

VOLUME 1

**ESTUDOS AVANÇADOS EM
CIÊNCIAS
JURÍDICAS**

Dr. ROBSON ANTONIO TAVARES COSTA
Msc. RENATO TAVARES RANGEL
Organizadores



VOLUME 1

**ESTUDOS AVANÇADOS EM
CIÊNCIAS
JURÍDICAS**

Dr. ROBSON ANTONIO TAVARES COSTA
Msc. RENATO TAVARES RANGEL
Organizadores

Copyright © 2021 da edição brasileira.
by Editora Enterprising.
Copyright © 2021 do texto.
by Autores.
Todos os direitos reservados.



Todo o conteúdo apresentado neste livro, inclusive correção ortográfica e gramatical, é de responsabilidade do(s) autor(es). Obra sob o selo Creative Commons-Atribuição 4.0 Internacional. Esta licença permite que outros remixem, adaptem e criem a partir do trabalho, para fins não comerciais, desde que lhe atribuam o devido crédito e que licenciem as novas criações sob termos idênticos.

Conselho Editorial:

- Eloy P. Lemos Junior, Dr. – FUIT
- Luciene Dal Ri, Dra. – UNIVALI
- Jeanine Nicolazzi Philippi, Dra – UFSC
- Josiane Rose Petry Veronese, Dra. – UFSC
- José Sérgio da Silva Cristóvam, Dr. – UFSC
- Rabah Belaidi, Dr. – UFG
- Diego Nunes, Dr. – UFSC
- Wilson Alves de Souza, Dr. – UFBA
- Edilton Meireles, Dr. – UFBA
- Tagore Trajano, Dr. – UFBA
- Deilton Ribeiro Brasil, Dr. – FUIT
- Virgínia Leal, Dra. - UFPE

Diagramação: João Rangel Costa.

Design da capa: Nadiane Coutinho.

Imagens da capa: www.canva.com

Revisão de texto: Os autores.

Assistente editorial: Antonio Rangel Costa Neto.



Editora Enterprising

Home Page: www.editoraenterprising.net

E-mail: contacto@editoraenterprising.net.

Telefone BR: (96)981146835.

CNPJ: 40.035.746/0001-55.

Dr. Robson Antonio Tavares Costa
Msc. Renato Tavares Rangel
(Organizadores)

Estudos Avançados em

Ciências Jurídicas

Volume 1



Amapá - AP

DOI: 10.29327/543049

E82

Estudos Avançado em Ciências Jurídicas / Robson Antonio Tavares Costa (Organizador), Renato Tavares Rangel (Organizador). - Macapá: Editora Enterprising, 2021.

(Estudos Avançado em Ciências Jurídicas)

Livro em PDF

250 p., il.

ISBN: 978-65-994826-5-6

DOI: 10.29327/543049

1.Direito. 2. Pesquisas Jurídicas. 3. Práticas Jurídicas. 4. Doutrina. 5. Jurisprudência.

I. Título.

CDD: 340

Acreditamos que o conhecimento é a grande estratégia de inclusão e integração e a escrita é a grande ferramenta do conhecimento, pois ela não apenas permanece, ela floresce e frutifica, e o que não compartilhamos, perdemos! Nossa missão é a difusão do conhecimento gerado no âmbito acadêmico por meio da organização e da publicação de livros digitais de fácil acesso, de baixo custo financeiro e de alta qualidade, imortalizando ideias e pensamentos através daqueles cujo os olhos aprenderam a ver o mundo pela magia da nossa palavra!

Equipe Editora Enterprising.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1: ARBITRAGEM JURÍDICA COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO: SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL.....08

Luiz Álvaro de Sousa Nogueira

Hamilton Tavares dos Prazeres

CAPÍTULO 2: NULIDADE NO INQUÉRITO POLICIAL E SUA CONSEQUÊNCIA EM JUÍZO.....22

Alessandra Prado Vilhena

Hamilton Tavares dos Prazeres

CAPÍTULO 3: A IMPORTÂNCIA DA MEDICINA LEGAL NO PROCESSO PENAL.....52

Aline Monique de Almeida Silva

Hamilton Tavares dos Prazeres

CAPÍTULO 4: ÁREAS DE PRESERVAÇÃO E A OMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL NAS MARGENS DO RIO CARINHANHA E RIO SÃO FRANCISCO NO MUNICÍPIO DE CARINHANHA-BA.....76

Catia Souza Caldeira

Daniel Braga Lourenço

CAPÍTULO 5: AS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO NO INQUÉRITO POLICIAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI 13.245/16.....103

Jéssica Letícia Viana Araújo

Orientador: Dr. Elpídio Paiva Luz Segundo

CAPÍTULO 6: AVANÇOS E PERSPECTIVAS DO FEMINISMO JURÍDICO A PARTIR DO CASO PARADIGMA CAROLINA MARIA DE JESUS: DE 1980 AOS DIAS ATUAIS.....133

