo. Esse tipo de violação é grave para o idoso, diminuindo drasticamente a sua qualidade de vida, pois é justamente na família que serão concretizados praticamente todos os direitos voltados para o pertencente à terceira idade.

Quando os dispositivos legais, a doutrina e a jurisprudência se referem aos deveres dos pais em relação aos idosos, jamais é deixado de lado o dever de zelo

por aquela pessoa, pelo contrário, o dever de cuidado abarca a boa convivência familiar, a inclusão do idoso nas atividades familiares, a validação da opinião do idoso, bem como a sua valorização como ser humano.

Isso porque a idade avançada traz consigo a ideia, para o próprio idoso, de que este ficará inválido, que será até mesmo um peso para a família, o que se trata de uma inverdade. Entretanto, infelizmente, ocorre em demasia os casos de abandono afetivo inverso, porque não é só o dever alimentar a garantir a qualidade de vida do idoso, tampouco o dinheiro, mas sim a dedicação, o respeito e a afetividade.

Esclarecendo, denomina-se como “inverso” o abandono dos filhos em relação aos pais, pois a doutrina conceitua como abandono afetivo (de forma direta) o relativo aos pais em relação aos filhos, daí porque surge a nomenclatura de abandono afetivo inverso.

Um ponto importante nessa análise se faz em relação aos familiares que necessitam deixar o idoso aos cuidados de um profissional, ou mesmo em um asilo por motivos fundados em trabalho ou outros aspectos relevantes: necessariamente haverá abandono nesse caso? Certamente que não, pois o que ocorrerá é uma espécie de efeito dominó: talvez se o familiar privar-se de dedicação ao trabalho, este não poderá proporcionar ao idoso um bom plano de saúde, por exemplo, ou até mesmo qualidade na sua moradia, alimentação, dentre outros.

Nesse caso, nota-se que não serão deixados de lado no sentido de falta de amparo, nem mesmo deixarão de ter a afetividade com os familiares, entretanto, há casos em que os parentes tomam as mesmas atitudes, porém com fins diferentes, realmente tendo a intenção de abster-se do dever de cuidado, o que caracterizaria, sem dúvida, violação aos direitos da personalidade do idoso.

Ou seja, mesmo que o idoso permaneça parte de seu tempo a ser acompanhado por um cuidador profissional, ou até mesmo em um asilo, a família ainda terá o dever de, primeiramente, acompanhar qualquer tipo de tratamento dispendido ao idoso, seja dentro ou fora de sua residência, além do cuidado afetivo, conforme foi citado acima, a validação de sua posição na família, a busca pela sua participação nas decisões e consideração pelas suas opiniões, em outras palavras, o idoso tem todo o direito de “aparecer” e “ter voz”.

Ainda sobre o tema, frisa-se o princípio da afetividade e da solidariedade, pois ambos caminham juntos neste aspecto. A afetividade é natural do ser humano, além de ser um direito; tem um papel tão importante no Direito de Família, que fez com que o conceito de família mudasse e fosse acrescido o

modelo familiar nascido a partir de laços afetivos. A solidariedade consiste na reciprocidade entre os familiares, ou seja, a família deve ser uma rede de apoio. Ambos os princípios devem ser aplicados nos casos concretos de relações de família.

Se a família, portanto, tem o dever de cuidado e dentro dele está abarcada a afetividade, considerando que a legislação brasileira admite os casos de reparação civil por dano moral, restará configurada a obrigação de reparação nos casos de abandono afetivo inverso?

Como se sabe, a indenização por dano moral é demasiadamente comum no judiciário brasileiro. Mas levando-se em consideração o dever perante os pais, no aspecto econômico e psicológico, quando da sua omissão dos filhos perante suas obrigações, restará configurado o ato ilícito apto a gerar indenização.

Vejamos o que diz o artigo 927 do Código Civil: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Nesse caso, estar-se-á diante de um abalo profundo no psicológico da vítima em razão de abandono (*non facere*) por parte de seus familiares em um momento da vida que requer cuidados específicos, principalmente no tocante ao zelo pela sua autoestima.

Porém, por vezes será de difícil caracterização e, inclusive, comprovação do dano dentro de uma relação familiar, pois se trata de uma instituição em que não há, muitas vezes, exposição ou sequer meios probatórios em que o indivíduo possa mostrar os fatos ensejadores do dano, tendo, somente, na maioria dos casos, o relato individual. Às vezes, nem mesmo a prova testemunhal chega a existir, pois o familiar não vai ao ponto de dividir com alguém o que se passa dentro daquela relação, é o que ocorre com a violência entre cônjuges, por exemplo.

Dessa forma, ao prolatar a sentença o Magistrado, ao fixar o valor pecuniário que, em tese, deve ser utilizado como uma forma de “suprir” o dano, não deve só olhar para a situação fática, mas deve-se observar uma série de critérios subjetivos, tanto a respeito da vítima, como do agressor. E não é só isso, por se tratar de detalhes envolvendo cada caso, podem surgir outros critérios, que deverão ser expostos e fundamentados em sentença.

Ou seja, nem só da subjetividade, do íntimo dos litigantes, deve-se valer o juiz, sobretudo no que diz respeito à possibilidade de pagamento por parte do ofensor, pois o conceito de valor alto ou baixo é aberto demais para se estabelecer uma média. Dessa forma, o valor não deve ser tão grande a ponto de ferir a própria dignidade humana do ofensor (cabe aqui a expressão popular

“onde acaba o meu direito surge o do outro”), nem tão baixo que seja inexpressivo.

Cabe aqui refletir sobre o papel da indenização pecuniária como fato compensatório de um dano com caráter extrapatrimonial. É claro que o montante auferido por uma indenização não é capaz de restaurar o *status quo ante* daquele que sofreu uma agressão psicológica – no caso específico, o abandono afetivo, pois a relação entre o psicológico e o dinheiro não é equivalente, isso é unânime na doutrina e na jurisprudência.

Então, a dificuldade é justamente encontrar algo que valha como compensação e restauração do dano moral. Por isso, o que se concluiu é que o dinheiro como “servível”, pois é o único modo realizável de tentar chegar a uma reparação, ou seja, tem a função meramente satisfativa⁶². De certo, não é perfeito ou equivalente, mas não se encontra meios absolutos para reestruturar o psicológico severamente abalado.

Por oportuno, cabe demonstrar a jurisprudência relacionada ao tema:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. DANO MORAL. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. 1. *O pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio.* 2. *A contemplação do dano moral exige extrema cautela no âmbito do Direito de Família, pois deve decorrer da prática de um ato ilícito, que é considerado como aquela conduta que viola o direito de alguém e causa a este um dano, que pode ser material ou exclusivamente moral.* 3. *Para haver obrigação de indenizar, exige-se a violação de um direito da parte, com a comprovação dos danos sofridos e do nexo de causalidade entre a conduta desenvolvida e o dano sofrido, e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si só, situação capaz de gerar dano moral. Recurso desprovido. (TJ-RS - AC: 70072444722 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 22/02/2017, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 01/03/2017).*

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO MATERIAL, MORAL E AFETIVO. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. *O pedido de*

⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPOLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil 3. 11ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 127.

reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida. Embora se viva num mundo materialista, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70067498436, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 03/12/2015)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO DEMONSTRADO - ABANDONO AFETIVO DE MENOR - COMPROVAÇÃO - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE CONVÍVIO FAMILIAR - DANO MORAL - OCORRÊNCIA. - Não demonstrado pela parte ré o impedimento, por parte do perito judicial, da participação do assistente técnico na elaboração do laudo pericial, bem como a ocorrência de prejuízo dela decorrente, não há que se falar em cerceamento de defesa.³ - A falta da relação paterno-filial, acarreta a violação de direitos próprios da personalidade humana, maculando o princípio da dignidade da pessoa humana - Mostra-se cabível a indenização por danos morais decorrentes da violação dos direitos da criança, decorrente do abandono afetivo. (TJ-MG - AC: 10024143239994001 MG, Relator: Evandro Lopes da Costa Teixeira, Data de Julgamento: 08/08/2019, Data de Publicação: 20/08/2019)

Conforme se depreende, a jurisprudência ainda é rasa sobre o assunto, porém, pode-se interpretar que a partir da caracterização dos elementos ensejadores da responsabilidade civil, haverá condenação por dano moral no caso de abandono afetivo inverso.

CONCLUSÃO

Ao longo da explanação, pode-se concluir que a garantia do direito aos idosos, especialmente em relação às suas peculiaridades decorrentes da idade,

foi concedida de forma tardia e lenta. O conceito de idoso somente veio a ser definido em 1994, através da Lei 8.842/94. Nem mesmo na Constituição há essa nomenclatura delineada, sendo que nas constituições anteriores a 1988, há pouca menção – ou nenhuma – a direitos relacionados a esse grupo.

Até mesmo a menção trazida pela atual Constituição vigente não se mostra suficientemente capaz de proteger plenamente os idosos, apesar de ser um grande passo nessa conquista. Entretanto, faz com que outros dispositivos legais caminhem sob a mesma direção, ou seja, através das demais leis esparsas, principalmente o Código Civil e o Estatuto do Idoso, que o indivíduo com idade igual ou superior a sessenta anos passou a ser considerado como um grupo detentor de especial tratamento, sobretudo pela família, mas também pela sociedade e pelo Poder Público.

Em primeiro lugar, a Carta Magna prevê que a principal instituição responsável pelo idoso é a família, sendo o Estado responsável subsidiariamente, ou seja, quando não houver assistência familiar. Nesse sentido, discute-se sobre o conceito moderno de família, sendo que neste estão abarcados tanto a família biológica como também a afetiva, a doutrina é pacífica nessa consideração.

Sendo a família a principal responsável pela prestação de assistência com o idoso, necessário se faz encaixar os elementos da responsabilidade civil no âmbito familiar. O Código Civil dispõe que ao ocorrer violação do direito e dano a outrem, restará configurado o dever de indenizar, nesse sentido quando restarem caracterizados os três elementos da responsabilização civil – ato ilícito, nexa causal e dano – surgirá para o agente o dever indenizatório.

O dano pode ser dividido em dano patrimonial ou extrapatrimonial, observa-se que são independentes e pode ocorrer a condenação em ambos, sem que estes sejam excludentes um do outro.

Patrimonial se concretiza quando há diminuição do patrimônio de outrem em decorrência de ato ilícito, tendo valor econômico, pode ser calculado concretamente, fazendo uma operação simples de apuração do valor do que foi diminuído.

De acordo com o professor Sérgio Cavalieri Filho, o dano moral é configurado quando houver a violação da dignidade da pessoa humana ou a violação aos direitos da personalidade. Ainda no entendimento deste autor (2009, p.86), "o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do fato ofensivo, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, presunção *hominis facti*, que decorre das regras da

experiência comum”. Depreende-se do excerto que o dano moral, portanto, é a resposta do Direito a ações lesivas.

Portanto, ao prever o dever de cuidado entre os pais e os filhos, reciprocamente, surge para os filhos mais do que um dever de assistência material, mas também de cunho moral, pois a família é pautada nos princípios da afetividade e solidariedade, ou seja, não há como vislumbrar somente o aspecto pecuniário. O idoso necessita muito mais do que condições financeiras para sobreviver, mas para ter uma qualidade de vida, é necessário que haja o cuidado afetivo, a manutenção do emocional do indivíduo, pois o abandono afetivo gera impactos na dignidade da pessoa humana. O abandono afetivo consiste em desprezo, desconsideração e desrespeito, ocorrendo na forma inversa quando se trata de filhos para com os pais, ferindo, portanto, os dispositivos constitucionais, civis e estatutários no tocante à dignidade, afetividade e solidariedade aos idosos. Destaca-se que a todos não só há o direito a uma morte digna, mas de condições dignas de vida até a morte e o papel da família é fundamental.

A partir da análise da doutrina e da jurisprudência, é perfeitamente cabível a reparação por dano extrapatrimonial no caso de abandono afetivo, na forma direta ou inversa, desde que presentes os requisitos para a sua caracterização. O *quantum* será arbitrado levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto, quais sejam: o binômio necessidade x possibilidade, o poder econômico do ofensor, a extensão do dano, entre outros que puderem ser observados no caso, podendo até mesmo o magistrado condenar solidariamente no caso de mais de um filho/responsável.

Apesar de historicamente o idoso não ter seus direitos reconhecidos e garantidos de forma plena e o ordenamento jurídico ainda carecer de conceituação e legislação pertinente, cada fato histórico leva ao surgimento de novos dispositivos legais reguladores, o que é importante para a garantia de uma sociedade mais justa, em especial àqueles que dependem de ações positivas e negativas para a diminuição ou erradicação de suas desigualdades.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 22 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 22 de fevereiro de 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil. 2º ed., São Paulo: Atlas S.A., 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPOLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil 3. 11ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, F.; SIMÃO, J. F. Direito civil, v. 5: Direito de Família. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ACERCA DO CRESCIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES SOB A ANÁLISE DA TEORIA BIOECOLÓGICA DO DESENVOLVIMENTO HUMANO

LAÍS DE OLIVEIRA: Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Santos. Advogada. Pós-Graduada em Direito Público com ênfase em Gestão Pública.

CARLOS ALBERTO CARMELLO JÚNIOR
(orientador)

RESUMO: O presente trabalho de conclusão visa analisar a aplicabilidade e a importância de políticas públicas voltadas para crianças e adolescentes, ao realizar um profundo estudo esclarecedor acerca da natureza daquelas. Na posição estrutural do que se pretende demonstrar, é considerada a Teoria Bioecológica do Desenvolvimento Humano, de Urie Bronfenbrenner, de maneira a elucidar como a presença ativa do Poder Público pode ser determinante no crescimento do público infante-juvenil. Todavia, até alcançar o porquê da referida teoria, mostra-se como fator imprescindível para tanto a abordagem da evolução histórica do Direito da Criança e do Adolescente, com o fito de clarificar a mudança radical de paradigma para com o tratamento destes até a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a instituição do Estatuto da Criança e do Adolescente, em aprofundamento aos direitos e garantias positivados. Dessa forma, objetivando enaltecer a essencialidade das políticas públicas em prol da criança e do adolescente, bem como evidenciar suas falhas, é desempenhado o exame crítico do longa metragem Cidade de Deus.

Palavras-chave: Direito da Criança e do Adolescente. Políticas Públicas. Desenvolvimento Humano. Teoria Bioecológica.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO, 1. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL. 1.1. CONCEITO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE (C/A). 1.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA. 1.2.1. Idade Antiga. 1.2.2. Idade Média. 1.2.3. Evolução do Direito da Criança e do Adolescente no cenário Brasileiro. 1.2.4. Período Pós Constituição de 1988. 1.3. DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. 1.4. PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 1.4.1 Princípio da Prioridade Absoluta. 1.4.2. Princípio do Superior Interesse. 1.4.3. Princípio da Municipalização. 1.5. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O APOIO ESTATAL COMO BASE PARA A ESTRUTURA FAMILIAR. 2. TEORIA BIOECOLÓGICA DO DESENVOLVIMENTO HUMANO. 2.1. CONSIDERAÇÕES

INICIAIS. 2.2. CONCEITO. 2.2.1. Processo. 2.2.2. Pessoa. 2.2.3. Contexto. 2.2.4. Tempo. 2.3. O FUTURO DA INFÂNCIA. 2.3.1. CONSEQUÊNCIA DAS MUDANÇAS NAS FAMÍLIAS. 3. POLÍTICAS PÚBLICAS. 3.1 BREVE HISTÓRICO DO SURGIMENTO. 3.1.1. Conceito e Ciclo da Política Pública. 3.2. POLÍTICA DE ATENDIMENTO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE À LUZ DO ECA. 3.2.1 Diretrizes da política de atendimento. 3.3. CONSELHO MUNICIPAL DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CMDCA) – CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA. 3.3.1. Análise de Dados – Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) da cidade de Santos/SP. 4. A AUSÊNCIA DO PODER PÚBLICO ATRAVÉS DO CINEMA BRASILEIRO: “CIDADE DE DEUS”. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Ao longo da evolução histórica no que diz respeito aos direitos fundamentais, é perceptível que, dentre tantos, os direitos da criança e do adolescente, os quais sofreram significativas e preciosas mudanças em conformidade ao momento histórico-social vivido pelos brasileiros, somente foram consolidados em 1990 através do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Após intensos trinta anos da promulgação do referido estatuto, é certo que o sistema de proteção à criança e ao adolescente ainda carece de sensibilidade e cuidado para com a vulnerabilidade destes, investimento e necessidade de condutas positivas e enérgicas por parte do Estado, no sentido de adotar medidas para que se torne alcançável a amplitude dos direitos e garantias previstos para os sucessores da nação.

Neste entendimento, visando demonstrar mediante dados concretos como jovens locais, mesmo em uma era moderna em constante desenvolvimento, não podem ou não conseguem usufruir completamente de seus direitos em decorrência da inércia do poder público, o presente estudo terá como princípio basilar a Teoria Bioecológica do Desenvolvimento Humano, de autoria de Urie Bronfenbrenner, cuja tese consiste em postular que o desenvolvimento da pessoa é resultado da interação e das modificações geradas reciprocamente entre ela e o ambiente ao qual está inserida.

Levando-se em consideração todo o conhecimento de Urie através da Teoria Bioecológica do Desenvolvimento Humano é que se confirmará quais são os aspectos imprescindíveis para que o Estado, juntamente com o apoio da família, desempenha um papel fundamental na vida dos jovens, tenha como ponto inicial e eficaz na criação de Políticas Públicas e que estas possam, de fato, auxiliar no crescimento de jovens, visando, não somente a sobrevivência destes, mas a vivência de qualidade dentro daquilo que se entende como direitos fundamentais.

No mais, com o objetivo de consumir toda a perspectiva acerca da magnitude do que preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente e a aproximação dos aspectos teóricos à realidade de muitos jovens brasileiros, mais especificamente, os residentes no Município de Santos, litoral do Estado de São Paulo, far-se-á o diagnóstico crítico do longa metragem “Cidade de Deus”, filme que retrata o cotidiano de crianças e adolescentes que vivem à margem da sociedade e sofrem com a ausência de condições mínimas de vida, justamente por faltar políticas públicas condizentes às suas necessidades.

1.DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

O contexto no qual estão inseridas as crianças e os adolescentes no século XXI é totalmente desigual, haja vista não estarem sujeitos à abordagem objetificada dentro o âmbito familiar e social de modo ecumênico, sendo compreendidos como beneficiários e destinatários de uma política de proteção específica, dados os direitos e valores essenciais à realização como seres humanos plenos.

Destarte, ao direito da criança e do adolescente, compreendido como um direito fundamental, cumpre salientar que em hipótese alguma sofrerão restrições e, por isso, indispensável a observância do que versa a teoria da proteção absoluta do núcleo essencial.

Tal teoria preconiza que conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é do que uma garantia que deve ser protegida para que não haja restrição alguma de um direito desta natureza, como a existência e a proteção de crianças e adolescentes. Ou seja, a teoria da proteção absoluta surgiu com a finalidade de estabelecer uma barreira para a limitação dos direitos fundamentais, uma espécie de intangibilidade.

Destina-se, portanto, a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais, sob pena de inconstitucionalidade.

Então, a fim de mensurar se de fato há violação ao núcleo essencial do direito fundamental, serve como preceito basilar para esta análise, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana. Consequentemente, qualquer violação ao núcleo essencial afetará a dignidade da pessoa humana e será sempre desproporcional.

À luz destas ponderações, incontestavelmente o Direito da Criança e do Adolescente jamais poderá estar sujeito a uma situação de tolhimento, pois assim

sendo, será o mesmo que excluí-los da estruturação de cuidado específico, causando-lhes ferimento à dignidade e, resultando, em medida inconstitucional.

1.1 Conceito de Criança e Adolescente (C/A)

Por primeiro, a fim que se possa compreender a importância do direito material nos ditames constitucionais e infraconstitucionais brasileiros e em conformidade à evolução histórica, é necessário entender o conceito de Criança e Adolescente.

De acordo com a Lei nº 8.609/1990 a qual dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, especificamente em seu artigo 2º, entende-se por criança a pessoa de até doze anos incompletos e, adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, cumprindo ressaltar que em determinadas providências descritas junto ao referido Estatuto, de forma excepcional, aplica-se às pessoas entre dezoito e vinte e um anos.

Através do conceito trazido pelo dispositivo legal supramencionado, constata-se como sendo fator condicionante para a definição de criança e adolescente a idade, isto porque todas as disposições legais de proteção e desenvolvimento visam acrescentar valores àqueles que estão em fase de construção de personalidade e progresso cognitivo.

Tal enquadramento tem extrema relevância ao ordenamento jurídico brasileiro, pois por meio deste se torna plausível o tratamento adequado para cada faixa etária e de acordo com suas especificidades.

1.2 Evolução Histórica

À vista do exposto, demonstra-se que pelo simples fato de existir conceito e diferenciação, por intermédio de um estatuto específico, entre o que vem a ser Criança e Adolescente, é pacífico que a concepção atual é de zelo para com os jovens inseridos na fase da infância e da juventude como seres de direitos, o que merece seu devido destaque já que o cenário contemporâneo somente se consolidou após diversas passagens históricas e imprescindíveis rupturas de paradigmas sociais e ideológicos, conforme será demonstrado a seguir.

1.2.1 Idade Antiga

Tratar sobre a idade antiga remete à época em que a vida de crianças e adolescentes era, lastimavelmente, marcada por forte influência do patriarcado e da interferência religiosa na esfera familiar, porquanto os laços sanguíneos não preponderavam os aspectos religiosos.

A família romana amoldava-se a este padrão, pois a figura paterna tinha posição de autoridade familiar e religiosa e, por esta razão, exercia direito de propriedade sobre sua esposa e filhos, sendo estes últimos considerados seres não detentores de direitos e mantidos para satisfazer as vontades comerciais de seu genitor, dando-lhe, inclusive, poderes para decidir sobre sua vida e morte.

Nestes tempos, os filhos ficavam submetidos às vontades do chefe de família até que vissem em seus aposentos, independentemente do fator idade, posto que a discriminação entre maioridade e menoridade estava distante da realidade da época.

Em contrapartida, os gregos, estritamente em Esparta, cidade cujo interesse predominante voltava-se para o caráter militarista, a visão de vida para as crianças e os adolescentes era direcionada a somente um propósito: criar guerreiros. Assim, apenas crianças fortes e saudáveis eram mantidas vivas e sob o poder do Estado, consideradas como patrimônio.

Dentre os povos antigos, cada um possuía hábitos absolutamente inaceitáveis nos dias atuais, como sacrificar crianças portadoras de certa deficiência ou, ainda, conceder direito sucessório apenas ao primogênito do sexo masculino, privilegiado porque segundo a crença era gerado para o cumprimento religioso. O modo de amadurecimento se consubstanciava em lidar com as crianças e adolescentes como adultos fossem, sem a devida distinção para com suas necessidades.

Mesmo com tais aberrações comportamentais, neste período, sob influência do povo romano, surgiu a primeira ideia de “menor impúbere e púbere” com o fito de aplicar sanções pela prática de ato ilícito. Além deste fator elucidativo, outros povos passaram a proibir o infanticídio e restringir o direito do pai sobre o filho.

1.2.2 Idade Média

O Cristianismo foi o agente determinante dos ditames comportamentais da época por ter se consubstanciado pela ideia de que Deus falava, a Igreja traduzia e o monarca cumpria a determinação divina, ou seja, o homem estava condicionado à salvação, disposto a se submeter às regras religiosas para que sua alma fosse reconhecida como merecedora de um bom lugar celestial.

O crescimento da religião cristã, portanto, marcou o desenvolvimento do direito da criança e do adolescente em razão de ter designado o direito à dignidade a todos, incluindo os menores, através de seus ensinamentos e dogmas. Nesta perspectiva, mediante o quarto mandamento da igreja católica “honrar pai

e mãe”, é que se deu certa interrupção no tratamento abusivo dos pais para com seus filhos.

Por intermédio de suas acepções, a Igreja passou a ponderar proteção às crianças e aos adolescentes, impondo penas corporais e espirituais aos genitores que destratavam seus filhos, com exceção daqueles gerados fora da relação matrimonial, pois eram considerados frutos de uma afronta à instituição sagrada.

1.2.3 Evolução do Direito da Criança e do Adolescente no cenário Brasileiro

A respeito da evolução do direito da C/A no Brasil, por primeiro, imperioso dizer que a análise deve estar voltada ao período colonial, em que a aplicabilidade do cenário grego e romano dos períodos anteriormente elencados já não têm tanta aplicabilidade. Isto porque no Brasil Colônia, apesar das ordenações do Reino terem grande amplitude, o respeito para com o genitor como autoridade máxima da família ainda fosse uma questão preponderante, inclusive, fazendo entender ser lícita a lesão corporal e o evento morte como forma de educação, a convivência com os índios que no território brasileiro viviam, trouxe uma inversão de valores.

Nesta fase, os jesuítas preocupados em catequizar os índios e visto a dificuldade de transmitir o ensinamento aos adultos, passaram a adotar a estratégia de educar as crianças, dada a facilidade de compreensão, para que estas servissem como intermédio para a educação dos pais. Então, constitui-se o primeiro interesse nas crianças e adolescentes.

No tocante à fase imperial, o enfoque para com os jovens respaldava-se no quesito infração, impondo-lhes política repressiva com fundamento no medo, através do que preconizava as Ordenações Filipinas⁶³.

Nesta conjuntura, havia previsão acerca da imputabilidade penal, a qual regia-se pela ordem de que crianças com sete anos completos eram consideradas criminalmente imputáveis, sendo que dos sete aos dezessete anos detinham a mísera prerrogativa de ter a pena atenuada, mas por outro lado, os considerados jovens adultos, dos dezessete aos vinte e um anos, eram submetidos à pena de enforcamento.

Tais circunstâncias relativas ao quesito idade sofreram alterações com o advento do Código Penal Imperial em 1930, pois conduziu os menores de quatorze

63 Espécie de ordenamento jurídico constituído no período da União Ibérica, cujo intuito era manter a ordem social, a escravidão e a fé católica sob o enredo de extrema violência, temor e ausência de direitos. Mesmo após a separação de Brasil e Portugal, as Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até a promulgação do Código Criminal do Império, em 1930

anos à condição de inimputáveis e, ainda, trouxe uma inovação: o exame de capacidade de discernimento.

Por via deste exame, se constatado que a criança dos sete aos quatorze anos teria capacidade de entender o ato da infração, ela era submetida às casas de correção⁶⁴, onde permaneciam até dos dezessete anos. Contudo, esta situação atingiu um nível ainda mais degradante à figura da criança e do adolescente quando da elaboração do Primeiro Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, em que a imputabilidade fora reduzida aos nove anos.

Somente em 1912, por intermédio de uma pressão externa, já que em âmbito internacional um ano antes ocorrera o Congresso Internacional de Paris, insurgindo a percepção que o Estado deveria proteger os menores, que o Deputado João Chaves alterou a visão da sociedade para com os jovens, afastando-lhes da égide penal ao propor juízes e tribunais especiais para tratar somente de situações em que estes estivessem inseridos.

Consequentemente, com a introdução deste “novo modelo judiciário”, em 1926 foi publicado o primeiro Código de Menores no Brasil (Decreto 5.083), que um ano depois fora substituído pelo Decreto nº 17.943-A, mais conhecido como Código Mello Matos. Este último é compreendido como sendo de fato código originário dos direitos das crianças e adolescentes da atualidade, dada a sua disposição para manter a ordem social através de medidas assistenciais e preventivas para minimizar a infância de rua.

Além disso, estabeleceu o conceito de menoridade, estipulando que os menores de quatorze poderiam ser submetidos à medida punitiva com finalidade educacional e aqueles que estivessem entre os quatorze e os dezoito anos, seriam responsabilizados por seus atos, mas de forma atenuada.

Com a consolidação das aceções internacionais houve uma quebra de paradigma ideológico pelo Estado Brasileiro, passando este a elucidar preocupações com Direitos Humanos, aspectos sociais da infância e da juventude e carência da população, sob a vigência da Constituição da República do Brasil de 1937, merecendo destaque a inserção do Serviço de Assistência ao Menor (SAM), o qual servia para atender menores infratores e desamparados.

Ainda assim, a política era estabelecida através do regime de internação a fim de “recuperar” o menor para o convívio em sociedade, retirando de pauta os vínculos familiares e sobrepondo pura e tão somente a postura correccional por parte do Estado, postura que mais tarde foi tida como ineficaz, devido a

⁶⁴ Criadas para executar pena de prisão e trabalho no respectivo ambiente locado como tal.

constatação de que o grande problema da época era muito mais social do que puramente comportamental.

À vista desta ponderação, fora criada a chamada Comissão Revisora do Código Mello Matos aspirando instaurar um código com muito mais relevância social e jurídica, entretanto, o projeto teve que ser interrompido por advento do Golpe Militar, período marcado por muito retrocesso nos direitos da C/A, uma vez determinada a redução da maioria para o dezoito anos de idade e por desvios de verbas e distanciamento do objetivo principal do SAM.

Mesmo com diversas tentativas de firmar outros institutos semelhantes ao SAM, nenhuma alcançou êxito pelos mesmos motivos: ausência de manutenção, comprometimento e corrupção.

Então, apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, deu-se a construção do Centro Brasileiro para Infância e Adolescência (CBIA), substituindo a terminologia “menor” para “criança e adolescente”.

1.2.4 Período Pós Constituição de 1988

Com o fim do Regime Militar a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi de grande valia para os brasileiros, pois serviu como um arquétipo para reafirmar valores dizimados e por vislumbrar a conquista de uma sociedade mais justa e fraterna. Entretanto, no que se refere aos Direitos das Crianças e Adolescentes, o legislador não teve coerência para com os novos anseios do povo, quedando-se inerte.

A mobilização de organizações nacionais e atores na área infanto-juvenil, intensificada pelas ações da Unicef, foi o fator predominante para que o legislador se rendesse aos preceitos dos documentos internacionais, tais como: Declaração de Genebra, de 1924, Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, a Declaração dos Direitos da Criança e do Adolescente, de 1959, entre outros. Afirmou-se, portanto, a doutrina da proteção integral rompendo com o antigo modelo de situação irregular entre os jovens.

Mediante diversos movimentos revolucionários, faz jus elencar o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMMR)⁶⁵, que por meio

⁶⁵ A primeira realização do movimento ocorreu em 1984 com o intuito de abordar e sensibilizar a sociedade para a rotulação de “menores abandonados” e “meninos de rua”. Seu grande diferencial foi trazer à nação brasileira a participação ativa de vários outros segmentos sociais na luta à favor dos direitos de crianças e adolescentes.

de incansáveis ações conseguiram promover uma emenda constitucional e ensejou a redação dos artigos 227 e 228 da Constituição Federal. *In verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão(...)"⁶⁶

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

A Constituição Federal de 1988 por ter sido um marco em designar os jovens como seres de direitos, detentores de direitos fundamentais, incrementou ao Brasil o sistema garantista da proteção integral e, em sequência, com o fito de regulamentar a aplicabilidade da proteção à C/A é que foi promulgada a Lei. 8.609 de 13 de julho de 1990, o atual Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Na visão da Procuradora e doutrinadora Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (2019), o Estatuto surgiu como resultando do apoio de valiosos segmentos da sociedade, cuja desenvoltura contribuiu para esclarecimento acerca das necessidades de C/A:

O Estatuto da Criança e do Adolescente resultou da articulação de três vertentes: o movimento social, os agentes do campo jurídico e as políticas públicas.

Coube ao movimento social reivindicar e pressionar. Aos agentes jurídicos (estudiosos e aplicadores) traduzirem tecnicamente os anseios da sociedade civil desejosa de mudança de arcabouço jurídico institucional das décadas anteriores. Embalados pelo ambiente extremamente propício de retomada democrática pós-ditadura militar e promulgação de uma nova ordem constitucional, coube ao Poder Público, por meio de Casas Legislativas, efetivar os anseios sociais e a determinação constitucional.

⁶⁶ Posteriormente o dispositivo legal sofreu alteração com a Emenda Constitucional 65 de 2010, fazendo incluído termo "jovem" dentre os sujeitos de direitos.

O termo “estatuto” foi de todo próprio, porque traduz o conjunto de direitos fundamentais indispensáveis à formação integral de crianças e adolescentes, mas longe de ser uma lei que se limita enunciar regras de direito material. Trata-se de um verdadeiro microsistema que cuida de todo arcabouço necessário para efetivar o ditame constitucional de ampla tutela do público infante-juvenil (...) (MACIEL, K. R. F. L. A, 2019)

Portanto, a inserção de uma Lei específica deu margem à efetivação de políticas públicas que pudessem estar mais próxima da realidade dos jovens, materializada em caráter municipal e, a partir desta concepção, estabeleceu-se Conselho Municipal da Criança e do Adolescente (CMDCA). A nova ordem passa a vigorar de modo democrático e participativo, em que as responsabilidades são compartilhadas pela família e pelo Estado Brasileiro, como um todo.

1.3 Da doutrina da proteção integral

Conforme já explanado, os documentos, ações e declarações internacionais tiveram considerável magnitude na construção de uma sociedade com viés garantidor à Criança e ao Adolescente, momento em que sob a vigência da lei nº 8.609/90, passaram a ser considerados sujeitos de direitos e não apenas como seres capazes de sofrer consequência sobre seus atos.

Até chegarmos ao patamar de proteção, crianças e adolescentes eram submetidos a um tratamento segregatório em que eram passíveis de encaminhamento a internatos e institutos de detenção, sendo que destes jovens a sua grande maioria eram caracterizados por serem filhos de famílias pobres, negras e pardas, de origem periférica.

Em contrapartida, o ECA ao enunciar a igualdade entre as crianças e adolescentes, resguardando a peculiaridade de seu desenvolvimento, rompeu com o modelo arcaico de tratamento quando aderiu valores referenciados na Convenção de Direitos Humanos.

A nova Lei, visando a proteção contra possíveis condutas omissas por parte do Estado ou da entidade familiar, bem como em razão da própria conduta de C/A, estabeleceu em seu artigo 98 tais hipóteses para que juízes e operadores do Direito possam ter amplitude na análise dos casos que necessitam de medidas de proteção, deixando para trás a aplicação do Direito do Menor que era pautado somente quando do ato infracional, como punição.

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta.

Além de robustecer direitos, a doutrina da proteção integral adotou o princípio da descentralização político administrativa, dando este feito concretizado junto à esfera Municipal por meio do Conselho Municipal de Direitos e o Conselho Tutelar, de modo que a responsabilidade de proteção ultrapassou o seio da família e alcançou toda a comunidade envolta da C/A, bem como Poder Público Municipal, através de políticas públicas.

Posto isto, evidente que o Poder Judiciário não poderia ficar de fora dos anseios da nova ordem, então, a doutrina da proteção integral passou a vigorar ofertando voz à sociedade mediante oportunidade levar ao conhecimento do Conselho Tutelar situações em que são necessárias medidas de proteção à crianças e adolescentes, ficando a cargo deste órgão encaminhar à autoridade judiciária e ao Ministério Público, agente de transformação social, os fatos que constituam infração administrativa ou penal contra os direitos de crianças e adolescentes.

Logo, a doutrina da proteção integral em aspectos materiais se encontra perfeitamente arquitetada, cabendo à sociedade o dever de torná-la ainda mais efetiva.

1.4 Princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente é um conjunto de regras e princípios, sendo àquelas as responsáveis por delimitar o alcance de uma conduta, enquanto estes figuram o quesito subjetivo de relevante valor e fomentador das ditas regras. Portanto, pode-se dizer que regras e princípios são espécies de normas, construídas a partir de uma interpretação sistêmica de textos normativos.

Relativamente aos direitos da criança e adolescente estes dois institutos concretizam a da proteção integral, que equivale ao princípio da dignidade humana para os jovens.

A partir da apresentação histórica, torna-se perceptível a transformação social a respeito das crianças e adolescentes, por passarem a ser considerados

como seres possuidores de direitos, que por conta de suas peculiaridades no desenvolvimento, distinguem-se dos adultos.

Essa nova concepção acarreta transformações socioculturais em vários aspectos, o que inclui o Direito: a modificação na maneira de se pensar crianças e adolescentes irá gerar novas premissas, segundo as quais as relações sociais integradas por estes sujeitos estarão pautadas a partir de então, o que reverberará nas normas jurídicas produzidas neste contexto. Assim se desenvolve o sistema específico do Direito da Criança e do Adolescente, orientado por princípios jurídicos próprios. (ZAPATER, María, 2019).

Então, sobressaem como orientadores do Direito da Criança e do Adolescente, três significativos princípios: princípio da prioridade absoluta e superior interesse, que estabelecem um compilado dos interesses infanto-juvenis, bem como o princípio da municipalização, cuja função é exercer a forma motriz da política de atendimento preconizada pelo ECA.

1.4.1 Princípio da Prioridade Absoluta

Trata-se de um dos princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente, cuja premissa se dá com a ideia de indivíduos que necessitam de atenções especiais, face às suas peculiaridades. Ou seja, o princípio em pauta tem como base o desenvolvimento daquele que detém autonomia e ingerência reduzidas, o que justifica a preferência a ser dada ao exercício dos direitos.

Crucial mencionar que tanto o constituinte como o legislador estatutário postularam o quesito “prioridade” para se estender também à formulação de políticas públicas e destinação de recursos para os órgãos competentes aos cuidados da Criança e do Adolescente, implicando de igual modo às vertentes judiciais para satisfação.

Encontra-se fundamentado junto ao artigo 4º da Lei Especial, como corolário da doutrina da proteção integral e deve ser composto da obrigação familiar, da sociedade e do Estado no sentido de proteger e garantir o atendimento em grau de prioridade, relativamente a este último, como instituidor de programas de incentivo.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

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

1.4.2 Princípio do Superior Interesse

Este princípio foi instituído pelo direito anglo-saxônico, em que o Estado angariava para si a guarda de indivíduos menores com certa debilidade mental. Foi oficializado pelo direito inglês quando houve cisão acerca da proteção infantil e a do louco.

Sua aplicabilidade e relevância ganharam tamanha ênfase que a Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, que integrou a doutrina da proteção integral, reconheceu e ratificou o princípio do superior interesse.

Este serve como direcionamento para o operador do direito utilizar as necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos ou até mesmo elaboração de futuras regras.

Desta forma, diante da análise do caso fático, o princípio do superior interesse deve prevalecer como forma de reafirmar os direitos fundamentais dos direitosinfanto-juvenis

(...) O interesse superior ou o melhor interesse não é o que o Julgador ou o aplicador da lei entende ser melhor para a criança, mas sim o que objetivamente se atende à sua dignidade como pessoa em desenvolvimento, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível(...) (MACIEL, K. R. F. L. A, 2019)

Infelizmente, nem sempre seus aspectos práticos resultam situações satisfatórias como acontece na teoria, porquanto não é raro ver que os profissionais da área da infância e juventude se esquecem de que os destinatários finais da doutrina da proteção é a criança/adolescente, não seus respectivos responsáveis. Em algumas hipóteses, à guisa de exemplo, pode-se citar a o jovem em situação de abandono, em que as equipes técnicas insistem procurar em buscar vínculo despido de afeto.