Rita de Cássia Batista Santana

CAPÍTULO 7: RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DE ANIMAIS COM FULCRO NA TEORIA DA GUARDA: EXAME CRÍTICO NA MICRORREGIÃO DE GUANAMBI-BAHIA.....150

Welton de Souza Carvalho

Cinthia da Silva Barros

CAPÍTULO 8: UMA ANÁLISE DA COAUTORIA NO CRIME DE INFANTICÍDIO.....175

Camila Da Silva Machado

Francielle Monique Ferreira Batista

CAPÍTULO 9: DIREITO SISTÊMICO: UMA NOVA ABORDAGEM DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO JURÍDICO.....192

André Filipe Nepomuceno Miranda Leite

Victor dos Santos Bruce

CAPÍTULO 10: ADOÇÃO: EFEITOS JURÍDICOS E PSÍQUICOS DO NOVO ABANDONO DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE ANTES DA SENTENÇA TRANSITAR EM JULGADO.....216

Maria Luisa Prates Donato

Grazielle Lopes Santos Maia

APRESENTAÇÃO

Prezados(as) leitores(as),

É com muita satisfação que apresentamos o primeiro volume da Coleção intitulada “ESTUDOS AVANÇADOS EM CIÊNCIAS JURÍDICAS”, que reúne em seus 10 capítulos pesquisadores de diversas instituições com discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade. Tal obra visa dar publicidade a estudos e pesquisas frutos de árduos trabalhos acadêmicos que decerto contribuem, cada um a seu modo, para o aprofundamento de discussões na área do Direito Brasileiro, pois são pesquisas germinadas, frutificadas e colhidas de temas atuais que estão sendo debatidos nas principais universidades nacionais e que refletem o interesse de pesquisadores no desenvolvimento social e científico que possam impactar positivamente a qualidade de vida de homens e de mulheres.

A coletânea enfoca em seus capítulos, estudos que envolvem a prática jurídica, a doutrina jurídica e também jurisprudências atuais emitidas pelo poder judiciário sob a visão e entendimento dos autores e traz ricas contribuições para públicos diversos, entre eles, estudantes de graduação, de pós-graduação e profissionais que atuam ou pretendem atuar nos diversos âmbitos do direito bem como para a sociedade como um todo.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados, esperamos que os textos publicados contribuam para a formação intelectual e a reflexão crítica dos alunos, professores e demais leitores. Desejamos ressaltar, em nome de todos que compõem a Editora Enterprising, a nossa gratidão para com os pesquisadores cujos trabalhos aparecem aqui reunidos, que diante da dedicação, temos a oportunidade de nos debruçar acerca de assuntos atuais e pertinentes.

Sejam bem-vindos e tenham proveitosas leituras!

Equipe Editora Enterprising.

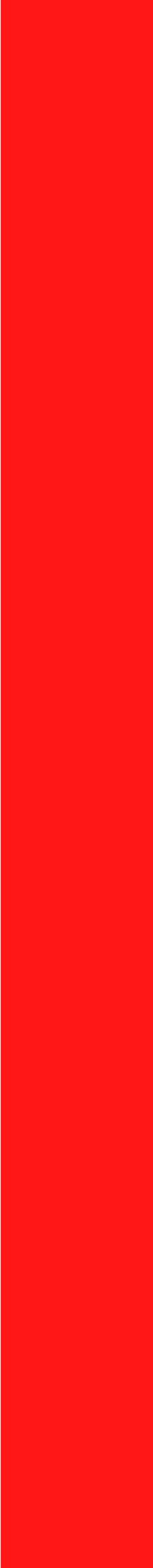


Capítulo 1

ARBITRAGEM JURÍDICA COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO: SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL

DOI: 10.29327/543049.1-1

Luiz Álvaro de Sousa Nogueira
Hamilton Tavares dos Prazeres



ARBITRAGEM JURÍDICA COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO: SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL

Luiz Álvaro de Sousa Nogueira

Hamilton Tavares dos Prazeres

RESUMO

Neste artigo demonstraremos algumas formas de pensamento que norteiam a utilização alternativa extrajudicial para resolução de conflito no meio jurídico sem utilizar do Estado/Juiz para administrar demandas que venham surgir em relação de contrato entre pessoas físicas e jurídicas e entre relação comercial internacional. Informado que a arbitragem é um método de resolução de disputas alternativo ao Poder Judiciário, que privilegia a flexibilidade, o sigilo e a celeridade da resolução de litígio e demonstrando de forma eficiente e adequada as vantagens. O mundo jurídico autonomia da vontade das Partes que participam integralmente do procedimento, escolhendo a sede da arbitragem, o idioma, os árbitros, etc. Sentença arbitral é realizada em prazo determinado pelas Partes ou de acordo com as regras aplicáveis, sendo de caráter definitiva e sem necessidade de homologação pelo poder judiciário e sem a existência de recurso

Palavras chaves: Arbitragem; Sentença; Arbitral; Solução de Conflito; Mediação.