No mais, importante reforçar que o princípio em estudo não se trata de um salvo-conduto para ignorar a lei, pois o julgador não está autorizado a afastar o contraditório e a ampla defesa, respaldando-se no superior interesse, de modo a servir pura e tão somente como norte para materializar direitos e garantias de crianças e adolescentes.

1.4.3 Princípio da Municipalização

O princípio da Municipalização consiste na ideia de descentralização administrativa, determinando para todos os entes da federação a responsabilidade concorrente no que diz respeito à proteção da Criança e do Adolescente, com o fito de concretizar a política de atendimento estabelecida no ECA.

Sob este princípio, fica determinado que à União compete a disposição de normas gerais e a coordenação de programas assistenciais, reservando a execução destes à esfera estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistencial social, porquanto a facilidade de fiscalização e cumprimento das metas estipuladas pelo Poder Público é maior, assim como a averiguação das necessidades locais.

A extrema essencialidade do Poder Público local pode ser verificada quando da testilha do artigo 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente ao abordar as diretrizes da política de atendimento em âmbito municipal, determinando-se a criação de Conselhos Municipais dos Direitos da Criança, criação e manutenção de atendimento, questão que será aprofundada em capítulo específico.

1.5 Dos direitos fundamentais da Criança e do Adolescente e o Apoio Estatal como base para a estrutura familiar

A regularização dos direitos e garantias trazidos pela Lei nº 8.069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente – trouxe à realidade do ordenamento jurídico brasileiro a vertente que para a concretização dos direitos infanto-juvenis é necessária a intervenção de diversos órgãos e autoridades, que embora sejam detentores de atribuições distintas, têm irrestrita responsabilidade no desenlace de problemas individuais e coletivos no plano da criança e do adolescente.

De modo arcaico, em muitos municípios do Brasil ainda se vê aplicações de facetas semelhantes à égide do revogado “Código de Menores”, em que são vetados aos jovens, por exemplo, igualdade de acesso ao estudo. Por isso, à responsabilidade mútua dos mais variados órgãos e autoridades, no momento atual, exige-se uma mudança de mentalidade e de postura por parte de cada um dos integrantes do sistema garantista em vigor.

Quanto a isto, deve-se enfatizar que pela sistemática da Lei nº 8.069/90, a proteção integral de todas as crianças e adolescentes são – *deveriam ser* – originadas por todos os corresponsáveis, sem elos quanto a supremacia de um órgão em relação ao outro, tratando-se de um movimento de ordem comum com finsexclusivos ao resguardo daqueles que carecem desta atenção.

Como resultado, não mais é preciso haver ocorrência de que alguma criança ou adolescente tenha seus direitos violados para então ser exercido o dever de agir, pois o entendimento moderno é voltado para uma política de cuidados prévios.

É plausível elencar, portanto, não haver óbice em dizer que a Política Estatal em sua totalidade, inclusive no que concerne à corresponsabilidade já tratada, é um fator que se perfeitamente posto em prática, deixaria de ser o Estatuto da Criança e do Adolescente um ideal utópico, dada a efetividade à realidade infanto-juvenil brasileira. Nesta cognição, de forma concomitante às atribuições dos órgãos/autoridades, soma-se a figura da família como “emulsificador” das intenções para com o as crianças e adolescentes.

Incontestavelmente a família é um referencial para as crianças e adolescentes, haja vista ser a instituição que mais se faz presente no processo de construção de da identidade, personalidade e valores, cuja aquisição se dá pela experiência vivida com os pais, irmãos, avós e outras pessoas significativas.

Uma atitude de oposição a seu modelo familiar e aos pais é parte inerente do processo de diferenciação em relação a estes e de construção de seu próprio eu. O desenvolvimento precisará recorrer tanto a fontes sociais que lhe sirvam de referência (educadores, colegas e outras) quanto à referência e à segurança do ambiente familiar (PNCFC, 2006, p.31).

Todo o processo de socialização, exemplo de conduta, conscientização de serem sujeitos de direitos com deveres no universo particular e transindividual na fase infanto-juvenil está estritamente relacionado ao modo de como as famílias estão organizadas estruturalmente.

Tanto está que até mesmo na Constituição Federal de 1988 estas considerações ganham centralidade expressa junto ao artigo 227, como bem colacionado alhures.

.Quando das reflexões acerca da importância da família na formação social do adolescente, deve-se preponderar que mesmo a primeira tendo significativas responsabilidades perante estes últimos, a adolescência (e a etapa infantil de modo geral) é dotada de inquietações e contestações, sendo de crucial importância para o jovem e à influência de grupos de amigos, e de ser aceito neste grupo.

Ainda com tais conturbações de ordem não só psicológica, há de se considerar também as de ordem físicas e corporais influem de maneira retilínea em todas as crianças e adolescentes e são comuns em seu desenvolvimento. Entretanto, as condições de vida entre os jovens de diferentes classes sociais, diferentes estruturas familiares podem ser determinantes para a decisão de seus respectivos caminhos pessoais e profissionais, haja vista os jovens oriundos das classes sociais mais favorecidas estarem preocupados – *em regra* - em terminar seus estudos e conseguir um emprego estável, enquanto os jovens oriundos de famílias empobrecidas preocupam-se com a luta diária pela sobrevivência.

Portanto, trata-se de um estágio peculiar de desenvolvimento, tendo seus contornos definidos e sendo delimitada pela realidade sócio histórica juntamente à estrutura familiar a qual estejam inseridos.

Face a esta realidade, impera a o conceito de corresponsabilidade dos órgãos e autoridades Estatais de pensar em formas interventivas eficazes para auxiliar as famílias frente aos desafios colocados nesta fase, além do encargo de instituir políticas públicas voltadas a este segmento.

2. TEORIA BIOECOLÓGICA DO DESENVOLVIMENTO HUMANO

Trata-se de um estudo científico contemporâneo do desenvolvimento humano, cuja característica principal é cumprir com a finalidade de compreender como se dá o desempenho das relações entre o indivíduo e os diversos e integrados níveis ecológicos (meios de convívio) do desenvolvimento humano.

É um modelo de ciência sinalizado por estudos históricos, inseridos nos processos de pessoa-contexto, e pelo dinamismo do conhecimento individual que influencia pessoas e instituições por métodos sensíveis à mudança, objetivadas pela ideia que indivíduos influenciam pessoas e instituições de sua ecologia tanto quanto são influenciados por eles.

A plasticidade (potencial para mudança sistêmica) associada à inserção do indivíduo ativo com o contexto legitima uma perspectiva otimista para a possibilidade de que aplicações da ciência do desenvolvimento humano possam promover os percursos e os contextos da vida humana. A partir desta perspectiva, os processos básicos do desenvolvimento humano podem ser circunstanciados e refinados pela sua aplicação em políticas públicas e programas sociais destinados a promover o desenvolvimento saudável (Bronfenbrenner, 1974; Lerner, 2002)

A psicologia do desenvolvimento humano permite que seja elaborado um estudo voltado ao desenvolvimento de pessoas, analisando o processo que alberga mudanças na vida do indivíduo em diversas etapas, do nascimento à morte.

Ao ter como ideia preliminar o conceito de que o desenvolvimento consiste em um processo, esta ciência passa a se atentar às condições que capacitam a pessoa e se adaptar ao seu “ambiente” de maneira mais objetiva, observando o crescimento entre o organismo e os contextos de mudança, nos quais vive, cresce e se desenvolve, como sujeito ativo e participativo de sua própria evolução.

Toda essa concepção de ciência do desenvolvimento humano contemporânea, incluindo a articulação persuasiva, as contribuições criativas e teoricamente relevantes, humanísticas e democráticas, deve origem a Urie Bronfenbrenner⁶⁷, em seus mais de sessenta anos de pesquisa nesta área.

2.1 Considerações Iniciais

A Teoria Bioecológica do Desenvolvimento Humano (TBDH) surgiu quando Bronfenbrenner estava insatisfeito com os parâmetros científicos acerca de como o estudo sobre desenvolvimento de pessoas se dava de forma totalmente estática, de modo relacionado às abordagens vigentes e às ideias que prevaleciam na psicologia de sua época.

Inconformado com a maneira fragmentada do estudo do desenvolvimento humano, em que o tratamento era focado em um único nível de análise sendo eles: só criança, só a família, só a sociedade, etc, que apesar de favorecer uma visibilidade científica de grande reputação, conduzindo experimentos elegantes, resultava em desígnios limitados, posto que acabava por representar situações não

⁶⁷ Urie Bronfenbrenner foi um psicólogo de origem russa radicado nos Estados Unidos que fez contribuições decisivas para a teoria do desenvolvimento infantil, por meio da Teoria Bioecológica do Desenvolvimento Humano.

familiares e artificiais. Assim, ao criticar as condições experimentais artificiais criadas por pesquisadores de sua época, afirmou que “grande parte da Psicologia desenvolvimental é a ciência do comportamento desconhecido da criança em situações desconhecidas com adultos desconhecidos por períodos de tempos mais breves possíveis” (Bronfenbrenner, 1996, p.16), de modo a insurgir-se contra um sistema estático e improdutivo, passando a trazer mais dinamismo e eficiência aos estudos em questão.

Consequentemente, ele garantiu que apenas “experimentos criados em um ambiente natural são reais em suas consequências” e ressaltou que uma investigação deve iniciar focando na maneira como as crianças se desenvolvem em ambientes representativos de seu mundo real e natural, ou seja, em contextos ecologicamente válidos. Em vez de estudar as crianças apenas no laboratório, por exemplo, deve-se estudá-las em seus lares, escolas e áreas de lazer. (Bronfenbrenner, Urie. 2012)

Mesmo sendo categórico ao afirmar a necessidade de abordagens mais amplas com ênfase às relações interpessoais, sua teoria foi bastante reformulada durante sua carreira.

O primeiro modelo tido como “ecológico” criado por ele em 1979, coloca em destaque o “ambiente” como fator de extrema importância para a compreensão sobre como o ser humano se desenvolve. Em 1992, esse modelo passa a ser mais detalhado, ocasião em que além do ambiente, questões vinculadas à pessoa também passaram a ser consideradas. Posteriormente, a teoria evoluiu e passa a contemplar um esquema mais abrangente, que versa sobre quatro referências inter-relacionadas: o processo, a pessoa, o contexto e o tempo (conhecido como Modelo PPCT).

Nesta perspectiva progressiva, decorre uma evolução teórica em que a essência está direcionada ao indivíduo e suas disposições, considerando o tempo e a interação entre a pessoa e o contexto. Tais ajustes geraram nova denominação: Modelo Bioeco-lógico do Desenvolvimento Humano, atualmente tido como “Teoria Bioecológica do Desenvolvimento Humano”.

2.3 Conceito

Em suas obras, Urie estabelece que o desenvolvimento é um processo que envolve questões relativas às estabilidades e mudanças biopsicológicas dos indivíduos durante sua vida, bem como através de gerações.

Por consequência, com o fito de melhor compreender como se dá o processo de desenvolvimento, faz-se necessário considerar todos os aspectos biopsicológicos que cercam um indivíduo, por isso, em seu paradigma de pesquisa Bronfenbrenner determina que o desenvolvimento depende de quatro dimensões que interagem entre si, o chamado “Modelo PPCT”, composto pelo *Processo, Pessoa, Contexto, Tempo*.

Segundo a descrição de Bronfenbrenner (1977), o modelo que surgiu deste estudo tinha quatro componentes interligados: (a) o processo de desenvolvimento, envolvendo a fusão e a dinâmica de relação entre o indivíduo e o contexto; (b) a pessoa, com seu repertório individual de características biológicas, cognitivas, emocionais e comportamentais; (c) o contexto do desenvolvimento humano, definido como níveis ou sistemas entrelaçados da ecologia do desenvolvimento humano já descritos (Bronfenbrenner, 1977, 1979/1996); e (d) o tempo, conceituado como envolvendo as dimensões múltiplas da temporalidade (p. ex., tempo ontogênico, tempo familiar e tempo histórico), constituindo o cronossistema que modera as mudanças ao longo do ciclo de vida (Bronfenbrenner, Urie. 2012).

2.3.1 Processo

O processo se constitui como sendo o principal mecanismo desencadeador do desenvolvimento e está diretamente ligado às interações que ocorrem de maneira gradativa, em termos de complexidade, entre o sujeito e as pessoas, objetos e símbolos presentes no seu ambiente imediato.

Essas interações entre o indivíduo e o contexto são de cunho essencial, pois são responsáveis por gerar a força motriz do desenvolvimento, cuja dimensão difere de acordo com as características individuais e a característica do contexto, seja em caráter espacial ou em caráter temporal. Tais interações são identificadas como processos proximais.

A título elucidativo, estão incluídos ao processo proximal os atos de brincar com uma criança pequena, brincar individualmente ou em grupo, atividades entre crianças, aprender novas habilidades, ler, etc., como engrenagens do desenvolvimento.

O engajamento nessas atividades e interações que o indivíduo conquista são de extrema relevância para que se torne capaz de dar sentido ao seu mundo e, a partir deste ponto inicial, transformá-lo.

As pessoas mais influentes para que seja fundado o processo proximal são os pais, mas quando se trata de crianças pequenas, os professores, parentes, irmãos, passam a integrar seus respectivos processos proximais em razão de desempenharem importante papel no desenvolvimento.

2.3.2 Pessoa

Quanto ao componente “pessoa” Urie Bronfenbrenner reconheceu que as peculiaridades dos indivíduos, tais como fatores biológicos e genéticos, contribuíam para o desenvolvimento, porém, resolveu enfatizar as características pessoais que cada um trazia para as situações sociais. No tocante a estas características, Urie as enquadrando como: Demandas, Recursos, Disposições/Força.

Quanto ao atributo Demanda, este é considerado como o modo comportamental que enseja dinamismo aos processos proximais, oferecendo grande probabilidade de influenciar o desenvolvimento futuro. Esta característica age como estímulo direto à socialização com outra pessoa, por exemplo, a curiosidade e capacidade de resposta (interagir ou não), tendo como princípio inicial a idade, cor da pele, aparência física.

Portanto, seus resultados se compõem em função das expectativas de cada indivíduo, podendo interferir, retardar ou impedir que as interações aconteçam e, em decorrência, paralisar o processo de desenvolvimento sadio.

(...) existem características de demanda que convidam ou desencorajam reações do contexto social que podem fomentar ou interromper a operação dos processos proximais. (Bronfenbrenner, Urie. 2012)

As características de Recurso dizem respeito à capacidade de o indivíduo adentrar em processos proximais ativos: habilidades, experiências, inteligência e todos os demais aspectos relacionados aos recursos cognitivos e emocionais, e diferem da demanda porque não são imediatamente aparentes. Além do fator cognitivo e emocional, a característica de recurso também está voltada aos recursos sociais e materiais desencadeadores de processos proximais, quais sejam: qualidade de vida, acessibilidade, oportunidade educacional, etc.

(...) recursos bioecológicos de capacidade, experiência, conhecimento e habilidade necessários para o

funcionamento efetivo dos processos proximais em um determinado estágio do desenvolvimento humano. (Bronfenbrenner, Urie. 2012)

Por fim, os atributos de Disposições são aquelas condizentes aos distintos temperamentos, ensejo motivacional, e o ímpeto de persistência, que são influentes para o indivíduo encarar adversidades. Este último atributo esclarece como crianças detentores das mesmas condições de recurso optam por caminhos totalmente diferentes, pois, tal efeito fica condicionado ao tipo de motivação recebida.

(...) As disposições que podem ativar os processos proximais em um domínio particular do desenvolvimento, continuando a sustentar sua operação. (Bronfenbrenner, Urie. 2012)

2.3.3 Contexto

O contexto nada mais é que o ambiente ao qual o indivíduo está inserido de maneira a influenciar em seu desenvolvimento. Urie classifica a ideia de contexto em quatro subsistemas socialmente organizados que servem de fonte basilar para o ser em crescimento, quais sejam: Microsistema, Mesossistema, Exossistema e Macrosistema.

Tais subsistemas enfatizam a relevância do contexto na vida do ser humano, vez que através deles Bronfenbrenner figura o ambiente ecológico como um conjunto de estruturas concêntricas – semelhantes às chamadas bonecas russas que se encaixam uma a outra, na ordem da maior (exterior) para menor – que se movem da superfície interior às mais amplas, envolvendo a pessoa em crescimento.

O microsistema é entendido como o centro biopsicossocial, onde as interações diretas acontecem. Na posição de um contexto primário de desenvolvimento, o microsistema possibilita que o indivíduo observe por meio de atividades em conjunto, posturas e conhecimentos que ainda não é detentor em face às outras pessoas com quem possui relação afetiva.

Quanto ao microsistema como contexto secundário, o indivíduo, por si só, passa a reproduzir as posturas e conhecimentos capturados em sede de caráter primário, sem a interferência de terceiros. Ainda assim, é importante frisar que do mesmo modo que o microsistema pode ser um fator de grande evolução, também pode inibir o envolvimento do indivíduo em atividades de interação.

Dentro deste contexto está a escola, a família, o local de trabalho, e todos os ambientes em que a pessoa interage com seu interlocutor, bem como a

influência bidirecional, em que se opera uma via de mão dupla, tal como a interação de pais e bebês.

O mesossistema figura como ponto integrativo entre dois microsistemas onde a pessoa em desenvolvimento está inserida, por exemplo, o vínculo entre a família e o ambiente escolar, família e amigos, o elo entre professores e pais, etc., sendo essas integrações capazes de inibir ou promover o desenvolvimento.

Neste prisma, o mesossistema revela que uma pessoa com rendimento satisfatório em um microsistema nem sempre pode conter o mesmo desempenho em outro, que é o caso da criança completamente comunicativa dentro do ambiente familiar e inibida quando inserida ao escolar.

O exossistema, por sua vez, assemelha-se ao mesossistema porque de igual forma promove a aliança entre dois ou mais contextos, entretanto, neste a pessoa em desenvolvimento não está agregada. É o caso do ambiente do trabalho dos pais onde o comportamento parental passa a influenciar na relação entre pais e filhos, ou até mesmo em ambientes empresariais que são autorizadas a saída da mãe para amamentação. Nesta situação a influência passa a se manifestar de forma contrária, pois a disposição da mãe fora de seu labor fica condicionada ao tempo de sucção pelo bebê.

Por fim, o macrosistema é tido como a estrutura mais ampla da boneca russa, posto que sua composição abrange padrões globais dos sistemas anteriores, fazendo parte os valores, crenças, costumes, paradigmas sociais, ideológicos e políticos, os quais são predominantes para orientar o comportamento de indivíduos.

2.3.4 Tempo

O cronossistema é um elemento introduzido aos demais subsistemas desta teoria, adicionando o caráter temporal às estruturas existentes ao captar mudanças de meio, ou seja, como as pessoas em desenvolvimento se comportam diante das mudanças ocorridas ao longo da vida.

Esta perspectiva diz respeito aos meios integrantes do macrosistema, pois o comportamento das pessoas face aos acontecimentos do cotidiano está relacionado ao regime político, crises econômicas, divórcios, lugar da residência, emprego, guerras, imigração, etc. O elemento "tempo", portanto, condiz às adaptações comportamentais diante de operações "extras" sistêmicas (micro, meso, exo, macro) cujos abalos e resultados refletem no desenvolvimento do indivíduo.