ABSTRACT

In this article, we will demonstrate some ways of thinking that guide the extrajudicial alternative use for conflict resolution in the legal environment without using the State / Judge to manage demands that may arise in a contractual relationship between individuals and legal entities and between international commercial relations. Informed that arbitration is an alternative dispute resolution method to the Judiciary, which privileges the flexibility, secrecy and speed of dispute resolution and demonstrates the advantages efficiently and appropriately. The legal world autonomy of the will of the Parties that participate fully in the procedure, choosing the place of arbitration, the language, the arbitrators, etc. Arbitral award is made within a period determined by the Parties or in accordance with the applicable rules, being of a definitive nature and without the need for ratification by the judiciary and without the existence of an appeal

Key words: Arbitration; Sentence; Arbitration; Conflict Resolution; Mediation.

1. INTRODUÇÃO

1.1. A História da Arbitragem

Primitivamente, inexistindo um Estado forte capaz de superar os ímpetus individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares, o conflito era resolvido a partir da autotutela, sistema esse que não gera justiça, mas sim a imposição do mais forte sobre o mais fraco.

Diante da injustiça, buscou-se então uma forma de solução amigável e imparcial através de árbitros, pessoas de confiança mútua das partes a quem eram confiadas a resolução do litígio. Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes ou anciãos.

Assim, surgiu a arbitragem ou juízo arbitral, que foi uma das primeiras formas de solução de conflitos havidos entre as partes litigantes, mediante a intervenção de uma terceira pessoa.

1.2. A evolução legislativa no Brasil com o novo código de processo civil e a alteração da lei da arbitragem nº 13.129/2015

No Estado Brasileiro, o juízo arbitral viu-se regulamentado desde as Ordenações. Com a Independência, permaneceu vigendo as Ordenações Filipinas que contemplavam em seu texto o juízo arbitral, cuja aplicação fez-se presente, pelo legislador pátrio, desde o Decreto nº 737, de 1850, que disciplinou a arbitragem, tornando-a obrigatória em determinados casos, para a solução de litígios entre comerciantes.

O Código Comercial de 1850 (instituído pela Lei nº 556, de 1850) estabeleceu o juízo arbitral necessário nas questões oriundas de contrato mercantil (*art. 245, Todas as questões que resultarem de contractos de locação mercantil serão decididas em Juízo arbitral*) e nas questões sociais entre sócios (*art.244*) e outros (*arts. 302, § 5º (equivale ao item n.5), 348, 736,739,750 e 846*). A Lei n.º 1350 de 1850, revogou a obrigatoriedade porque repugnava à própria natureza do instituto.

O Código Civil de 1916 reformulou o instituto em seus arts. 1037 a 1048, mas em nada inovou. O Código de Processo Civil de 1939, em seus art.103 e seguintes, trouxe um novo pensamento com o Código de Processo Civil de 1973, e seguida com as modificações do Novo Código de Processo Civil de 2015, vem sendo consolidada nos seguintes artigos 42.69,§1º. 189, IV.190. 237, X IV e parágrafo único. , 260 §3º, 267,337 X e §6º, 485, VII, 515, III e VII e 516 III, já em 1996 foi regulada pela Lei 9.307, de

23/09/96, ocorrendo em grande avanço legislativo e finalmente alterada pela Lei 13.129 de 26/05/2015.

1.3. Vantagens e a juridicidade

Tem como natureza jurídica o *pacta Sant servanda* e possui algumas, como por exemplo:

I- Podemos entender que na arbitragem o processo é mais rápido que na jurisdição onde o Estado administra, uma vez que não há burocracia regimental interna ou seja os prazos que existem soa curtos e poucos, e o processo caminha de acordo com a vontades das partes, fator muito importante no mundo dos negócios, onde a velocidades das decisões precisa acompanhar a velocidade da economia em uma sociedade de consumo;

II- Habilidades: os árbitros são especialistas;

III- Democrática: as partes escolhem o Foro;

IV- Previsível: as partes não se submetem ao risco natural do juízo, pois o árbitro é escolhido pelas partes;

V- Caráter sigiloso: não se dá publicidade da decisão arbitral, o que se mostra muito conveniente, pois a intenção moderna é justamente resolver questões comerciais, nacionais e internacionais, onde muitos desses dissídios envolvem segredo industrial e questões técnicas, em que a descrição é inerente ao próprio negócio da empresa litigante.

VI - Econômica: o ônus fica por conta das partes litigantes e a eles cabem decidirem sobre como pagarão os honorários e de sucumbência ou seja as custas do processo arbitral.

1.4. Capacidade do Árbitro

A Lei de Arbitragem expõe em seu art. 13 que pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. Contudo, as relações que se estabelecem entre o árbitro e as partes são de direito público; tratando-se então de direito público em sentido lato, ficam equiparados a funcionários públicos, para efeitos da legislação penal (art.17). Ademais os árbitros estão sujeitos a impedimentos e suspeições (art.14). O problema ocorre exatamente quando as partes não dispuseram a respeito na convenção (o que é o ideal), ou quando não existir previsão no regulamento (*como também ocorre em arbitragem ad hoc*). E o problema real não encontrou solução na reforma da lei de arbitragem, perdendo-se uma excelente oportunidade para iniciar uma fase de cognição

processual. Assim, continua vivo o debate a respeito, sendo com mais detalhes apresentada nossa posição.

“Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”.

2. PROCEDIMENTO ARBITRAL

A legislação brasileira não estabelece procedimento específico ou mesmo regramento para o desenvolvimento da arbitragem, deixando ao alvitre dos interessados, ou subsidiariamente dos árbitros— a eleição do rito a ser seguido poderá ser escolhido pelas partes conforme explicita o art. 21, *caput* e § 1.º, da Lei 9.307/1996. Torna-se um fato, desde que obedecidos os princípios estabelecidos pelo § 2.º do art. 21, qualquer procedimento utilizado é tido como válido, mormente porque estabelecido em concordância com o interesse das partes.

O procedimento arbitral já sofreu algumas alterações e está previsto no art. 19, que foi acrescentado pela Lei n.13.129 de 2015, que inseriu os §§ 1º e 2º à 22 da Lei 9.307/96, e compreende a mediação, a conciliação (arts. 21, § 4º, e art. 28), a instrução (art. 21 e 22) e a sentença arbitral, sendo que esta última será tratada no capítulo a seguir.

Aceita a nomeação pelo(s), árbitro(s), considera-se instituída a arbitragem conforme estabelece o art.19 da Lei de Arbitragem.

Na mediação, o mediador aproxima as partes num momento em que estas ainda não se veem como adversárias, isto é, quando elas próprias encontram a solução do conflito com auxílio do mediador.

Na conciliação, as partes já se consideram adversárias. Então, o conciliador ouve os argumentos e as razões de um e outro e propõem uma solução, que as partes aceitam ou não. Geralmente, o conciliador é um especialista no tema ou assunto do conflito.

3. SENTENÇA ARBITRAL PARCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Ainda que hoje não haja dúvidas quanto à possibilidade de se proferir de sentenças arbitrais parciais e finais no Direito Brasileiro, o que somente se confirmou com a reforma dos arts. 23 e 33 da Lei de Arbitragem, a lei permanece – e, ao que tudo indica, permanecerá – silente quanto a diversas questões relacionadas a esse tipo de decisão. Por esse motivo, para que se possa entender melhor as consequências práticas da adoção de sentenças parciais, faz-se necessária uma análise mais detida de primeiro, sua previsão legal; segundo, seu conceito; terceiro, seu cabimento; quarto, sua configuração; e quinto sua eficácia.

3.1. Previsão Legal

O Capítulo V da Lei n. 9.307/96 é elencada à sentença arbitral, sendo que, até 2015, o termo “sentença” anteriormente foi tratado de forma ampla, sem fazer qualquer distinção entre sentença arbitral parcial e sentença arbitral final. Segundo alguns autores, como Carlos Alberto Carmona, quando de sua adoção, o art. 29 da Lei n. 9.307/96, ao prever o proferimento da sentença como termo para esgotamento da jurisdição dos árbitros, transmitia o entendimento de que só haveria uma única sentença em todo o procedimento. A sentença, então, finalizaria o procedimento arbitral, pacificando o litígio que as partes assim expuseram aos árbitros. Para a arbitragem os dispositivos seguintes ao art. 29 criavam um sequenciamento que esclareceria, ainda mais nitidamente, que, para o ordenamento brasileiro, a prolação de sentenças parciais confrontava o devido processo legal.

Nesse viés, ao lado, alguns autores, como Arnoldo Wald, seguiam o entendimento de que, não só nunca houve qualquer proibição legal no Direito Brasileiro no que tange ao proferimento de sentenças parciais, como também das disposições contidas na Lei de Arbitragem, podia-se inferir a possibilidade de serem prolatadas pelos tribunais arbitrais e árbitros diversas decisões no âmbito de um único procedimento, sejam elas preliminares, interlocutórias ou finais. Da mesma forma, Eduardo Parente afirmava que, caso as partes assim requeressem aos árbitros, não havia qualquer impedimento na Lei de Arbitragem ao regular proferimento de sentenças parciais.

Dessa forma, passou-se a entender que o juiz está autorizado a cindir o mérito do processo, sendo permitido, conseqüentemente, que profira sentenças parciais quando entender cabível. Com a reforma da sistemática processual estatal, mesmo aqueles autores que defendiam que a Lei de Arbitragem não permitia a prolação de sentenças parciais,

como é o caso do Prof. Carmona, passaram a compartilhar do entendimento de que podem as partes autorizar, expressamente, o proferimento desse tipo de sentença pelo tribunal arbitral. Ainda que se tenha encerrado, em certa medida, a discussão sobre este tema, os autores deste trabalho compartilham do entendimento de que, mesmo antes da reforma do processo estatal e da Lei de Arbitragem, já se admitia o uso de sentenças parciais no Direito Arbitral Brasileiro.