Assim, o cronossistema fica responsável por propiciar a integração que alberga desde o grupo mais próximo ao mais distante da vida social (figura 1)⁶⁸. A interligação desses contextos pelo elemento “tempo” demonstra que o indivíduo não é um ser passivo na formação de seu caráter e personalidade, mas sim um grande copartícipe no próprio processo de desenvolvimento e também dependente de outros que com ele interagem.



2.4 O futuro da infância

Como um grande pesquisador do desenvolvimento humano, Urie não se limitava em apenas estabelecer teorias acerca de quais fatores seriam cruciais para o crescimento e amadurecimento de crianças e adolescentes, mas também trazia consigo preocupações acerca da criação e educação destes jovens face às mudanças sociais enfrentadas ao longo dos tempos.

Na figura de integrante da Academia Nacional de Ciências dos Estados Unidos, Urie Bronfenbrenner realizou, em meados da década de oitenta, uma análise das mudanças ocorridas em famílias e crianças de nações que passaram por transformações. Sua percepção apesar arcaica em termos temporais, amolda-se perfeitamente à atualidade.

Ele entendeu que o principal motivo para as mães trabalharem era o financeiro, em especial às mães-solo, em que o trabalho constitui uma necessidade. Em relação a algumas outras, o aumento do custo de vida trazia a procura por um segundo salário com a finalidade de fazer com que a família pudesse manter seus “confortos”. Entretanto, Urie destaca que a existência de outras tendências significativas nas famílias que não são facilmente explicáveis pela necessidade econômica.

⁶⁸ Figura 1: Diagrama esquemático dos níveis de ambiente a partir da Teoria Bioecológica do Desenvolvimento Humano de Urie Bronfenbrenner. Fonte: Psicologia em Desenvolvimento. Disponível em: <<http://psicologiaasteorias.blogspot.com/p/teoria-sociocultural.html>>

Em razão das mulheres estarem inseridas no mercado de trabalho, o número de adultos que possa cuidar da criança diminui em dois sentidos: primeiro, existem poucas famílias extensas, aquelas compostas por outros parentes além dos pais.

Segundo, de modo gradual o número de famílias nucleares, em que a há a presença de pai, mãe e filho, passa a perder lugar para as famílias monoparentais, cujo caráter, apesar de ser contrário à impressão popular, não é provisório. Isto porque a taxa de recasamento para as mulheres com filhos é substancialmente mais baixa do que para os homens com filhos.

É cada vez menor em termos não apenas no número de filhos nas famílias, mas também o de adultos, sendo a mais significativa manifestação dessa tendência e a única que não tem recebido publicidade, apesar do fato de que representar uma das mais rápidas mudanças que ocorrem na demografia familiar.

2.4.1 Consequência das mudanças nas famílias

Para Urie era notório que as famílias estavam mudando suas formas, mas e quanto à sua função? Ora, ao considerar o conceito de "família" como a satisfação de impulsos sexuais, sua função certamente estaria alcançando êxito. Porém, na concepção de Bronfenbrenner, este instituto é fundamental não somente para capacitar uma criança a falar, andar, estudar, mas como fonte de estruturação para na fase adulta realizarem seus trabalhos e seus demais objetivos.

Toda a fase de desenvolvimento da infância à maioridade é motivada, mediada e mantida pela família a qual a pessoa pertence, seus pais, cônjuge, filhos, parentes, parceiros e até os membros já falecidos.

(...) Mas, para um estudioso do desenvolvimento humano como eu, a família tem outra função, de forma mais criativa do que o sexo, e ainda mais crítica para o bem-estar de uma sociedade e de seus membros individuais. Na minha opinião, a família é a estrutura mais eficiente e econômica para nutrir e sustentar a capacidade dos seres humanos, funcionando eficazmente em todos os aspectos da atividade humana, intelectual, social, emocional e fisiológica (...)
(Bronfenbrenner, Urie. 2012)

É claro que essa estruturação somente se consolida quando os membros estão vivendo juntos e sob alguma forma estrutural, jurídica e religiosa. Urie, por sua vez, acreditava que o funcionamento interno familiar também poderia se movimentado por circunstâncias de fora desse arranjo.

Em entendimento análogo, Maria Berenice Dias (2020), ao trazer novas ideias às mudanças nas famílias e suas novas roupagens jurídicas, enfatiza que o caráter conservador conceitual está ligado com o modo estático em que a realidade está figurada no texto de lei para servir de modelo à realidade do amanhã.

No entanto, ante o dinamismo do cotidiano, os comportamentos humanos mudam até mais na vida de um casal, o que faz da família partir de uma construção social, em que dispõe de uma estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar possuem uma função – lugar de pai, de mãe, lugar dos filhos.

Essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar seu aspecto mais significativo, de um verdadeiro **LAR**: Lugar de Afeto e Respeito. (DIAS, Maria Berenice. 2020)

Neste contexto, a fim de explicar como se dá o funcionamento através de elementos excepcionais, conforme mencionado, o ilustre psicólogo utiliza os resultados concretos da pesquisa sobre “Consequências do divórcio”, desenvolvida por Hetherington e Cox Cox (1978, 1979a e 1979b). Tal pesquisa tinha como fundamento a comparação de mães, pais e filhos, estes entre quatro e seis anos, em amostras de famílias divorciadas.

Restou demonstrado que os pais eram os primeiros a serem afetados pela experiência da separação, estando restabelecidos dentro de um ano, haja vista à volta de novas relações interpessoais e até mesmo sexuais. A relação mãe e filho, no entanto, se dá de maneira um pouco mais delicada, pois a figura materna além de ter que se empenhar para atuar no mercado de trabalho, constituir uma nova relação pessoal para si, necessita cuidar de seus filhos.

Na ausência da figura paterna as crianças carecem da atenção da mãe passando a ser mais exigentes e, essas requisições quando não atendidas, desencadeiam problemas de comportamento, de absorção aos conteúdos escolares, etc. Felizmente Hetherington e seus colaboradores não pararam nesse desencorajador achado, uma vez que conseguiram elencar que nem todos os filhos de pais divorciados adentravam a esse padrão mal adaptativo ao passo que aqueles que recebiam assistência ativa do pai divorciado não tanto para com a criança, mas para a própria mãe, acompanhando-a quanto à disciplina, sendo presente e coerente com as afirmações da mãe e fornecendo aconselhamento e encorajamento aos filhos quando necessário, conseguiam neutralizar os efeitos do divórcio.

Assim, foi passível de conclusão ser imprescindível a figura de um terceiro, progenitor ou não, para o firmamento de uma relação sólida dos filhos em relação aos pais, sem que haja prejuízos a nenhuma das partes.

Ao senso cognitivo de Urie Bronfenbrenner, como "terceiro" poderia ser entendido como procedimento formal e informal de instituições e programas destinados a beneficiar crianças e famílias e criação de políticas públicas que pudessem fortalecer o sistema familiar.

3.POLÍTICAS PÚBLICAS

Este capítulo tem a finalidade de explorar o surgimento e evolução das políticas públicas, as quais possuem caráter fundamental na minimização das desigualdades sociais fixadas em razão do desenvolvimento histórico-social da sociedade como um todo.

A importância de compreender seu conceito e sua aplicabilidade está voltada no poder de analisar sua função no âmbito da garantia do direito da criança e do adolescente, que necessitam viver e se desenvolver de forma digna.

3.1 Breve histórico do surgimento

Alcançado certo nível de desenvolvimento da sociedade, surgiu a política pública como um fenômeno desse avanço. É oriunda de um Estado que passa a exercer influência no direcionamento dos comportamentos sociais. Além de seu poder de polícia, o Estado ganha relevância participativa na vida da sociedade, construindo seu próprio quadro social, deixando a esfera da coerção e imposição.

Respaldo pela Lei o Estado atuava com poder e violência sobre os cidadãos, como reflexo da representação daqueles que o compunham, diferentemente do acontece nos dias atuais, pois em tese o Estado é fomentador da finalidade social, ou seja, precisa desenvolver, dentro de suas condutas, ideias e parâmetros coniventes à sociedade de modo geral.

Para que fosse possível chegar ao patamar em vigor, houve modificações na estrutura do Estado e das instituições no sentido de insurgir a favor de novas práticas sociais.

Tal elucidação começou a ser construída ainda no Estado Moderno, quando esta organização tentava atuar como garantidora das relações burguesas do sistema feudal. Com o advento da monopolização da força e normas de se proceder, ficou para o Estado a atribuição de estabelecer limites da liberdade, almejando obom convívio entre os cidadãos, o que não acontecera.

Esta época foi marcada pelo exercício do poder Estatal por previsão legal. No entanto, como os cidadãos passaram a ter significativa participação política, conseguiam definir e justificar o mando do estado. Assim, em virtude de os feudistas comporem a classe dos mais prejudicados, face à postura burguesa bastante consolidada, pelo exercício da democracia, conquistaram novas ideologias estatais, com viés mais social e equitativo.

Foi o início da Política do Estado Propulsivo, do Estado Social, em que este passa a buscar finalidades, com planejamento e engenhosidade para imposição de estruturas organizadas, planos de ação de atendimento à sociedade.

3.1.1 Conceito e Ciclo da Política Pública

Face às diversas concepções acerca de “política pública”, imperioso destacar que para cada doutrinador o conceito se estabelece de uma determinada forma, mas para o presente estudo abordar-se-á a definição buscando ampliar assimilações acerca da temática.

Assim, para Ednéia Maria Machado, as políticas públicas estão enraizadas na premissa que todas as pessoas precisam de proteção social, devendo esta ser garantida em caráter coletivo. Independentemente da anuência do indivíduo, como em casos de acidentes de trabalho, é essencial a aplicação destas políticas como medida assecuratória do sistema Estatal para com as peculiaridades do caso. (MACHADO, 2004, p.2).

Em outros casos, a política pública se harmoniza com a própria função Estatalem prover meios para o desenvolvimento, como saúde e educação, visando manutenção de uma vida apropriada, fazendo jus ao princípio da dignidade da pessoa humana, norteador do sistema jurídico brasileiro.

Políticas públicas podem ser definidas como todas as ações de governo e podem ser divididas em atividades diretas de produção de serviços pelo próprio Estado e em atividades de regulação quem influenciam as realidades econômica, social ambiental, espacial e cultural (LUCCHESI, 2004)

Dessa forma, nota-se que o Estado é figura indispensável para a criação e aplicação das garantias previstas na incidência de políticas públicas, mesmo porque sua função está estritamente ligada à diminuição das desigualdades.

As políticas públicas trazem à tona opções feitas pelo Estado com a finalidade de tratar dos assuntos tidos por ele como os de grande valia. Nesta perspectiva, imprescindível que o Estado tome ciência acerca dos problemas mais

evidentes, apontado pelas demandas de cunho social para então inseri-los na pauta política.

O principal foco da política pública é como resolver a inconveniência que chega ao sistema político à sociedade política, bem como quais serão as regras/instituições necessárias para modelar a implementação de uma política pública adequada.

Portanto, as políticas públicas constituem um ciclo (*policy cycle*) que é formado por várias etapas e constitui um processo dinâmico de aprendizagem, quaijssejam: caracterização do problema e a definição da agenda; formulação; fase da implementação e fase da implementação.

Na primeira fase existe expressiva problemática, isto porque a caracterização do problema, uns se destacam mais que outros aos olhos de quem que os selecionam. Já no tocante à definição da agenda, é imprescindível que se faça uma avaliação preliminar dos custos e benefícios das várias disposições sobre a ação a ser tomada.

Na visão de Celina Souza (2006), existem três formas para o governo definir suas agendas:

À pergunta de como os governos definem suas agendas, são dados três tipos de respostas. A primeira focaliza os problemas, isto é, problemas entram na agenda quando assumimos que devemos fazer algo sobre eles. O reconhecimento e a definição dos problemas afeta os resultados da agenda. A segunda resposta focaliza a política propriamente dita, ou seja, como se constrói a consciência coletiva sobre a necessidade de se enfrentar um dado problema. Essa construção se daria via processo eleitoral, via mudanças nos partidos que governam ou via mudanças nas ideologias (ou na forma de ver o mundo), aliados à força ou à fraqueza dos grupos de interesse. Segundo esta visão, a construção de uma consciência coletiva sobre determinado problema é fator poderoso e determinante na definição da agenda. Quando o ponto de partida da política pública é dado pela política, o consenso é construído mais por barganha do que por persuasão, ao passo que, quando o ponto de partida da política pública encontra-se no problema a ser enfrentado, dá-se o processo contrário, ou seja, a persuasão é a forma para a construção do consenso.

A terceira resposta focaliza os participantes, que são classificados como visíveis, ou seja, políticos, mídia, partidos, grupos de pressão, etc. e invisíveis, tais como acadêmicos e burocracia. Segundo esta perspectiva, os participantes visíveis definem a agenda e os invisíveis, as alternativas.

A fase de elaboração de programas e decisão se consubstancia como sendo aquela que se faz uma análise, dentre várias opções, daquela mais se apropria aos interesses de solução do problema.

Ato contínuo, a implementação das políticas públicas nada mais é que a concretização material do plano elaborado nas fases anteriores, em que o Estado pode contar com as ações de grupos de natureza pública ou privada, direcionadas à efetivação do projeto. O impasse existente nessa fase é que, lastimavelmente, a implementação da política pública nem sempre corresponde ao trabalho de formulação.

No que tange à fase de implementação no Brasil, a obra de Silva e Melo (2000) deixa expresso que as vicissitudes dos programas governamentais têm sido um dos grandes fatores para explicar o insucesso em atingir os objetivos almejados na fase de formulação, pois imensuráveis os problemas que aparecerem quando da implementação, ocasionando obstáculos tamanhos que comprometem todo o resultado esperado.

A última fase do ciclo – fase da avaliação – consiste na apreciação dos programas já implementados no que se refere aos seus impactos efetivos, levando em consideração questões voltadas à efetividade, eficiência e eficácia, bem como a orientação daquelas que contêm um desempenho não tão satisfatório, como forma de questionar as deficiências dos programas a fim de ter parâmetros para as implementações futuras.

O entendimento quanto ao ciclo das políticas públicas permite que se tenha clareza no que diz respeito da importância dos estudos prévios dos anseios sociais para implementação de um programa efetivo de atendimento, ainda mais quando o foco é a criança e o adolescente.

3.2 Política de Atendimento à Criança e ao Adolescente à luz do ECA

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, além de tratar na Parte Geral sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente à comando do que versa o artigo 227 da Constituição Federal do Brasil, também passa a elencar, junto à Parte Especial, meios para promoção destes direitos e normas para sustentar a nova política de atendimento.

Para Kátia Maciel (2019), o termo “política de atendimento” pode ser entendido como o conjunto de instituições, princípios, regras, objetivos e metas que dirigem a elaboração de planos destinados à tutela dos direitos da população infanto-juvenil, permitindo a materialização do que é determinado, idealmente, pela ordem jurídica. A política de atendimento, em suma, integra à realidade das crianças e adolescentes o que se idealiza junto ao ECA.

Transformadamente ao que se extrai do contexto histórico, a estrutura da doutrina da proteção integral trazida pelo dispositivo constitucional supramencionado, está direcionada a todo o público infanto-juvenil sem quaisquer distinções, existindo descentralização das operações de atendimento entre todos os entes federativos, sendo a União responsável pelos ditames de ordem geral, e a participação ativa da sociedade.

O estudo da política de atendimento tem início no artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância ao artigo 204 e 227, § 7º da CRFB/88, ratificando a responsabilidade entre os entes federativos e da sociedade no tocante ao público alvo de abordagem neste capítulo.

Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não- governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais; II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

Art. 227, §7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

É notório que os preceitos trazidos pelo Estatuto, reforçando as diretrizes da Constituição Federal Brasileira, traduz a importância dos Estados, Distrito Federal e Municípios deixassem a postura de coadjuvantes para firmar a figura de protagonistas na fixação de ações que satisfaçam as necessidades de crianças e adolescentes, facilitando o atendimento das demandas da cada localidade em específico. Como aliadas do Poder Público estão as organizações de terceiro setor, cuja contribuição se dá de forma integrada aos órgãos governamentais.

Seguidamente, não bastando compreender a ação conjunta dos entes federativos, o legislador se preocupou em firmar um rol de ações sem as quais não seria possível seguir na concretização da chamada política de atendimento, em que a consolidação se deu junto à redação do artigo 87 do Estatuto.

Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento: I - políticas sociais básicas;

II - serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências;

III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;

IV - serviço de identificação e localização de pais, responsáveis, crianças e adolescentes desaparecidos;

V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

VI - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o

efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes;

VII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

Por isso, o rol explanado pelo artigo supra não se trata de mera recomendação ao poder público, mas sim determinações, espécie de comando normativo de execução obrigatória.

Cumprе ressaltar que tais ações, integrantes da política especializada da promoção dos direitos humanos de crianças e adolescentes, devem ser desenvolvidas, sempre, de maneira transversal e intersetorial, de modo a permitir as necessárias integração e articulação com as demais políticas setoriais (ex.: saúde, assistência social, educação, trabalho, etc) (MACIEL, K. R. F. L. A., 2019)

No inciso I do dispositivo legal em análise há referência à ideia de políticas sociais básicas, que representam a satisfação de requisito mínimo para existência digna do ser humano. Podem ser compreendidas como sendo as ações que representam a qualidade de vida de um povo e devem ser implementadas a toda população e, por esta razão, constituem políticas de primeira linha/necessidade, sendo exemplo: as políticas de saúde, educação, profissionalização, habitação, transporte, cultura e lazer.

O inciso II, com redação pela Lei 13.257/2016, tem grande relevância dentro da esfera histórica da Assistência Social no Brasil, porquanto a promulgação da Constituição Federal de 1988 atribuiu à assistência social o caráter de política pública de estado, alcançando o grau de direito do cidadão e dever do Estado, despindo-se da natureza de caridade e voluntarismo.

O legislador positivou o caráter de trabalho em conjunto quando da elaboração dos incisos III a VII atribuiu ações que devem ser desempenhadas junto ao Sistema de Garantia dos Direitos.

Frisa-se que tais ações devem ser implementares, sempre, de forma articulada e integrada com os demais sistemas nacionais de operacionalização de políticas públicas, especialmente, com os de saúde, de assistência social e de

atendimento ao adolescente que pratica ato infracional, os quais têm instrumentos de gestão, respectivamente, o Sistema Único de Saúde (SUS), o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) (MACIEL, K. R. F. L. A., 2019)

Nesta mesma perspectiva, o legislador se preocupou em não retirar a criança e o adolescente de seu contexto familiar e sociocomunitário, permitindo que o atendimento integral às suas necessidades se dê de mediante políticas públicas ampliadas, integradas e articuladas, com a família como referência central.

Desta feita, inseridos pela Lei nº 12.010 de 29 de julho de 2009, são dignos de destaque os incisos VI e VII do artigo 87, pois aperfeiçoaram a pretensão da garantia ao convívio familiar de crianças e adolescentes quando fez inserir ações indispensáveis à construção da política de atendimento, sendo elas: a) políticas e programas de prevenção ou abreviação de período de afastamento e do convívio familiar e b) companhias de estímulo ao acolhimento sob a forma de guarda e à adoção.

Outro importante destaque é a incorporação, através da Lei nº 13.010 de 26 de junho de 2014, do dispositivo legal 70 –A ao Estatuto da Criança e do Adolescente, postulando à União, Estado, Distrito Federal e aos Municípios o dever de elaborar e executar políticas públicas destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e a difundir formas não violentas de educação e ao cuidado sem o uso de violência.

Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, tendo como principais ações:

I - a promoção de campanhas educativas permanentes para a divulgação do direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos;

II - a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o Conselho Tutelar, com os Conselhos de Direitos da Criança e do

Adolescente e com as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente;

III - a formação continuada e a capacitação dos profissionais de saúde, educação e assistência social e dos demais agentes que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente para o desenvolvimento das competências necessárias à prevenção, à identificação de evidências, ao diagnóstico e ao enfrentamento de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente;

IV - o apoio e o incentivo às práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra a criança e o adolescente;

V - a inclusão, nas políticas públicas, de ações que visem a garantir os direitos da criança e do adolescente, desde a atenção pré-natal, e de atividades junto aos pais e responsáveis com o objetivo de promover a informação, a reflexão, o debate e a orientação sobre alternativas ao uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante no processo educativo;

VI - a promoção de espaços intersetoriais locais para a articulação de ações e a elaboração de planos de atuação conjunta focados nas famílias em situação de violência, com participação de profissionais de saúde, de assistência social e de educação e de órgãos de promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Parágrafo único. As famílias com crianças e adolescentes com deficiência terão prioridade de atendimento nas ações e políticas públicas de prevenção e proteção.

As disposições expostas alhures visam não somente distribuir bens ou serviços à população, como também a viabilidade que esses bens e serviços importam na emancipação social dos indivíduos, promovendo cidadania e dignidade, não se tratando de meras benesses, porquanto os “consumidores finais” dessas políticas públicas são sujeitos detentores de direitos.

Assim, partindo da premissa de que crianças e adolescentes e suas famílias são o foco principal das políticas públicas destinadas a atender às suas

necessidades, o legislador estatutário delineou as diretrizes a serem cumpridas no processo de estruturação das políticas de atendimento.

3.2.1 Diretrizes da política de atendimento

As diretrizes preconizadas no artigo 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente são entendidas como um conjunto de instruções que devem ser seguidos na elaboração e na execução das políticas de atendimento. São elas:

Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

I - municipalização do atendimento;

II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;

III - criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa;

IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente;

V - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;

VI - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei;

VII - mobilização da opinião pública para a indispensável

participação dos diversos segmentos da sociedade.

VIII - especialização e formação continuada dos profissionais que trabalham nas diferentes áreas da atenção à primeira infância, incluindo os conhecimentos sobre direitos da criança e sobre desenvolvimento infantil;

IX - formação profissional com abrangência dos diversos direitos da criança e do adolescente que favoreça a intersetorialidade no atendimento da criança e do adolescente e seu desenvolvimento integral;

X - realização e divulgação de pesquisas sobre desenvolvimento infantil e sobre prevenção da violência.

A primeira diretriz diz respeito à municipalização do atendimento, surge como conseqüência da descentralização político-administrativa.

Municipalizar não significa eximir a responsabilidade dos demais entes federativos de qualquer obrigação infanto-juvenil – à União e aos Estados compete o encargo de complementar a política de atendimento naquilo que ultrapassar as possibilidades dos Municípios. Municipalizar, portanto, consiste em reafirmar o poder e as responsabilidades das urbes em estruturar a política de atendimento local.

Sob esta diretriz, destaca-se a lição de Edson Sêda:

Assumindo a condição de adulto, o município brasileiro assume a contrapartida desta maioria, que são os deveres de toda pessoa, individual ou coletiva, para com os que dela dependem. Enquanto era tratado como mera unidade administrativa do Estado, o Município sempre pôde, como as crianças jogar a solução de problemas para os que tutelavam: o Estado e a União. Agora, com a Constituição, a União, o Estado e o município são entidades autônomas e solidárias no encaminhamento dos destinos do Brasil e dos brasileiros. A Constituição é *grande contrato* que a sociedade brasileira firmou, distribuindo responsabilidades para cada uma destas esferas da realidade nacional. O município se governará em função dos interesses dos munícipes, seus habitantes, captando recursos e tomando decisões públicas em relação às questões que lhe são afetas. O Estado fará a

mesma coisa na defesa dos interesses dos municípios que o compõem. E a União governará os assuntos que realizam aspirações comuns a todos os brasileiros, respeitadas as peculiaridades dos Estados e dos Municípios. (SÊDA, Edson, 2018, p. 554).

O inciso II do dispositivo legal em comento impõe a criação de Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente cuja responsabilidade é pautada na deliberação e controle das ações relacionadas à política de atendimento. Os conselhos trazem à realidade fática a participação popular na definição e controle depolíticas públicas democráticas, no que diz respeito ao público infanto-juvenil.

Já o inciso III traz a instituição e a manutenção de programas específicos, podendo ter natureza protetiva ou socioeducativa, cujo planejamento e execução são de responsabilidade do Poder Executivo, por meio de uma das suas secretarias ou por intermédio das entidades de atendimentos.

Mais uma vez voltando à descentralização político-administrativa, esta se mostra ter grande relevância quando há necessidade de redesenhar o papel e a escala social da organização dos serviços de modo a facilitar a transferência das ações e fornecer uma distribuição igualitária de recursos financeiros, entre os entes federativos.

No que tange ao inciso IV, este prevê a criação e manutenção de Fundo Nacional, Estadual e Municipal, vinculado aos respectivos Conselhos dos Direitos da Criança e Adolescentes, para que seja possível implementar todos os projetos e políticas voltados a este público.

Quanto ao inciso V do artigo 88 do ECA, o termo “atendimento” deve ser entendido de forma ampla, incluindo o primeiro momento em que ao adolescente é imputado o ato infracional, até o final do processo. O Sistema da Justiça deve ser ágil e integrado, permitindo que os direitos e garantias sejam conferidos desde o primeiro instante.

No momento da execução da medida socioeducativa, tais características de ordem garantista também deve preponderar, sendo essencial o entrelace junto às demais políticas setoriais com o fito de a ressocialização se dê de modo efetivo.

Utilizando deste mesmo raciocínio, o legislador que instituiu o inciso VI do artigo 88 através da Lei 12.010/2009, eliminou a lacuna legislativa no que condizia ao afastamento das crianças e adolescentes do convívio familiar em função da aplicação da medida protetiva de acolhimento institucional, dando ao Sistema da Justiça (Ministério Público, Judiciário e Defensoria), conselho tutelar e aos demais

responsáveis na execução de políticas básicas de assistência, o dever de agilizar o atendimento de crianças e adolescentes inseridos nos programas de acolhimento familiar ou institucional e, conferir rápida reintegração familiar ou, na impossibilidade, inserção em família substituta.

O artigo 88, inciso VII do Estatuto em pauta, instrui a instalação de instrumentos que possam fazer mobilizar a opinião pública, com a finalidade de abranger diversos segmentos da sociedade. O caráter fundamental deste dispositivo está justificado no sentido de que não há possibilidade de se fazer uma política pública efetiva, sem que se tenha como base a opinião pública.

A referida mobilização pode acontecer por meio de campanhas nos principais meios de divulgação, distribuição de cartilhas a respeito do Estatuto da Criança e do Adolescente nas escolas, centros comunitários e palestras.

Por fim, as disposições dos incisos VIII, IX e X do artigo 88 do ECA têm a pretensão de direcionar políticas de atendimento para a primeira infância, dadas as peculiaridades desta faixa etária.

3.3 Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) – Conceito e Natureza Jurídica.

Como visto a inserção de um Conselho Municipal faz parte de uma das diretrizes de atendimento à criança e ao adolescente, conforme se extrai do artigo 88, inciso II do ECA, já minuciosamente demonstrado anteriormente, e tem como característica principal a composição paritária, ou seja, formação por igual número de representantes do governo e da sociedade civil, garantida a participação desta última através das organizações representativas.

Na figura de órgãos deliberativos e controladores, os Conselhos são órgãos colegiados criados por lei com a missão institucional de decidir e, ainda, controlar as políticas públicas relacionadas à infância e à juventude.

Segundo Felício Pontes Júnior, é possível agregar ao Conselho Municipal:

Do ponto de vista dos direitos infanto-juvenis, trata-se de uma das respostas encontradas para assegurar, em última análise, a proteção integral a crianças e adolescentes no Brasil; - do ponto de vista participativo, é o instituto jurídico-político idealizador de uma modalidade do direito de participação política que exerce o efetivo controle sobre os atos governamentais das políticas para a infantoadolescência. (PONTES JÚNIOR, Felício. 1993. p.14).

Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente constituem um fato inovador bem como as pessoas que os compõem, pois são peças fundamentais na garantia da participação da sociedade na construção de uma política de atendimento que possa, de fato, concretizar e assegurar em grau de extrema prioridade a política da proteção integral aos jovens.

Sua natureza de órgão público se distingue dos demais órgãos que compõem a Administração Pública, ao passo que, mesmo isentos de personalidade jurídica própria, possuem independência e autonomia em relação ao Poder Executivo.

Apesar de parecerem características incompatíveis entre si, já que a ausência de personalidade jurídica e a autonomia estabelecem perplexidades na natureza jurídica desses órgãos, este desconforto interpretativo é afastado a partir da percepção de que os Conselhos de Direitos das Crianças e Adolescentes nada mais são que o próprio Poder Executivo exercendo sua função de satisfazer os interesses da coletividade, conjuntamente aos representantes diretos da população, que em exercícios são chamados de agentes públicos.

Portanto, são concebidos como órgãos da esfera do Poder Executivo, com capacidade decisória em relação ao público infanto-juvenil, não importando a ausência de personalidade jurídica para estar em juízo como sujeitos ativos ou passivos de demandas relacionadas ao desenvolvimento de suas atribuições.

Cabe a lei de criação dos Conselhos determinar a composição do colegiado, ocasião em que o legislador fica limitado a impor o quesito de paridade, segundo o que fora amplamente demonstrado no artigo 88, inciso II do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dessa forma, cabe aos entes federativos e, neste caso à municipalidade, já que neste tópico se estuda o Conselho Municipal da Criança e do Adolescente, a formação do respectivo conselho, de maneira que melhor achar conveniente, sem limitação quanto ao número de membros, sendo apenas necessário garantir a representação igualitária da sociedade civil e do Poder Público, a fim de que as deliberações democráticas.

Tradicionalmente, são indicados para compor o Conselho, órgãos que já tenham viés voltado à política de atendimento da população infanto-juvenil, como por exemplo, os órgãos incumbidos pelas políticas sociais básicas, pelas políticas de assistência social e aqueles que exercem planejamento nas ações de governo.

De modo concomitante, na ala não governamental, participam entidades que providenciam políticas de assistência e proteção especial e também associação de moradores.

Além da questão social e participativa quanto à criação dos Conselhos, é de extrema importância frisar que em sendo o caso de omissão do Poder Público para com estes, tem como consequência a proibição de repasse de recursos financeiros destinados à satisfação de programas e projetos voltados à política de atendimento.

Esta é a interpretação que pode ser obtida através do artigo 261, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 261 (...)

Parágrafo único. A União fica autorizada a repassar aos estados e municípios, e os estados aos municípios, os recursos referentes aos programas e atividades previstos nesta Lei, tão logo estejam criados os conselhos dos direitos da criança e do adolescente nos seus respectivos níveis.

Sob esta cognição, entende-se que não havendo Conselho do Direito da Criança e do Adolescente em determinada urbe e, sendo verificado o repasse indevido de verba pela União ou pelo Estado, ensejará anulação do ato na esfera judicial.

3.3.1 Análise de Dados – Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA) da cidade de Santos/SP.

O Município de Santos está localizado na Região Metropolitana da Baixada Santista, Litoral de São Paulo/SP, distando cerca de 80km da capital paulista. Segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, de acordo com o censo de 2010, a densidade demográfica é de 1.494,28 hab/km² com uma população de 419.400 (quatrocentos e dezenove mil e quatrocentas) pessoas e uma estimativa crescente para 2020, alcançando o patamar de 433.656 (quatrocentos e trinta e três mil seiscentas e cinquenta e seis) pessoas.

Nota-se que por ser uma cidade populosa, dá-se certo realce à indispensabilidade de um plano de ação para com as crianças e adolescentes, questão que foi reconhecida pelo legislador municipal quando instituiu a Lei Municipal nº 736 de 10 de junho de 1991, cuja disposição versa sobre a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente nos termos da Lei Federal nº 8069 de 13 de Julho de 1990.

Quanto à criação do Conselho Municipal da Criança e do Adolescente na urbeem pauta, verifica-se o estrito cumprimento dos requisitos gerais relativos aos Conselhos, em absoluta consonância e obediência ao critério da paridade entre órgãos governamentais e sociedade civil, segundo o artigo 5º da referida LeiMunicipal.

Artigo 5º - Fica criado o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, órgão deliberativo e controlador das ações destinadas à infância e adolescência no Município, vinculado ao Gabinete do Prefeito, observada a composição paritária entre órgãos governamentais e sociedadecivil, por meio de organizações representativas nos termos da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. (Lei nº 1336 / 10.08.94) Parágrafo único - O Poder Executivo garantirá a infra-estrutura básica ao seu funcionamento. (Lei nº 1336 / 10.08.94)

Fora positivada de maneira explícita que a finalidade do CMDCA é garantir o cumprimento dos direitos infanto-juvenis, principalmente, à vida, saúde, alimentação,educação, cultura esporte, lazer, etc., ressaltando-se que o Conselho ficará incumbido de ocupar a figura garantidora de um atendimento digno em sendo o casode ameaça ou violação de um direito por parte do Estado, ou em razão da ação ou omissão dos responsáveis, conforme se extrai da testilhado artigo 6º da Lei nº 736/91.

Artigo 6º - O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente tem por finalidade garantir a efetivação dos direitos da criança e do adolescente, referentes à vida, saúde, alimentação, educação, cultura, esporte, lazer, profissionalização, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária. Parágrafo único - Nos casos em que os direitos forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável ou em razão de sua conduta, o Conselho garantirá o atendimento conforme o estabelecido em lei.

Portanto, torna-se perceptível que a função do CMDCA se consubstancia em desenvolver uma gestão de cunho consciente, prudente e sensato, ocupando a posição de uma figura participativa no que diz respeito à criação de políticas de atendimento e como agente fiscal dos projetos já em execução.

Administrativamente, o CMDCA deve providenciar o que for pertinente para o registro das entidades não governamentais, autorizar o funcionamento destas e controlar e fiscalizar os recursos advindos do Fundo Financeiro.

Sobre esta última competência, é de suma relevância mencionar que a Lei Municipal em estudo também preconiza a formação do Fundo Financeiro Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com o escopo de angariar recursos para serem implantados nas políticas sociais públicas e as demais ações que forem adequadas ao fim que se destina o Conselho.

Artigo 10 - Fica criado o Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, vinculado e administrado pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com a finalidade de captar e aplicar recursos na implantação e manutenção das políticas sociais públicas, bem como a outras iniciativas destinadas à infância e juventude.

O alegado capital pode ser obtido de através das oportunidades trazidas pela Lei, abrangendo além das destinações do Conselho Nacional e Estadual da Criança e Adolescente, as doações de pessoas físicas ou jurídicas, de acordo com o seu artigo 11 abaixo transcrito, as quais podem ser feitas através do portal eletrônico no *website* da Prefeitura Municipal de Santos.

Artigo 11 - O Fundo é constituído de:

I - recursos provenientes dos Conselhos Nacional e Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente;

II - doações, auxílios, contribuições e legados que lhe forem destinados, inclusive aqueles suscetíveis de abatimento do imposto de renda;

III - valores provenientes de multas decorrentes de condenação em ações de imposição de penalidades administrativas, previstas na lei 8.069/91;

IV - rendas eventuais, bem como as resultantes de depósito e aplicação de capitais;

V - créditos orçamentários e adicionais que lhe sejam destinados.

Por intermédio destes mandamentos legais, ratifica-se a essência do Conselho Municipal da Criança e do Adolescente, que traz à tona a materialização

das determinações legais propostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em âmbito Municipal, ou seja, aperfeiçoando a aproximação entre o Poder Público e seus munícipes.

No mais, em explanação precedente fora pontuado que a formação do Conselho ficaria a cargo do legislador deliberar, utilizando-se de seu amplo juízo, acerca da melhor forma de composição.

Assim, pela leitura da Lei Municipal nº 736/1991, especificamente em relação à disposição de seu artigo 9º, em Santos a composição do Conselho Municipal da Criança e do Adolescente se dá:

Artigo 9º - O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente é composto por 22 (vinte e dois) membros, sendo:

I – 01 (um) representante da Secretaria Municipal de Ação Comunitária e Cidadania;

II – 01 (um) representante da Secretaria Municipal de Educação; III – 01 (um) representante da Secretaria Municipal de Saúde;

IV – 01 (um) representante da Secretaria Municipal de Cultura; V – 01 (um) representante da Secretaria Municipal de Esportes;

VI – 01 (um) representante do Departamento de Assuntos Comunitários da Zona Noroeste – Secretaria Municipal de Governo;

VII – 01 (um) representante do Departamento de Assuntos Comunitários dos Morros – Secretaria Municipal de Governo;

VIII – 04 (quatro) representantes das Secretarias de Estado com atuação na área da criança e do adolescente e interface na Região Metropolitana da Baixada Santista; Delegacia de Ensino de Santos, da Secretaria de Estado da Educação; Polícia Militar; Polícia Civil;

IX – 01 (um) representante das entidades de atendimento direto a crianças de 0 a 6 anos;

X – 01 (um) representante das entidades de atendimento

direto a crianças de 7 a 12 anos;

XI – 01 (um) representante das entidades de atendimento direto a adolescentes de 13 a 18 anos;

XII – 01 (um) representante das entidades de atendimento direto a crianças e adolescentes portadores de necessidades especiais;

XIII – 01 (um) representante das entidades de estudo e pesquisa;

XIV – 01 (um) representante das entidades sindicais ou outras organizações de trabalhadores;

XV – 01 (um) representante da iniciativa privada;

XVI – 01 (um) representante de organizações de pais;

XVII – 01 (um) representante de movimentos de defesa dos direitos da criança e do adolescente;

XVIII – 02 (dois) representantes de movimentos e organizações sociais.

Tão logo, as indicações dos conselheiros representantes do Poder Público se concretizam com a designação pelos responsáveis dos órgãos que compõem o conselho, dentro do prazo de 15 (quinze) dias após a notificação do Conselho para este fim. Já os membros da sociedade civil serão eleitos pelo voto das entidades não governamentais que compõem o Fórum Municipal da Criança e do Adolescente, mediante assembleia convocada por este, em igual prazo.

Em ambos os casos os membros do Conselho e os respectivos suplentes exercerão mandato de dois anos, admitindo-se recondução por mais dois períodos, no máximo e, quando do término do mandato, a nomeação e posse dos Conselheiros subsequentes far-se-á pela Diretoria do Conselho em exercício.

Consoante à análise dos dados contidos junto ao *website* da Prefeitura Municipal de Santos/SP e, juntamente, com as informações concedidas pelo Senhor Wilson Carlos Bregochi Júnior, matrícula S0485577, assistente social atuante no CMDCA desta urbe, a Diretoria Executiva, gestão 2019/2021, é formada pela Presidente Suzete Faustina dos Santos; Vice-Presidente Edmir Santos Nascimento; 1º Secretária Cristina de Almeida Vida Madeira Costa; 2º Secretária

Claudia DieguesKrawczuk; Coordenadora da Câmara Financeira Fernanda de Souza Santos.