A Lei de Arbitragem Brasileira no art. 21 dispõe que a arbitragem será realizada de comum acordo com o estipulado na Convenção de arbitragem, que poderá indicar as regras de um órgão arbitral ou Entidade especializada. Nesse sentido, segundo Cláudio Vianna de Lima, a Lei Brasileira de Arbitragem foi coerente ao deixar de apontar regras procedimentais subsidiárias, abstendo-se a prever disposições imperativas mínimas, que asseguram que o procedimento não viole o devido processo legal e o Estado de Direito. Logo, embora houvesse falta de previsão legal expressa que sobre o proferimento de sentença parcial, a Lei sempre permitiu que as partes e os árbitros adotassem normas procedimentais que prevejam em seu corpo a possibilidade de prolação de sentenças parciais, desde que não ofendesse os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro, seu livre convencimento, os bons costumes e a ordem pública.

Exige a lei que a sentença arbitral seja dada em documento escrito (art. 24), que contenha os requisitos do art. 26 da Lei 9.307/1996. Assim, deverá esta sentença (de forma semelhante ao que ocorre com a sentença judicial) conter relatório, fundamentação e dispositivo, além de indicar a data e o local em que foi dada e estar assinada pelo árbitro ou pelos árbitros que a elaboraram. No relatório, é obrigatória a menção aos nomes dos litigantes, sendo o espaço para que os árbitros apresentem uma síntese do litígio a eles submetido. Na fundamentação da sentença arbitral, deverão os árbitros avaliar as questões de fato e de direito componentes das razões do litígio, indicando as razões que os levam a decidir de tal ou qual forma. É nesse momento que se estabelecem as premissas do julgamento, com o exame dos argumentos trazidos pelas partes, das provas produzidas e dos elementos relevantes para a formação do convencimento dos árbitros. (Novo Curso de Processo Civil – Volume 3 – 2.^a edição, PARTE VII - O PROCEDIMENTO ARBITRAL.2016.pg....)

O art. 23 da Lei de Arbitragem passou a contar com um novo parágrafo, acrescentando que os “árbitros poderão proferir sentenças parciais”, nesse sentido passa ter força a decisão do árbitro quando de seu posicionamento frente às decisões. A nosso ver, por meio desta alteração, se ainda restava alguma dúvida nesse sentido, sobre a possibilidade de prolação de sentenças parciais não está mais vinculada à decisão das partes envolvidas no processo, de forma que, nascendo nova modificação desse último

sem que se derogue expressamente a norma arbitral, ainda se admitirão sentenças parciais na arbitragem.

Confirma-se do exposto acima que, anteriormente, não havendo proibição pela Lei n. 9.307/96, mas sem haver a devida autorização em lei nesse sentido, o proferimento de sentenças parciais é questão atinente ao procedimento, de forma que o árbitro pudesse realizar o procedimento mediante autorização das partes, seja por meio da convenção de arbitragem, inclusive quando da escolha de um regulamento institucional, ou até mesmo por meio da Convenção de Arbitragem. Nesse sentido, Carmona defendia que as partes seriam os únicos agentes capazes de autorizar a prolação de sentenças parciais. Sendo que os árbitros não poderiam decidir sem a anuência das partes.

Nesse caso, assim como em outras questões especiais que possuem relações aproximadas com o devido processo legal, como no caso de produção de provas, diante de uma situação em que seria conveniente o proferimento de sentença parcial, ainda que os árbitros possam proferi-la de ofício, é aconselhável que as partes sejam consultadas ou que tenham a oportunidade de se manifestar a esse respeito, para que os árbitros não possam futuramente ser questionados pelas partes envolvidas no processo.

3.2. Conceito

Mesmo não havendo previsão sobre uma definição especial para “sentença arbitral”, a LARB- Lei de Arbitragem Brasileira, equiparou à sentença estatal, dispondo em seu art. 31 que ela “produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário” trazendo nesse novo escopo força a decisão realizada na arbitragem brasileira. É provavelmente em decorrência desta equiparação que se tem atribuído à sentença arbitral a mesma importância conferida àquela sentença estatal, em sentido ampliado, é a decisão por meio da qual, a partir dos argumentos e provas trazidos ao durante a instrução processual, o julgador – juiz ou árbitro – resolve as questões fáticas e jurídicas defendidas pelas partes na autocomposição.

A sentença arbitral não se sujeita a recurso de qualquer espécie, nem a homologação judicial (art. 18). Poderá, porém, aparte interessada requerer ao árbitro (ou ao tribunal arbitral) no prazo de cinco dias – ou em outro, estabelecido na convenção de arbitragem –, contados da ciência da sentença arbitral, com comunicação ao seu adversário, que corrija eventual erro material contido naquela decisão ou até mesmo que esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição, ali presente, ou mesmo supra possível omissão verificada. Esta possibilidade, semelhante aos embargos de declaração previstos na legislação processual comum, visa, como é claro, a evitar a entrega

de decisão defeituosa, que depois encontre dificuldade em ser cumprida ou mesmo entendida – pelas partes e, eventualmente, pelo Poder Judiciário, havendo a necessidade de sua execução ulterior. Apresentado o requerimento de esclarecimento/retificação da sentença, deverão os árbitros a seu respeito pronunciar-se em dez dias, ou em prazo acordado com as partes, aditando a sentença se for o caso, e comunicando as partes após, de forma idêntica à comunicação referente à sentença. (Novo Curso de Processo Civil – Volume 3 – 2.ª edição, PARTE VII - O PROCEDIMENTO ARBITRAL.2016.pg.....)

No que se refere à sentença arbitral, faz-se necessário interpretar o art. 29 da Lei de Arbitragem como disposição que prevê um termo para a jurisdição do árbitro, para que ele possa executar o processo na íntegra ou em parte, e não como uma disposição que impede o prosseguimento da arbitragem sempre que for proferida uma sentença. Posto isso, conceituamos a sentença arbitral, mais importante do que o efeito de encerramento do processo é o caráter que definiu decisão quanto à questão controvertida que se pretende resolver.

É de suma importância a definição trazida por Rodrigo Garcia da Fonseca: Sentença é aquele pronunciamento do juiz que resolve definitivamente a questão que lhe é colocada no feito, pelo autor diante do réu. A sentença decide acerca do(s) pedido(s), tocando o mérito ou não, conforme o caso, mas definitivamente na instância em que é proferida, quanto à matéria resolvida.

A definição apresentada está em perfeita equilíbrio com aquela adotada pela doutrina no que diz respeito da arbitragem internacional, no sentido de que sentença arbitral é uma decisão final dos árbitros quanto a uma determinada questão a eles submetida sobre qualquer que seja o litígio. Vale observar a importância de se distinguir os pensamentos que são traçados pela doutrina internacional: toda sentença é “final” no sentido de que possui efeito vinculante e produz efeito *res judicata* entre as partes, de modo que não pode ser reapreciada pelo tribunal arbitral; mas nem toda sentença é “final” no sentido de que põe fim ao procedimento, resolvendo todas as questões controversas. Desta maneira, se nem toda sentença arbitral finaliza o litígio, mas marca a resolução final de um conflito ou matéria, é plenamente possível que se tenha, em um mesmo procedimento, mais de uma sentença, de modo que somente aquela por meio da qual o tribunal arbitral tiver finalmente decidido toda a controvérsia será capaz de encerrar a arbitragem e a função jurisdicional dos árbitros encerra-se os efeitos do seu mister.

3.3. Cabimento

O árbitro ao ser escolhido para administrar um processo arbitral, está nas suas mãos a forma definir as sentenças arbitrais parciais que pode trazer uma série de vantagens ao procedimento e, mais especificamente, às partes. Aquela que provavelmente chama maior atenção é a potencial redução de custos, na medida em que a resolução gradativa do litígio permitirá melhor definição do escopo de suas decisões no decorrer da instrução processual. Pode ser dito quanto às decisões sobre a responsabilidade das partes antes da quantificação da condenação, que poderão reduzir ou de todo evitar o dispêndio de tempo e dinheiro com a condução de uma perícia técnica extensa para a determinação dos valores a serem pagos pelo demandado ao demandante.

Sendo que, decisões emitidas por tribunal poderão auxiliar na composição amigável do litígio, dando elementos suficientes às partes para que repense sua posição em relação a algumas das matérias ali debatidas. Com efeito, os exemplos de questões com resolução por meio de sentenças parciais mais citados por autores brasileiros e estrangeiros são de decisões sobre competência dos árbitros, lei aplicável, prescrição, responsabilidade das partes e quantificação de danos, conforme sustenta os doutrinadores da arbitragem.

Entretanto, no Direito Brasileiro, ainda muitas vezes se faça referência a expressões de cunho restrito como sentença parcial ou julgamento de parte das questões ou pedidos de mérito, ao definir as sentenças parciais meramente como sentenças que não põem fim à arbitragem, bem como as finalidades buscadas com seu proferimento ampliam exponencialmente a gama de questões que podem ser objeto desse tipo de decisão. À luz de todo o exposto, para que possam classificar sua decisão como uma sentença que atenda parte do litígio, o árbitro deverá analisar o processo para ver se é necessário instrução processual e ainda assim ver se a sentença possui um caráter de por fim ao negócio jurídico.

Isso quer dizer que, mesmo quando a decisão estrangeira for chamada de “sentença”, se não definir uma questão como se verdadeira sentença fosse, não poderá ela ser reconhecida como tal. Da mesma forma, em alguns casos, embora não carregue o nome “sentença”, a decisão estrangeira que resolver, definitivamente, alguma das controvérsias trazidas perante o tribunal arbitral poderá ser reconhecida conforme a Convenção de Nova Iorque.