Em se tratando propriamente das atuações do CMDCA, ficou constatada a obtenção, aprovação e o financiamento por meio dos recursos do Fundo, os seguintes projetos no ano de 2019 e 2020, respectivamente:

PROJETOS 2019:

- **PROJETO COLIBRI – ENTRELAÇANDO ESCOLA E COMUNIDADE**

Entidade: UACEP – UNIÃO DE AMPARO À COMUNIDADE DE ESCOLAS PÚBLICAS

Público Alvo: Aproximadamente 1.000 (mil) alunos na faixa etária de 0 a 17 anos, matriculados no Sistema de Ensino de Santos e seus familiares.

Objetivo: Realizar a reinserção das crianças e adolescentes em situação de infrequência e/ou abandono (evasão) escolar nas instituições de ensino públicas em que estão matriculados.

Valor: R\$ 397.869,00 (trezentos e noventa e sete mil, oitocentos e sessenta e nove reais)

- **PROJETO SOU JOVEM - SOU CIDADÃO**

Entidade: FUNDAÇÃO SETTAPORT de Responsabilidade Social E Integração Porto Cidade.

Público Alvo: 240 adolescentes de 14 a 17 anos e seus familiares jovens e adultos prioritariamente oriundos dos bairros Jardim São Manoel, Jardim Piratininga (e Vila dos Criadores), Alemoa, Sabó (e Vila Pantanal), Jd. Castelo, Estuário e SEDS (Secretaria de Desenvolvimento Social), em situação de medidas socioeducativas de prestação de serviço a comunidade.

Objetivo: Promover cursos de qualificação profissional aos adolescentes. Valor: R\$300.000,00 (trezentos mil reais)

- **“ENFRENTANDO A VIOLÊNCIA”**

Entidade: Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Santos.

Público Alvo: Profissionais das diversas Secretarias Municipais, prioritariamente: Educação, Saúde, Assistência Social e Esporte; bem como para profissionais da rede de atendimento (entidades).

Objetivo: Refletir sobre as piores formas de violações e os aspectos culturais que fortalecem essas violações, principalmente no que tange as questões de gênero, etnia, deficiências, questões de saúde mental, dentre outros no viés da proteção integral e dos direitos humanos.

Valor: R\$ 37.040,00 (trinta e sete mil e quarenta reais)

PROJETOS EM 2020:

- **CULTURANDO - CULTURA, ESPORTE E CIDADANIA AO ALCANÇADAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES - RENOVAÇÃO**

Entidade: Associação Beneficente Mãos Entrelaçadas

Público Alvo: 150 crianças, adolescentes com faixa etária entre 5 e 17 anos, e seus familiares, residentes na área continental de Santos.

Objetivo: Proporcionar as crianças e adolescentes, residentes na Área Continental de Santos, ações de cultura, esporte e cidadania.

Valor: R\$ 190.040,00 (cento e noventa mil e quarenta reais)

- **BEM NA FOTO – RENOVAÇÃO**

Entidade: VITAE DOMINI – Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Social

Público Alvo: 90 Crianças com medida protetiva, adolescentes que ainda não

tiveram a medida socioeducativa aplicada e ou aqueles em cumprimento de medida socioeducativa restritiva de direitos ou liberdade, bem como, crianças e adolescentes que se encontram em situação de vulnerabilidade social e pessoal, todos pelo cometimento de ato infracional referente ao Tráfico de Drogas e suas famílias.

Objetivo: Atender crianças, adolescentes e suas famílias que estejam inseridos no contexto da pior forma de Trabalho Infantil: o Tráfico de Drogas.

Valor: R\$ 278.449,00 (duzentos e setenta e oito mil quatrocentos e quarenta e nove reais).

- **COLIBRI - ENTRELAÇANDO ESCOLA E COMUNIDADE**

Entidade: União de Amparo à Comunidade de Escolas Públicas

Valor: R\$ 399.989,00 (trezentos e noventa e nove mil novecentos e oitenta e nove reais)

- ANCHIETA SOCIAL - RENOVAÇÃO

Entidade: Fundação Settaport de Responsabilidade Social e Integração Porto Cidade

Público Alvo: Tratam-se de 240 crianças, adolescentes de 06 a 14 anos e seus familiares jovens e adultos dos bairros Jardim São Manoel e da comunidade Caminho da União (localizada no mesmo bairro), Alemoa, Jardim Piratininga e Vila dos Criadores. A respeito da situação econômica, 70% das famílias dos beneficiários possuem renda familiar de até um salário mínimo. Estes jovens estão expostos a todos os tipos de riscos sociais.

Objetivo: Promover o acesso ao esporte educacional às crianças e adolescentes das comunidades acima referidas, e cursos de geração de renda e qualificação profissional a seus familiares, preparando-os para o Mundo do Trabalho.

Valor: R\$ 172.281,00 (cento e setenta e dois mil duzentos e oitenta e um reais).

- CAPACITAÇÃO CRIATIVA

Entidade: Secretaria de Desenvolvimento Social - SEDS

Público Alvo: No mínimo 100 famílias beneficiadas, oportunizando 320 vagas nos cursos oferecidos. As famílias residentes no bairro Anchieta, Jd. Piratininga, Jd. São Manuel e Vila dos Criadores serão referenciadas pelo CRAS da região.

Objetivo: Oportunizar a qualificação profissional visando a promoção da família por meio de melhoria da renda.

Valor: R\$ 177.910,40 (cento e setenta e sete mil novecentos e dez reais e quarenta centavos)

- SOU JOVEM - SOU CIDADÃO

Entidade: Fundação Settaport de Responsabilidade Social e Integração PortoCidade

Valor: R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Face aos detalhamentos de cada um dos projetos aprovados pelo CMDCA de Santos/SP, perceptível se torna o empenho da Municipalidade em cumprir, através de seu Conselho, o dever de propulsora dos direitos e garantias da criança e do adolescente, dando-se especial cuidado aos jovens que vivem em bairros periféricos da cidade, de acordo com a classificação do público alvo acima detalhada.

Esta atenção peculiar às periferias tem estreita ligação com o fato da Baixada Santista, ainda segundo o Censo de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, conter 192 comunidades, das quais 38 estão concentradas em cidade de Santos, onde também está localizada a maior comunidade de palafitas do Brasil – tipo de habitação sustentada por estacas às margens de um rio – a favela do Dique Vila Gilda, que abriga cerca de 26.000 (vinte e seis mil) pessoas, em 3.490 (três mil quatrocentos e noventa) casas.

O intuito da Prefeitura Municipal de Santos é notadamente fazer materializar, por meio de suas políticas de atendimento à criança e ao adolescente, um mesossistema que serve como pilar para o desenvolvimento deste público, apesar dos programas acima pontuados, em relação ao percentual de comunidades existentes nesta urbe e o público alvo, resultarem em números ínfimos à realidade.

4.A AUSÊNCIA DO PODER PÚBLICO ATRAVÉS DO CINEMA BRASILEIRO: “CIDADE DE DEUS”

O longa metragem é um dos grandes filmes brasileiros de ação, baseado em fatos reais, trazido para o cinema em 2002, por Fernando Meirelles, a partir de da leitura do livro de mesmo nome, de autoria de Paulo Lins.

As adaptações retratam o crescimento do crime organizado na Cidade de Deus, favela que teve sua construção em meados de 1960, época em que o complexo-habitacional contava com pouco acesso à água e eletricidade, ocupando lugar de comunidade mais perigosa do Rio de Janeiro em 1980. *Cidade de Deus* é intitulado um dos filmes mais importantes de todos os tempos, em razão de suas qualidades estéticas e artísticas, sendo fieis ao retratar a vida daqueles que vivem à margem da sociedade.

O enredo é contado, em princípio, pelo personagem Buscapé ainda criança, o protagonista-narrador que cresce em um ambiente muito violento e presencia a ascensão do crime na comunidade em que vive.

A história se inicia elucidando os atos infracionais de três adolescentes, Cabeleira, Alicate e Marreco, os quais são conhecidos como “o Trio Ternura”, queroubam dinheiro ou bens de uso comum de seus semelhantes, como botijão de gás, dividem com os demais habitantes da favela e, em troca, ganham a “proteção” deles.

Um destes jovens, Marreco, é o irmão mais velho de Buscapé, que apesar das circunstâncias não tão favoráveis, estão inseridos em uma família estruturada, sustentada pelo pai, pescador e vendedor de peixes, grande repudiador das atitudes criminosas de seu filho mais velho.

O trio ternura tem vários seguidores, entre eles, Dadinho, uma criança totalmente inserida na criminalidade, usuária de drogas, sem qualquer apoio familiar e sem qualquer demonstração sentimental ao longo de sua aparição no enredo.

Visando a obtenção de recursos financeiros, a gangue dá certa atenção a Dadinho quando da elaboração de um plano de assalto a um motel. O trio é convencido, estabelecem um acordo de não matar ninguém e, concordando que Dadinho é muito novo para participar de forma ativa do crime, resolvem deixá-lo do lado de fora com a função de avisar caso a polícia chegasse, ocasião em que Dadinho se vê completamente contrariado com decisão dos demais.

Ocorre que após Marreco, Cabeleira e Alicate adentrarem ao motel para dar início à execução do plano, Dadinho resolve não seguir com ele. Assim, dá sinal aos demais para fazê-los crer que a polícia tinha chegado ao local, a fim de que estes saíssem do mesmo e, então, realiza um verdadeiro massacre no estabelecimento.

O massacre chama a atenção da polícia, fazendo com que o Trio Ternura deixasse a favela. Alicate se junta à igreja, Cabeleira é morto pela polícia ao tentar escapar com sua namorada e Marreco é morto por Dadinho, depois de tentar roubar o dinheiro do menino e de seu amigo Bené, que estavam se escondendo após os crimes cometidos no motel.

Neste ínterim, o narrador entra na adolescência e estudando em um colégio público, passa se inserir em um ciclo de amizades com jovens de realidade diversa da dele e por isso, Buscapé passa a ter referências positivas em sua trajetória.

Mesmo sendo jovens com condições sociais melhores, todos os personagens têm certo interesse na *cannabis*, droga popularmente conhecida como maconha, e em virtude de serem amigos de Buscapé, despertam curiosidade em conhecer a favela.

Com a convivência com pessoas fora do âmbito da criminalidade e certamente sofrendo influências daquilo que viu seus familiares passarem com a perda do irmão para a criminalidade, o narrador passa a desenvolver pretensões no ramo da fotografia, desenvolvendo suas habilidades como um *hobbie* entre os amigos.

À medida que Buscapé cresceu, Dadinho que no início da trama era uma criança, ainda muito jovem, na adolescência, ocupa o lugar de chefe da comunidade, passando a ser conhecido como Zé Pequeno, o mais temido pelas suas atitudes pautadas em condutas impensáveis e irresponsáveis.

Como grande aliado de Zé Pequeno, o filme também retrata a história de Bené, que ao contrário de seu amigo, tem boas relações com todos os moradores da Cidade de Deus, sendo, inclusive, querido por muitos.

Bené tem a índole pacífica, através de diálogos não violentos consegue mediar situações sem muitos problemas. Como integrante do tráfico, Bené passa a ter contato com Thiago, garoto de classe média, integrante do ciclo de amigos de Buscapé, que se dirigia à Cidade de Deus para comprar entorpecentes.

Bené então passa a ser atraído pelo estilo de vida do rapaz, pelo seu vestuário, modos de falar e se comportar e, desejando estar incluído no mesmo nicho de amizade, passar a frequentar ambientes diferentes e, sobretudo, desejando deixar de ser visto como um “favelado”, Bené estreita amizade com Thiago e com o restante dos adolescentes do mesmo convívio, até mesmo Buscapé. Zé Pequeno, por sua vez, não fica muito contente com a postura do colega, certamente por se sentir inseguro com a mudança de pensamentos do amigo,

temendo perder um grande aliado.

O chefe da comunidade somente era impedido de realizar tamanhas crueldades para com as pessoas em razão da figura de Bené, que sempre direcionava o amigo a ter atitudes menos bárbaras e impiedosas.

Acontece que a postura impositiva de Zé Pequeno não era de pleno alcance, pois certa circunscrição da Cidade de Deus, denominada Caixa Alta, era liderada por seu arqui-inimigo, Cenoura, cujas posturas para com as regras da comunidade não era muito complacente, o que despertava em Zé Pequeno grande repugnância.

Bené decide deixar sua vida criminal para trás e se mudar para uma fazenda, assim, faz uma grande festa de despedida na comunidade, conseguindo reunir pessoas de diferentes grupos de dentro e fora da Cidade de Deus.

Nesta festa, Zé Pequeno tenta chamar uma moça para dançar e recebendo uma resposta negativa de uma das moças, humilha o companheiro dela, o Mané Galinha, como uma forma de alimentar seu ego e manter respeito.

Ali, um desafeto de Zé Pequeno, acreditando ser uma ótima oportunidade para eliminá-lo, resolve efetuar disparos, os quais, acabam acertando Bené, levando-o à óbito.

Após a morte de Bené, Zé Pequeno estupra a namorada de Mané Galinha e mata seu tio e irmão. Galinha, procurando vingança, se alia a Cenoura. Depois de matar um dos homens de Zé e ferir o próprio, uma guerra entre as duas facções começa envolvendo toda a Cidade de Deus. Ambos os lados recrutam mais e mais "soldados".

Ao ser ferido e encaminhado a um hospital, os grandes veículos midiáticos foram atrás de Mané Galinha para obter informações e transmitir entrevistas exclusivas, o que despertou em Zé Pequeno notável inveja de sua visibilidade.

Buscapé que a esta altura já passara por diversas tentativas de emprego, todas sem muito sucesso, chegando a pensar seriamente a se aliar ao crime, agora estava firme trabalhando em uma editora de jornal.

Então, sabendo das habilidades fotográficas de Buscapé, Zé Pequeno, para não ficar em patamar desigual em relação à Mané Galinha, faz Buscapé tirar fotos dele e da sua gangue.

Como Buscapé exercia atividades laborais em um ambiente em que era comum revelar fotografias, assim o fez com as que tirou para o chefe da comunidade. Porém, sem o conhecimento de Buscapé, uma repórter decide publicar as fotos no jornal e, temendo pelo infortúnio, o narrador acha que Zé Pequeno quer matá-lo, mas na verdade Zé fica muito satisfeito com seu ganho de notoriedade.

Com toda a repercussão junto à mídia, a polícia decide intervir e, então, invade a comunidade. Mané Galinha é morto em uma emboscada. Cenoura e Zé Pequeno são pegos pela polícia, mas as autoridades sabendo da probabilidade de receber propina liberam Zé ao receberem proventos financeiros. No entanto, este acaba sendo morto a tiros por crianças da Caixa Alta, local comandado por seu rival, Cenoura.

Buscapé conseguiu obter fotografias dos principais momentos da invasão, sendo que a mais importante – a que retratou a morte de Zé Pequeno – foi capa

nos grandes jornais, o que fez conseguir um emprego como fotógrafo na editora e ser reconhecido por seu verdadeiro nome, Wilson Rodrigues.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a análise do tema explanado, observa-se que crianças e adolescentes para terem um futuro com dignidade, oportunidade e responsabilidade dependem de ações positivas por parte do Poder Público em conluio às famílias.

Como visto, a evolução histórica do direito da criança e do adolescente foi o mais importante dos acontecimentos no que tange a este público, a fim de que se chegasse ao patamar ideológico atual, com viés garantista e promissor.

A Constituição Federativa do Brasil de 1988 é a materialização do mais alto nível de proteção às crianças e adolescentes, pois trouxe de modo inovador a postulação em favor destas, como papel crucial nesta conquista.

Ainda na figura de magnitude extrema, positivou no país as grandes discussões internacionais a respeito dos direitos do público infanto-juvenil, dando estrutura inicial para a instituição de uma Lei Especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tornando-o um direito fundamental e, portanto, imutável e intransponível.

O ECA, por sua vez, não só reafirmou as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, como também regulamentou o modo de operacionalizar de maneira prática o direito à família, à educação, saúde, em termos de prioridade, valendo-se de princípios relevantes para aplicação de seus mandamentos.

Outrossim, ainda auferiu competências aos entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios como uma vertente para o Poder Público estar ainda mais próximo dos destinatários finais de seus provimentos e, assim, alcançar real efetividade em suas decisões.

Neste contexto, mostrou-se totalmente pertinente a incidência da Teoria Bioecológica do Desenvolvimento Humano, de Urie Bronfenbrenner, uma vez que por intermédio desta é possível compreender a vulnerabilidades relativas ao desenvolvimento de crianças e adolescentes.

Envolver-se da referida teoria faz da instituição familiar bem como de cada um dos entes federativos, conhecedores de seus respectivos lugares, com domínio para exercer o que lhes for cabível, já que compreendem o contexto ecossistêmico em que estão inseridos, dando-lhes mais segurança e lucidez quanto a qual

comportamento adotar em uma circunstância em que se faz imprescindível o cuidado imediato, como na situação de abandono e/ou maus tratos.

Ademais, da análise de aspectos práticos fica claro que mesmo em cidades consideradas de grande capacidade, ainda com a realização de políticas públicas aprovadas pelos Conselhos Municipais, estas ainda não se fazem suficientes para alcançar êxito total, face à discrepância proporcional do público ativo em cada um dos projetos em razão do número de jovens que necessitam do efetivo atendimento.

Desta maneira, fica evidenciado que mesmo com a incidência do Estatuto da Criança e do Adolescente, com suas diretrizes específicas, ainda assim os entes federativos pecam no que concerne à efetividade dos direitos e à proteção do público infanto-juvenil, tirando como base os dados extraídos do Município de Santos.

Existindo um arcabouço jurídico fortemente estruturado e ao tomar como pilar a essencialidade humanitária e social do desenvolvimento de crianças e adolescentes, o cenário das cidades brasileiras, principalmente na que fora objeto de estudo no presente trabalho, deveria se apresentar de modo absolutamente diverso.

Perceptível, portanto, que os aspectos teóricos do que concerne à integridade e política de atendimento aos jovens não são amplamente aplicáveis, porquanto os investimentos pelo Poder Público para fazer concreto o direito da criança e do adolescente, infelizmente, não são suficientes.

Nota-se que são escassas as políticas voltadas à primeira necessidade, daí se mostra, em caráter de extrema crucialidade, a atenção dos entes federativos, a partir da competência concorrente, para os estudos científicos acerca da Teoria Bioecológica do Desenvolvimento Humano, pois esta explana em detalhes a importância das atividades inter-relacionais e como são indispensáveis para moldar o futuro de um jovem.

O longa metragem Cidade de Deus é a perfeita retratação do que acontece com a inércia do Estado, como ocorrera no Rio de Janeiro em meados de 1960. O filme realiza uma crítica severa quanto à inobservância para com as vulnerabilidades da infância e da juventude e como condutas passivas resultam consequências drásticas a toda sociedade.

Deve ser firmado, por conseguinte, um estudo aprofundado sobre como os ambientes ecossistêmicos são preponderantes, tornando-se possível realizar políticas de atendimento flexíveis, amoldáveis à realidade, dando-se total

cumprimento às diretrizes, direitos e garantias previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, de maneira a semear, ainda que a longo prazo, bons frutos desde a primeira infância a fim de que se alcance resultados exuberantes para estruturação do país, com futuros adultos detentores de senso crítico, inseridos no mercado de trabalho, participantes ativos da sociedade, enfatizando que o proteção a começar dos primeiros passos é o que conduz o amanhã de todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS OBRAS:

Bronfenbrenner, Urie. **Bioecologia do Desenvolvimento Humano** [recurso eletrônico]: **tornando os seres humanos mais humanos** / Urie Bronfenbrenner; tradução: André de Carvalho – Barreto; revisão técnica: Sílvia H. Koller. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2012.