Portanto, a doutrina internacional, em nosso ordenamento, para a classificação de uma decisão como sentença parcial, inclusive para fins de cumprimento perante o Poder Judiciário, deve ser dada maior importância à sua função e ao seu efeito do que à qualificação conferida pelo tribunal arbitral.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Brasileiro já admita a questão de sentenças arbitrais parciais, mas mediante autorização das partes. Com a reforma da Lei de Arbitragem, a Lei Brasileira inverteu a dinâmica do sistema anteriormente vigente e nasce de fato a sentença parcial e a sentenças cautelares e de urgência para que o árbitro pudesse exercer com mais autonomia seus múnus públicos no momento que administra a arbitragem entre as partes que assim as partes autorizaram sua atuação mediante nomeação e o aceite do árbitro enquanto Juiz da causa.

Decorre da análise conduzida ao longo deste trabalho que as sentenças arbitrais (parciais, finais e cautelares de urgências) são decisões que põem fim ao litígio envolvendo questões controversas entre as partes que demandam entre si e que envolvem direitos disponíveis.

Dessa forma, os requisitos das sentenças dispostos na Lei de Arbitragem e na reforma em 2015, aqueles previstos em seus arts. 22-A, 22-B, 24 e 26, que esclarece as sentenças parciais, finais e as cautelares. Com isso também se demonstra mais de uma forma de anulação da sentença, aplicando-se também às sentenças parciais e finais e nas cautelares disposto, no instituto dos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem e no artigo 1.061 do Novo Código de Processo Civil.

No primeiro momento da prolação da sentença arbitral passa a permitir, sem ressalvas, o que, com a reforma, passará a decorrer da Lei e não mais exclusivamente da vontade das partes que passaram a desfrutar de mais dois instrumento de decisões arbitrais. Nesse sistema foi instituído formas de recursos e de possíveis anulação de sentenças arbitrais incluído ai as cautelares com prazos estabelecidos.

No entanto, pode existir possibilidades de existência de opções de anulação de sentenças arbitrais e cautelares em fase execução quando o devedor poderá arguir sobre a anulação do objeto da ação, que poderia ponderar benefícios e riscos dos dois extremos acima narrados como forma se garantir a efetividade da ação do juízo arbitral. Logo as partes estabelecem os limites dos poderes do árbitro ou do tribunal arbitral quando houver

a necessidade de sua formação, podendo as partes envolvidas no litígio limitar o proferimento de sentenças parciais, finais e de cautelares em suas decisões ao atorem como juiz da causa.

Ao estabelecer uma série de opções para que as partes possam estabelecer que forma elas podem desfrutar da resolução do litígio e no final haja decisões/sentenças arbitrais parciais, em diversas questões preliminares ou prejudiciais surgidas ao longo do procedimento arbitral, com isso pode ser reduzido o risco de serem propostas demandas anulatórias paralelamente ao procedimento que corre em sede de juízo arbitral.

Ao expor todo um contexto sobre as ocorrências no processo arbitral, resta claro que a escolha das partes pelas sentenças de caráter parcial, sendo que estas opções são expostas para os litigantes a fim de que eles possam se adequar às decisões prolatadas em sede de arbitragem.

5. REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lâmega Lamego. A Lei de arbitragem comentada. São Paulo: Saraiva, 1997

CARRETEIRO, Mateus Aimoré, Tutelas de urgência e arbitragem. São Paulo: p.xx, 1.ed. da obra Manual de direito empresarial, Editora Revistas do Tribunais, 2017.

CASELLA, Paulo Borba. “Efetividade da Nova Lei”. In: CASELLA, Paulo Borba. Arbitragem - a nova lei brasileira e a praxe internacional. São Paulo, LTr, 1997, pp. 13-20.

Direito Processual Civil, Código de Processo Civil, Anotado, Prática Forense. Ordens dos Advogados do Brasil. Seção Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2015.

LUIZ GUILHERME DE MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART E DANIEL MITIDIERO. TUTELA DOS DIREITOS MEDIANTE PROCEDIMENTOS DIFERENCIADOS. Novo Curso de Processo Civil – Volume 3 – 2.ª edição. Editora. Revistas dos Tribunais. 2016.

REFORMA DA LEI DE ARBITRAGEM, Comentário ao Texto Completo, Lei n.9.307 de 23 de setembro de 1996 com as alterações da Lei n. 13.129 de 26 de maio de 2015. Aldemar Mota Junior, Asdrubal Franco Nascimento, Daniel Fabio Jacob Nogueira, Francisco Maio Neto, Joaquim de Paiva Muniz, Leandro Rennó e Ney Bastos Soares Junior.

Arbitragem - Estudos Sobre A Lei Nº 13.129, de 26-5-2015. Freire, Alexandre / Rodovalho, Thiago / Francisco José Cahali. p.89.Saraiva.2015

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio, Manual de arbitragem: mediação e conciliação. Rio de Janeiro: p.xx, 7ª.ed.rev., atual e ampl, Editora Forense, 2016.

MUNIZ . Tania Lobo, Arbitragem No Brasil e A Lei 9.307/96

Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III / Humberto Theodoro Júnior.pg.113-114. 47^a. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / Humberto Theodoro Júnior. pg.314. 56^a. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. São Paulo: p.1176, ed.21^a Saraiva, 2017.