COLLODEL-BENETTI, I.; VIEIRA, M. L.; CREPALDI, M. A.; RIBEIRO-SCHNEIDER,

D. Fundamentos de la teoría bioecológica de Urie Bronfenbrenner. **Pensando Psicología**, v. 9, n. 16, p. 89-99, 15 dic. 2013. Disponível em: <<https://revistas.ucc.edu.co/index.php/pe/article/view/620>> Acesso em 24 de agosto de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual e Direito das Famílias.**/ Maria Berenice Dias – 13.ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

MACIEL, K. R. F. L. A. **Curso de direito da criança e do adolescente.** São Paulo: Saraiva, 2019;

SÊDA, Edson, art.87. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado.** Comentários jurídicos e sociais. 13. Ed. Rev. e atual. São Paulo. Malheiros, p. 554.

SOUZA, Celina. "Políticas Públicas: Questões Temáticas e de Pesquisa", **Caderno CRH 39**: 11-24. 2003

ZAPATER, Maíra. **Direito da Criança e do Adolescente/ Maíra Zapater** – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SITES:

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> __Acesso em: 18

jun. de 2020.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 20 jun. 2020

CIDADE DE DEUS. Globo Filmes. **Amazon Prime Video**. Disponível em

<https://www.primevideo.com/detail/0QFZLVYFPORZKPBGE2CEI8I7YT/ref=atv_hm_hom_1_c_8pZiqd_2_1> Acesso em: 13 out. 2020.

CONSELHO MUNICIPAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Prefeitura Municipal de Santos**. Disponível em:

<<https://www.santos.sp.gov.br/?q=portal/cmdca>> Acesso em: 30 set. 2020.

GARCIA, Diego. Maior favela de palafitas do Brasil enfrenta pandemia incêndios e enchentes. **JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO**. 2 jun. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/06/maior-favela-de-palafitas-do-brasil-enfrenta-pandemia-incendio-e-enchentes.shtml#:~:text=De%20acordo%20com%20dados%20do,Cubat%C3%A3o%2C%20a%20maior%20da%20regi%C3%A3o.>> Acesso em: 14 out. 2020.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes Embargos Culturais, Ordenações das Filipinas. **CONJUR**. 12 mar. 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-12/embargos-culturais-ordenacoes-filipinas-violencia-mulheres>> Acesso em: 10 jun. 2020.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **IBGE**. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/santos/panorama>> Acesso em: 03 out. 2020.

SANTOS, Lei Municipal nº 736 de 10 de junho de 1991. Dispõe Sobre a Política De Atendimento dos Direitos da Criança e do Adolescente nos termos da Lei Federal Nº 8069, de 13 De Julho De 1990, e dá outras providências. **Diário Oficial do Município, Santos, SP, 11 jul. 1991**. Disponível em: <https://www.santos.sp.gov.br/static/files_www/conselhos/CMDCA/lei_736-cmdca.pdf> Acesso em: 30 set. 2020.

A (IN)APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS COMO COMPLEMENTAÇÃO À TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES

AMANDA BUARQUE BERNARDO:

Graduada pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damas

RESUMO: O presente estudo aborda a aceitação da teoria da imputação objetiva pela jurisprudência brasileira. A relevância da pesquisa sustenta-se na necessidade de aprimorar a verificação do nexos causal entre a conduta e o resultado naturalístico, nos crimes materiais, realizada segundo a teoria da equivalência dos antecedentes em virtude, entre outros motivos, pela criação de uma causalidade infinita. Assim, este trabalho analisa a teoria da equivalência dos antecedentes, elencando alguns problemas práticos decorrente da sua aplicação, para apontar a necessidade de uma complementação pela teoria da imputação objetiva. Em seguida, realiza-se um estudo conceitual acerca da imputação objetiva para, ao final, apresentar situações concretas enfrentadas pelos Poder Judiciário nas quais se questiona a aplicação da teoria da imputação objetiva. A metodologia adotada para alcançar os objetivos da pesquisa é bibliográfica e com a utilização do método dedutivo

Palavras-chave: Nexos de causalidade, teoria da equivalência dos antecedentes. imputação objetiva, risco proibido.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2. DO NEXO DE CAUSALIDADE. 2.1 Conceito e Teorias. 2.2 Teoria da Equivalência dos Antecedentes. 2.3 Críticas à Teoria da Equivalência dos Antecedentes. 3. DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA. 3.1 Criação de um Risco Não Permitido. 3.2 Realização do Risco Não Permitido. 3.2 Realização do Resultado dentro do Alcance do Âmbito de Proteção do Tipo. 4. (IN)APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS. 4.1 Caso Prático 01: Processo nº 0000059-22.2012.8.12.0013, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. 4.2 Caso Prático 02: Processo nº 0000784-68.2008.8.16.0165, Tribunal de Justiça do Paraná. 4.3 Caso Prático 03: Habeas Corpus n. 46.525/ MT, Superior Tribunal de Justiça. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como sustentação as dificuldades apresentadas pela teoria da equivalência dos antecedentes ao estabelecer o nexos de causalidade entre a conduta e o resultado, nos chamados crimes materiais.

Segundo a teoria adotada pelo art. 13 do Código Penal Brasileiro, causa é toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. É de se observar, entretanto, que essa teoria gera um patente regresso ao infinito, bem como não consegue explicar, de forma satisfatória, os cursos causais hipotéticos, alargando o âmbito de responsabilização penal.

Na tentativa de limitar essa cadeia causal, a teoria da equivalência dos antecedentes recorre aos elementos subjetivos do tipo, com a análise acerca do dolo e da culpa, e da teoria da relevância típica no aspecto das concausas. Entretanto, esses métodos apresentados acabam por gerar mais confusão, com a mistura entre os elementos no tipo, do que propriamente uma solução para os problemas.

Neste contexto, sem negar a importância da causalidade natural, a teoria da imputação objetiva se propõe a sanar algumas das dificuldades apresentadas pela condição formalmente adotada pelo Código Penal, dentro do próprio elemento da tipicidade, com a complementar definição do nexo de causalidade a partir critérios de valoração jurídica.

Com esquematização teórica elaborada notadamente pelo jurista Claus Roxin, a teoria da imputação objetiva, além da causalidade física, condiciona a responsabilização penal a uma causalidade normativa, verificada a partir da criação, pela conduta humana, de um risco proibido, da realização do risco no resultado e da exigência de que esse resultado ocorra dentro do alcance do tipo.

Diante dessa nova concepção acerca do nexo de causalidade, indaga-se: o Poder Judiciário reconhece a aplicação da teoria da imputação objetiva de forma complementar à teoria da condição da equivalência dos antecedentes?

Verificada uma tímida incidência dessa teoria nas decisões dos órgãos julgadores, o presente artigo destina-se a defender a aplicabilidade da imputação objetiva, apesar da ausência de previsão normativa, como forma de afastar a progressão infinita da *conditio sine qua non* e solucionar alguns problemas relacionados a causalidade hipotética e, como consequência, delimitar a responsabilidade penal àquelas condutas que efetivamente deram causa ao resultado criminoso.

A presente pesquisa utiliza a metodologia descritiva e qualitativa, por método hipotético-dedutivo, por meio de revisão bibliográfica. É descritiva porque faz observação do que já foi estudado sobre o tema. Qualitativa, uma vez que interpreta o fenômeno que observa e as hipóteses são construídas após a observação. Ademais, trabalha com estudo de casos para discutir os argumentos utilizados para a aplicação ou não da teoria da imputação objetiva. São utilizadas

pesquisas bibliográficas em livros, artigos jurídicos, legislação nacional, jurisprudência e legislação específica sobre a temática.

A primeira parte é responsável por conceituar o nexo de causalidade e exemplificar algumas teorias, com ênfase da teoria da equivalência dos antecedentes, elencando suas vantagens e críticas. A segunda parte estuda a teoria da imputação subjetiva, notadamente, quanto a sua origem e elementos. Ao final, verifica-se, a partir de casos concretos, a não aplicação da teoria da imputação objetiva nos casos apresentados.

2. DO NEXO DE CAUSALIDADE

2.1 Conceito e Teorias

Nos crimes classificados pela doutrina como de resultado ou material, é possível identificar um acontecimento separado no tempo e no espaço da ação humana que lhe originou. O nexo causal é justamente o vínculo entre essa conduta e o resultado. Busca-se, com isso, aferir se o resultado pode ser atribuído, objetivamente, ao sujeito ativo como obra do seu comportamento típico, de forma a permitir a aplicação da sanção penal.

Essa ligação entre o acontecimento e a conduta humana é indispensável para determinar a atuação ou não do direito penal, sendo condição primeira e imprescindível para a atribuição do fato criminoso ao sujeito. (BRANDÃO, 2015, p. 41)

Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias ensina que:

[...] nos crimes de resultado se suscita o problema da imputação do resultado à conduta do agente, de acordo com o princípio segundo o qual o direito penal só intervém relativamente a comportamentos humanos (de pessoas singulares ou colectivas). Exigindo-se para o preenchimento integral de um tipo de ilícito a produção de um resultado, importa verificar não apenas se esse resultado se produziu, como também se ele pode ser atribuído (imputado) à conduta. (DIAS, 2004, p. 304)

Ao longo do tempo, surgiram várias teorias jurídicas que buscaram estabelecer critérios para a relação de causalidade.

De forma sucinta e não exaustiva, no século XIX é elaborada a teoria da condição ou equivalência, fundamentada nas ciências naturais que identifica como causa todos os antecedentes do resultado. Em seguida, surge a teoria da causalidade

adequada, a qual restringe a anterior ao entender causa como a condição mais adequada para a produção do resultado. Há, ainda, a teoria da relevância jurídica para a qual a corrente causal não é o simples atuar do agente, devendo-se ajustar às figuras penais, produzindo os resultados previstos em lei. Finalmente, com base nessa última teoria, desenvolve-se a noção de imputação objetiva do resultado, a qual será objeto do presente estudo.

Evidencia-se, portanto, uma constante evolução da causalidade na busca de solucionar os problemas de atribuição da responsabilidade penal e minorar eventuais injustiças na aplicação do direito penal ao garantir que somente aquele que efetivamente deu causa ao resultado seja responsabilizado.

2.2 Teoria da Equivalência dos Antecedentes

Dentre essa infinidade de teorias, o Brasil adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais, também chamada de teoria da equivalência das condições, teoria da condição simples, teoria da condição generalizadora ou da *conditio sine qua non*, criada por Julius Glaser e Maximilian von Buri (BRANDÃO, 2015, p. 42), conforme se infere do disposto no artigo 13 do Código Penal:

Art. 13 O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido

Essa teoria considera causa todo fato sem o qual o resultado não teria ocorrido. Há, nesse contexto, uma infinidade de causas e condições, todas aptas a ensejar o resultado.

A premissa básica desta teoria é a de que a causa de um resultado é toda a condição sem a qual o evento não teria tido lugar (fórmula chamada de *conditio sine qua non*). Por isso, todas as condições que, de alguma forma, contribuíram para que o resultado se tivesse produzido são causais em relação a ele e devem ser consideradas em pé de igualdade, já que o resultado é indivisível e não pode ser pensado sem a totalidade das condições que o determinaram. (DIAS, 2004, p. 306)

Para identificar quais são as causas de um evento, essa doutrina utiliza-se do método ou teoria da eliminação hipotética dos antecedentes causais. Deveu-se ao jurista sueco Johan C. W. Thyrén a difusão da fórmula de eliminação hipotética ou exclusão mental, que já havia sido constada no bojo da teoria de Julius Glaser. (TAVARES, 2003, p. 247)

Esse método é utilizado no campo mental da suposição ou da cogitação: causa é todo fato que, suprimido mentalmente, o resultado não teria ocorrido como ocorreu ou no momento em que ocorreu. Em outras palavras, as condições de um fato somente serão consideradas causas de um evento se sua supressão mental implicar o desaparecimento do resultado.

Essa teoria, entretanto, é criticada, entre outros motivos, por criar um retrocesso infinito, além de não ser suficiente para explicar certas situações, conforme será analisado no tópico seguinte.

2.3 Críticas à Teoria da Equivalência dos Antecedentes

A primeira crítica em desfavor da teoria da equivalência dos antecedentes é que esta cria uma cadeia *ad infinitum*, pois todos os agentes das condições anteriores são causas para a ocorrência do crime, ampliando de maneira desmesurada o objeto passível de valoração penal.

Para Claus Roxin, essa teoria veicula uma clara confusão entre juízo de fato (causação) e juízo de valor (imputação), pois confere a mesma importância penal a todos os fatores causais que culminam no resultado (ROXIN, 2006, p.131/132).

Como forma de limitar essa cadeia causal, são utilizados outros critérios para identificar quais desses acontecimentos são, em uma perspectiva normativa, relevantes para a proteção do bem jurídico, a exemplo dos elementos subjetivos do tipo.

Para que haja a responsabilização penal do agente, são verificados os elementos subjetivos, exigindo também de uma causalidade psíquica. Nesse contexto, tem-se que a causalidade objetiva não é suficiente para se chegar à imputação do crime, sendo indispensável perquirir o vínculo psíquico, com indagações acerca se o agente agiu com dolo ou culpa para a produção do resultado.

De forma exemplificativa, para a teoria da *conditio sine qua non*, aquele que produz uma arma de fato é a causa de um homicídio, uma vez que se suprimida essa conduta de fabricar a arma o resultado morte não teria acontecido. Entretanto, o produtor não é responsabilizado penalmente pelo crime porque não agiu com dolo ou culpa em relação ao evento da morte.

Com efeito, uma pessoa pode ter dado causa a determinado resultado, e não ser possível imputar-se-lhe a responsabilidade por este fato, por não ter agido nem dolosa nem culposamente, isto é, não ter agido tipicamente; essa atividade permanece fora da esfera do Direito Penal, sendo impossível imputá-la a

alguém pela falta de dolo ou culpa, a despeito da existência de uma relação causal objetiva, constituindo, por consequente, a primeira limitação à teoria da *conditio sine qua non*. (BITENCOURT, 2012, p. 312)

Entretanto, tal solução acaba por ensejar outras complicações, pois, além de implicar confusão das categorias analíticas do delito, recorre a fatores de índole subjetiva para solucionar um problema eminentemente objetivo.

Segundo Hans-Joachim Rudolphi essa correção da causalidade pelos elementos subjetivos do tipo deve ser afastada por duas razões:

[...] em primeiro lugar, esta concepção desconhece que a causa de um determinado resultado não é idônea por si só, para fundamentar o típico injusto; com efeito, uma vez que o conteúdo das normas penais só pode ser a proibição ou o mandato de uma ação humana definida, a simples causa do resultado tipicamente ilegal não representa qualquer transgressão dessas normas. E segundo, a correção pelo dolo, imprudência e culpa nem sempre fornece uma base sólida para excluir, sem qualquer dúvida, os casos não puníveis do campo de luto da conduta. (RUDOLPHI, 1998, p. 25)

Uma segunda crítica é que a fórmula da exclusão mental não consegue explicar os chamados cursos causais hipotéticos referentes aos casos nos quais, ainda que ausente a conduta do agente, a ocorrência do resultado não é afastada. É o caso, por exemplo, do soldado que executa um prisioneiro de guerra, por ordem de seu superior, o que teria sido feito por outro, da mesma maneira, caso se negasse a cumpri-la. (D'ÁVILA, 2001, p.29).

Por esse exemplo, a aplicação da fórmula de eliminação hipotética mostra-se falha, pois a supressão mental da atuação do soldado não implicaria a supressão do resultado, posto que outra pessoa executaria a ação necessária para produzi-lo.

Essa teoria é questionada também quanto a sua incapacidade para explicar os chamados casos de causalidade alternativa, nos quais duas ou mais condições ocorrem de maneira simultânea, sendo cada uma capaz de produzir o resultado por si só.

Nessas situações, a supressão mental de quaisquer das pretendidas condições não faz o evento desaparecer, levando a crer que nenhuma delas é causa do evento, embora ambas sejam consideradas causas.

As críticas acima expostas conduzirem a conclusão de que a causalidade é apenas uma condição mínima e necessária para a imputação, porém, insuficiente para a análise da imputação de uma conduta criminosa. Dessa forma, entende-se necessário submeter o nexos causal encontrado à critérios de valoração jurídica, justamente o objeto do próximo capítulo.

3. DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Em uma perspectiva histórica, a teoria da imputação objetiva tem sua origem identificada nos estudos desenvolvidos Karl Larenz (Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung) e Richard Honig (Kausalität und objektive Zurechnung. In: Festgabe für Frank zum 70 Geburtstag) (PRADO e CARVALHO, 2005). Entretanto, os seus contornos atuais devem-se, principalmente, ao Funcionalismo Teleológico de Claus Roxin.

Na teoria desenvolvida pelo autor alemão, a imputação objetiva pode ser conceituada como uma atribuição normativa da produção de determinado resultado a um indivíduo, de modo a viabilizar a sua responsabilização, utilizando-se como critério delimitador da norma penal a sociedade de risco. (PRESSLER, 2006, P. 447)

De início, é relevante ressaltar que essa teoria não tem a pretensão de resolver a relação de causalidade, tampouco de substituir ou eliminar o conceito natural da causalidade. Objetiva apenas reforçar, do ponto de vista normativo, a atribuição de um resultado penalmente relevante a uma conduta. (BITENCOURT, 2012, p. 320)

Em outros termos, a causalidade meramente mecânica ou ontológica adota pela teoria da *conditio sine qua non* é necessária, porém insuficiente, devendo ser acompanhada de um juízo de imputação, por meio de critérios normativos, para se permitir a atribuição de um fato a seu respectivo autor.

Ao desenvolver sua teoria, Claus Roxin ensina que a imputação ao tipo objetivo ocorre em torno da criação, pela conduta humana, de um risco proibido, verificável através dos seguintes requisitos (ZAFFARONI, 2002, p. 470):

- a) Criação ou incremento de um risco proibido;
- b) Realização do risco no resultado;
- c) Resultado se encontra dentro do alcance do tipo.

3.1 Criação de um Risco Não Permitido

Em relação à criação ou incremento de um risco proibido, tem-se como inerente à convivência em sociedade a existência de atividades arriscadas, mas que são consideradas permitidas. Enquanto o risco criado pela conduta do agente é tolerável socialmente, não é possível a imputação criminal dos resultados praticados nesse âmbito, ainda que resultem em perigo ou dano a outras pessoas. Isto porque, a conduta típica sempre pressupõe a criação ou o fomento de um risco proibido.

[...] o Direito não considera os mínimos riscos socialmente adequados que lhes estão vinculados, de modo que, de entrada, não há atribuição do resultado por eles produzido. Como a realização de uma conduta socialmente normal e geralmente não perigosa não pode ser proibida, não haverá uma ação tipicamente criminosa homicida, embora excepcionalmente tal ação seja causal no que diz respeito a uma lesão de um bem jurídico. (ROXIN, 1997, p. 366-367)

Assim, ainda que seja realizada uma conduta prevista em um tipo penal, se esse comportamento de risco for aceito socialmente, não será considerado causas de um resultado delituoso porque decorrem da própria lógica da convivência em sociedade.

Mesmo quando esses bens jurídico-penalmente tutelados são transgredidos, e em consequência disto ocorre a subsunção do caso concreto à norma, deve ser afastada a sua punição. Isto se dá, pois existem certas situações dispostas na sociedade de risco, que ante a ausência de criação de um risco não permitido, bem como na falta de sua realização, tornam o jus puniendi Estatal inócuo e sem sentido. (PRESSLER, 2006, P. 447)

Nesse sentido, para a teoria da imputação objetiva não há a criação de um risco proibido se decorre, por exemplo, do princípio da confiança, do princípio da adequação social ou se a própria vítima se coloca em risco.

Um exemplo comumente utilizado para tratar da criação de um risco proibido é o seguinte: “na iminência de uma tempestade, alguém manda outro à floresta na esperança de que seja atingido por um raio”. (Roxin, 2002, p. 306)

Ainda que a pessoa enviada seja atingida pelo raio, de forma a verificar a existência de dolo na conduta do agente, não é possível imputar o resultado morte. Isto porque, mandar alguém passear na floresta é uma conduta permitida, já que não cria um risco de morte juridicamente relevante e proibido.

Da mesma forma, condutas que diminuem um risco, ainda que típicas, não são consideradas causas para a teoria da imputação objetiva, pois o sentido e a finalidade “das normas penais não podem ser proibições que reduzem o risco da realização do resultado, atenuam lesões aos bens jurídicos protegidos” (RUDOLPHI, 1998, p. 33)

Por ex., alguém joga a criança pela janela da casa que pega fogo, lesionando gravemente, mas com isso a salva da morte nas chamas; ou alguém tranca a outrem, sem poder esclarece-lhe o motivo, porque nas circunstâncias inexistente outro meio de “tirá-lo de circulação” e salvá-lo de um sequestro. (Roxin, 2002, p. 314)

Segundo Claus Roxin (ROXIN,1997, p. 367), a problemática em torno da diminuição de um risco costuma ser resolvida, pela doutrina e pela jurisprudência, no âmbito das excludentes de ilicitude por meio do estado de necessidade, entretanto, há certa contradição considerar típica uma ação que vem ao auxílio do bem jurídico.

3.2 Realização do Risco Não Permitido

Além da análise da proibição do risco gerado, é necessário verificar se a ocorrência do resultado deve ser atribuída precisamente ao perigo criado ou incrementado pela conduta. Em outras palavras, a imputação somente ocorrerá se, além da criação ou incremento de um risco proibido, o resultado for uma extensão normal da conduta empreendida.

Logo, não será causa o comportamento do agente se o evento causado fisicamente pela sua conduta não estiver na linha de desdobramento causal normal da sua ação ou omissão.

A imputação ao tipo objetivo pressupõe que resultado seja realizado precisamente no risco não permitido criado pelo autor, Por isso que a imputação é excluída, em primeiro lugar, se, embora o autor tenha criado um perigo para o bem jurídico protegido, o resultado seja produzido, não como um efeito de desse perigo, mas apenas em conexão casual com ele. (ROXIN 1997, p.373)

Se o resultado for produto exclusivo de um risco posterior, não criado pelo agente, este responde apenas pelos atos já praticados. Se o resultado é produto combinado do risco criado pelo agente e pelo risco posterior, o agente responderá pelo crime na forma consumada.

Como exemplo do critério ora apresentado, Claus Roxin apresenta a seguinte situação: “A atira em B com dolo de homicídio, ferindo-o levemente; B interna-se em um hospital para tratar-se, ali falecendo em razão de um incêndio” (ROXIN, 2002, p. 307).

Nesse contexto, A não poderá responder pelo homicídio consumado, pois a morte decorrente de um incêndio não é desdobramento normal da conduta do autor de tentar matar com uma arma de fogo. Assim, cabe imputar a A apenas a conduta de tentativa de homicídio.

3.2 Realização do Resultado dentro do Alcance do Âmbito de Proteção do Tipo

Por fim, para haver imputação, requer-se que o perigo gerado pelo comportamento do agente esteja no alcance do tipo penal, isto é, ainda que o nexos causal esteja perfeitamente adequado com o risco não permitido, este será excluído, “se a prevenção de tais consequências não é o fim da proteção, mas apenas um reflexo da proteção do dever de cuidado” (ROXIN, 1997, p. 378)

Isto porque, “a norma proibitiva prevê a lesão ao bem jurídico apenas em face de determinados cursos causais, que é chamado de fim de proteção da norma” (GRECO, 2014, p. 107). Assim, ao analisar a imputação penal, deve-se verificar se o bem jurídico protegido foi atingido pela maneira prevista na norma. Caso contrário, não haverá a realização do risco, porque o resultado concreto verificado não é aquele que justificava a sua proibição.

Um caso que é comumente apresentado como exemplo é o seguinte:

“um sujeito que dirige seu automóvel em excesso de velocidade e depois, quando está dirigindo na velocidade correta vem atropelar um pedestre descauteloso que tentara atravessar a rua, ficando provado que se o motorista não tivesse ultrapassado a velocidade máxima, chegaria alguns segundos depois ao local do acidente, de modo que o pedestre teria sido salvo.” (GRECO, 2014, p. 107)

Com fundamento no visto acima, o resultado morte não pode ser objetivamente imputado ao motorista pois o âmbito de proteção da norma de dirigir em velocidade compatível é evitar acidentes enquanto se está em velocidade incompatível e não em momento posterior.

Feitos esses esclarecimentos acerca do conceito da teoria da imputação objetiva, faz-se necessário analisar uma eventual aplicação dessa teoria nos casos submetidos a apreciação dos tribunais nacionais.

4. (IN)APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Com a adoção da teoria da equivalência das condições pelo código penal, há certa resistência para aplicação da teoria da imputação objetiva pelos Tribunais Brasileiros, especialmente pela falta de sistemática, a confusão entre os postulados da teoria da imputação objetiva e, principalmente, a confusão aplicativa dos próprios institutos reitores dessa teoria.

É necessário, porém, compreender que a imputação objetiva e a teoria da equivalência dos antecedentes não são incompatíveis entre si. O nexo de causalidade natural é o primeiro elemento para a imputação penal. Somente em seguida é que deve ser analisada a causalidade normativa.

Assim, com base nas decisões a seguir apresentadas, será feita uma análise concreta acerca da aplicação ou não dessa teoria pelos órgãos jurisdicionais.

4.1 Caso Prático 01: Processo nº 0000059-22.2012.8.12.0013, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

A fim de analisar de forma prática a aplicação ou não da teoria da imputação objetiva, apresenta-se como caso prático o processo nº 0000059-22.2012.8.12.0013, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jardim, no Estado de Mato Grosso do Sul, envolvendo o crime do art. 302 do CTB.

Segundo consta dos autos, o Réu estava trafegando com seu veículo na Av. Santa Terezinha, na cidade de Guia Lopes da Laguna/MS, quando notou uma pessoa, que trafegava de bicicleta no acostamento do mesmo sentido em que seguia pela Avenida, tentou atravessar para o outro lado, momento em que houve o choque do veículo com a bicicleta, resultando no óbito do ciclista.

O juízo competente entendeu pela condenação do Réu, nos seguintes termos:

[...] Por seu turno, a autoria delitiva também avulta cristalina do conjunto probatório colhido durante a instrução processual, de onde se percebe claramente a culpa do réu pelo acidente que causou a morte da vítima Jorge Pereira dos Santos. O laudo pericial de f. 40/59 dá uma perfeita noção da dinâmica do acidente e nele **consta como sua causa determinante a falta de percepção às condições de tráfego por parte do veículo motoniveladora conduzido pelo réu.** A prova documental é corroborada pelo depoimento das testemunhas ouvidas em

juízo que confirmaram que **o veículo conduzido pelo réu era de grande porte e trafegava em rodovia movimentada sem qualquer tipo de sinalização e que muito embora o denunciado tenha visto a vítima a sua frente, não teve como frear o veículo, por ser de grande porte** (motoniveladora). Percebe-se, pois, que o acidente ocorreu por imprudência do denunciado, o qual, em razão da falta de atenção por trafegar em via pública com veículo de grande porte sem as cautelas necessárias, embora tenha percebido a aproximação da bicicleta conduzida pela vítima, veio a atingi-la violentamente, levando-a à morte. Por corolário, evidenciadas a autoria e a materialidade do delito, que ocorreu por imprudência do denunciado na condução do veículo automotor, a sua condenação é medida de rigor. Em face do exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva manifestada na denúncia, para o fim de CONDENAR o réu JOSÉ LUIZ CARDOSO DA SILVA, [...] pela prática do delito previsto no artigo 302, caput da Lei 9503/97. [...]

Conforme se observa da leitura do trecho da sentença condenatória, a conduta do Réu de conduzir um veículo por uma avenida de grande porte e sem qualquer tipo de sinalização foi considerada causa para a morte da vítima, com base na aplicação da teoria da *conditio sine qua non*, vez que se suprimida mentalmente não teria se obtido o resultado morte.

Entretanto, também é possível identificar pela leitura da decisão que a conduta do Réu foi considerada imprudente com base apenas em afirmações de que a estrada não tinha boas condições e de que ele estaria dirigindo um veículo de grande porte, não tendo empregado a atenção devida.

Com base nessas informações, a aplicação da teoria da imputação objetiva certamente levaria a absolvição do réu.

Em primeiro lugar é necessário averiguar se foi criado um risco. No contexto apresentado, a criação do risco por parte do agente, de fato, existiu, uma vez que o tráfico de veículos é uma atividade capaz de lesionar o bem jurídico vida da ciclista. Entretanto, a conduta de dirigir um veículo de grande porte em uma estrada sem conservação adequada não é considerada um risco proibido, especialmente quando não constatado qualquer violação às normas de segurança no trânsito.

O Laudo Pericial nº 402 acostado aos autos do processo apresenta as seguintes conclusões:

[...]5.1 – Da velocidade do veículo “a

Devido à falta de vestígios de frenagem e baseado nas avarias nos veículos, no ponto de repouso final do ser humano e nos outros elementos angariados no local, este Perito pode inferir que aquele trafegava, momentos antes do evento, com velocidade inferior a de 60 km/h, ou seja, **dentro do limite permitido para a via.**

[...]

VII – DOS VESTÍGIOS: Foram de interessa da perícia:

2) Os pneus da motoniveladora encontravam-se em regular estado de conservação (Grifos originais)

Assim, considerando que o réu não deixou de cumprir as normas de trânsito, dirigindo em velocidade acima do permitido na via ou realizando manobras perigosas, por exemplo, conclui-se que praticava um ato cujo o risco é socialmente permitido.

Por essa razão deve ser afastada a imputação do tipo penal de homicídio culposo.

4.2 Caso Prático 02: Processo nº 0000784-68.2008.8.16.0165, Tribunal de Justiça do Paraná.

Nesse segundo exemplo, o Juízo da Vara Criminal de Telêmaco Borba/PR condenou o réu Eder Rodrigues Ribeiro como incurso nas sanções do art. 157, § 3º do Código Penal por ter realizado a seguinte conduta:

A reconstituição intelectual dos fatos a partir das provas reunidas no caderno processual demonstra que no dia 13 de julho de 2008, réu encontrou duas pessoas não identificadas e com elas fumou pedras de crack, sendo que em indeterminado momento teve a idéia de ir à casa da vítima (seu avô) para subtrair alguns bens para trocá-los por droga. Chegando o local o apelante chamou pela vítima a qual abriu a porta da residência, momento em que os outros dois agentes que estavam na companhia do réu empurraram a porta e seguraram a vítima imobilizando a. Logo em seguida, o réu e

um dos agentes subtraíram os bens descritos na inicial (fls. 99101/115/116). Diante desta situação a vítima teria passado mal e morrido.

Conforme se depreende da leitura do trecho acima, a conduta do réu de roubar bem móvel foi considerada causa para a morte da vítima, resultando na imputação pelo crime de latrocínio.

Com base na aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes, as condutas de entrar no imóvel e imobilizar a vítima são causas para sua morte, pois se suprimidas mentalmente, o resultado não teria ocorrido da forma e como aconteceu. Entretanto, mais uma vez, pela aplicação da teoria da imputação objetiva é possível afastar a responsabilização penal.

Isto porque, a imputação objetiva pressupõe que o resultado decorra precisamente do risco proibido criado pelo autor do fato. Nas palavras de Gunther Jakobs, "o resultado deve se produzir por causa do risco dolosamente criado e não somente por ocasião deste". (JAKOBS, 2008, p. 424)

Pela leitura dos fatos narrados, o risco criado pelo réu refere-se unicamente ao patrimônio da vítima, visto que a intenção era apenas a de roubar os objetos para vendê-los e, com isso, obter dinheiro para a aquisição de material entorpecente.

A morte da vítima não estava no âmbito de domínio da sua conduta, e constituiu fato eventual e desproporcional a ação praticada.

Deve-se considerar, ainda, que não foi realizada a necrópsica para demonstrar qual a causa da morte, pois o laudo preliminar realizado pela Polícia Civil quando da verificação do evento criminoso informa "a inexistência de lesões que indicassem morte violenta, mas sim de morte natural (enfarte)"

Assim, não há como se concluir, inclusive pela aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, que o réu tenha se utilizado conscientemente do problema de saúde anterior para ocasionar a morte e, assim, obter o bem material visado.

Está, portanto, excluída a imputação objetiva, pois, ainda que o réu tenha criado um risco proibido, o resultado produzido não decorre efetivamente deste risco. A ação do réu criou um perigo ao patrimônio da vítima e não a sua vida.

4.3 Caso Prático 03: Habeas Corpus n. 46.525/ MT, Superior Tribunal de Justiça

Por fim, transcreve-se um julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual houve a aplicação da teoria da imputação objetiva, a fim de confirmar uma tendência de utilização dessa teoria, apesar da ausência de previsão legal.

O Habeas Corpus 46.525/MT foi impetrado com o objetivo de trancar uma ação penal na qual era imputado o crime do art. 121 do Código Penal aos integrantes de uma comissão de formatura do curso de medicina da Universidade de Cuiabá, em razão da morte por afogamento em estado de embriaguez de um dos participantes do evento.

No Habeas Corpus, julgado pela 5ª Turma do STJ, em março de 2016, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, determinou o trancamento da ação penal, com base nos seguintes fundamentos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO. MORTE POR AFOGAMENTO NA PISCINA. COMISSÃO DE FORMATURA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PREVISIBILIDADE, DE NEXO DE CAUSALIDADE E DA CRIAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Afirmar na denúncia que "a vítima foi jogada dentro da piscina por seus colegas, assim como tantos outros que estavam presentes, ocasionando seu óbito" não atende satisfatoriamente aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que, segundo o referido dispositivo legal, "A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".

2. Mesmo que se admita certo abrandamento no tocante ao rigor da individualização das condutas, quando se trata de delito de autoria coletiva, não existe respaldo jurisprudencial para uma acusação genérica, que impeça o exercício da ampla defesa, por não demonstrar qual a conduta tida por delituosa, considerando que nenhum dos membros da referida comissão foi apontado na peça acusatória como sendo pessoa que jogou a vítima na piscina.

3. Por outro lado, narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal.

4. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à **luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa.**

5. **Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu in casu, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta.**

6. Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação de um risco não permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal. (Grifo nosso)

Entre outros pontos, o julgado acima é importante por reconhecer a aplicação da teoria da imputação objetiva, afastando a responsabilização penal dos integrantes da comissão e formatura responsáveis pela organização do evento por não terem criado um risco proibido, já que a realização de festas com consumo de bebida alcoólica é uma situação de risco aceita socialmente.

Ademais, ressaltou-se que o resultado não poderia ser imputado aos organizadores devido ao princípio da confiança, segundo o qual é necessário que as pessoas possam confiar na ausência de ações drásticas por parte das outras, sob pena de inviabilizar as relações sociais.

Assim, os integrantes da comissão de formatura não podem ser responsabilizados por um comportamento contrário aos padrões sociais esperados adotado pela própria vítima.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que houve também uma autocolocação da vítima em perigo, situação capaz de excluir a imputação do resultado, por afastar o nexo causal entre a conduta do acusado e o resultado, desde que a vítima tenha domínio de suas ações e capacidade para consentir (GRECO, 2014, p. 74).

No caso em apreço, o Superior Tribunal de Justiça considerou que a própria vítima, de forma consciente, consentiu com o consumo de álcool e substâncias entorpecentes, se autocolocando em perigo, o que também contribuiu para o afastamento da responsabilidade penal dos acusados.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho foi analisado que apesar de o artigo 13 do Código Penal Brasileiro prever a aplicação da teoria da equivalência dos antecedentes no tocante ao nexo de causalidade, há forte posicionamento doutrinária acerca da teoria da imputação objetiva, como forma de delimitar a responsabilização penal, sem negar a causalidade natural.

Isto porque, a teoria da equivalência dos antecedentes e a da imputação objetiva não são incompatíveis. Esta última limita a linha causal da teoria da equivalência dos antecedentes causais ao exigir, para configuração do nexo de causalidade, que a conexão naturalística satisfaça também critérios de ordem normativa.

A teoria da imputação objetiva consagra um conceito complementar jurídico social de causalidade, com base em referências normativas, pois para o direito penal, além da relação natural de causa e efeito, é indispensável que o resultado delituoso seja possível de atribuição ao autor.

Essa imputação normativa é verificada, especialmente, pela criação de um risco proibido e pela realização desse risco dentro do âmbito de proteção previsto pela norma penal.

No que pese a aceitação doutrinária, a partir do estudo de dois casos concretos, verificou-se que a teoria da imputação objetiva ainda não é significativamente utilizada pelos aplicadores de direito, mormente pela ausência de normatização. Adiciona-se a essa dificuldade, o fato de haver divergências entre os

seus principais defensores e certa confusão entre os postulados dessa teoria e da teoria finalista.

Entretanto, a existência de julgados reconhecendo a aplicação da teoria da imputação objetiva, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do caso apresentado, é um importante passo para a sua aceitação e disseminação pelos demais Tribunais e Juízes.

Ao final, esta pesquisa defende uma maior difusão e aplicação da teoria da imputação objetiva por enxergar nela uma necessária complementação a causalidade natural, de modo a minimizar os problemas da teoria da *conditio sine qua non* de maneira mais coerente dentro da própria noção de tipicidade, sem precisar recorrer a conceitos de índole subjetiva. E, assim, delimitar o campo de responsabilização penal àquelas condutas que efetivamente resultam na ofensa ou dano ao bem jurídico.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. 17ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2012. P.310

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. São Paulo, Ed. Atlas, 4ª edição, 2015.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 06/03/2018.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I: questões fundamentais; a doutrina geral do crime. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação**. 4ª ed. rev. Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PRADO, Luiz Reges e CARVALHO, Érika Mendes de. **A Imputação Objetiva no Direito Penal Brasileiro**, 2005. Disponível em <http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/A%20imputa%20E7%E3o%20objetiva%20no%20Direito%20Penal%20brasileiro.pdf>. Acesso em 23/01/2018.

PRUSSLER, Gustavo de Souza **Introdução à teoria da imputação objetiva**. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar. Umuarama. V. 0, n.2, 2006.

ROXIN, Claus. **A teoria da imputação objetiva. Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General**. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delicto. Tradução e Notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2º Edição. Madri: Editora Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. **Causalidad e imputación objetiva**. Tradução de Claudia López Dias. Bogotá: Universidad Externado de Colombia Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, 1998.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª Edição rev. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAFFARONI, Heugenio Raul. **Direito Penal. Parte General**. 2ª ed. Buenos Aires, Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial e Financeira, 2002.