ABREU, CAPISTRANO DE. O descobrimento do Brasil. 2.ed.

Manual de Mediação Judicial, 2015, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, COMITÊ GESTOR NACIONAL DA CONCILIAÇÃO Praça dos Três Poderes, Supremo Tribunal Federal, Anexo I, 3º andar gab. B304 CEP 70.175-901, Brasília – DF, Brasil. (61) 2326-4967 e-mail: conciliar@cnj.jus.br www.cnj.jus.br.

MEIRELLES, Helly Lopes/.JOSE EMMANUEL, Burle Filho. Direito administrativo brasileiro. 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NUSDEO, Fábio. Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NUSDDEO, Fábio. A nova lei brasileira. São Paulo: LTR
Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STJ/Resol/9_05.html.
SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio, Manual de arbitragem: mediação e conciliação. 7^a.ed.rev.,atual e ampl, Rio de Janeiro, Editora Forence, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Arbitragem: perspectivas., Revista Consulex, Ano I, n. 10, out/1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

LEI Nº 556, DE 25 DE JUNHO DE 1850, Código Comercial do Império do Brasil. Disponível em:< <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 19/09/2018.

STJ - REsp: 712566 RJ 2004/0180930-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/08/2005, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 05/09/2005 p. 407 . Disponível em:< <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7204918/recurso-especial-resp-712566-rj-2004-0180930-0-stj/relatorio-e-voto-12951843>

Autores:

Luiz Álvaro de Sousa Nogueira: Especialização em MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM - VERBO JURIDICO/2019. Especialização em DIREITO ADMINISTRATIVO- FAVENI/2017. BACHAREL EM DIREITO – FABRAN/2018. LICENCIATURA EM HISTÓRIA- UVA-CE/2009. Espetor da Guarda Civil do Município de Macapá. Faculdade Brasil Norte – FABRAN-Email: lalvaronogueira@yahoo.com.br

Hamilton Tavares dos Prazeres: Pós-graduado: MBA em Gestão Estratégica em Recursos Humanos - FCA. MBA - Gestão das Organizações Sociais pela Centro de Ensino Superior do Amapá - CEAP. Docência do Ensino Superior e Educação Digital - FCA. Bacharel em Ciências Econômicas pelo Centro de Ensino Superior do Amapá - CEAP. Formação Binacional em Practitioner em PNL - CBS. Atualmente, professor da Faculdade Cristão da Amazônia. Diretor Geral da HTP TREINAMENTOS. Credenciado da Escola de Administração Pública do Estado do Amapá. Professor da Faculdade Ensino Superior da Amazônia. Professor da Faculdade Brasil Norte - FABRAN nos Cursos de Direito, Administração e Contabilidade. Experiência nas áreas Administrativa e Financeira.

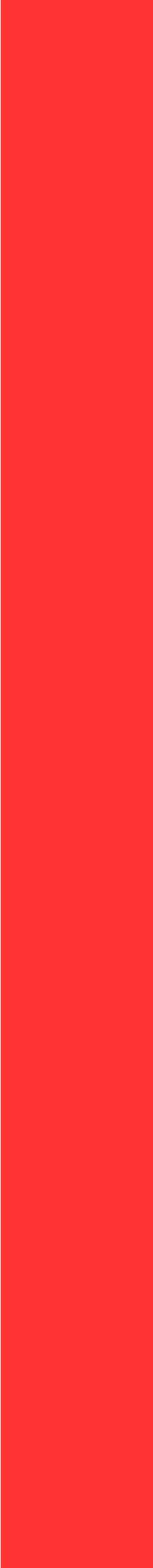


Capítulo 2

NULIDADE NO INQUÉRITO POLICIAL E SUA CONSEQUÊNCIA EM JUÍZO

DOI:10.29327/543049.1-2

Alessandra Prado Vilhena
Hamilton Tavares dos Prazeres



NULIDADE NO INQUÉRITO POLICIAL E SUA CONSEQUÊNCIA EM JUÍZO

Alessandra Prado Vilhena

Hamilton Tavares dos Prazeres

RESUMO

Este trabalho faz uma análise sobre os “Vícios ocorridos no Inquérito Policial” e as consequências na conduta, bem como na elaboração do Inquérito Policial. Abordando o contexto histórico do Inquérito Policial. O presente estudo também apresenta o Inquérito Policial como uma espécie de Investigação Preliminar, realizada pela Polícia Judiciária com o objetivo de apurar infrações penais e sua autoria. Além de analisar os vícios do Inquérito Policial e suas consequências que podem levar ao encerramento ou nulidade do próprio Inquérito Policial, bem como gerar possíveis nulidades na ação penal. Sem contar com as consequências irreparáveis aos injustiçados, tendo em vista que não há o que se falar em erro, sem analisar as pessoas envolvidas nesse processo. Por fim, estudos de caso que mostram na prática a importância de se averiguar com clareza e exatidão os casos investigados. Bem como da necessidade de sanar tais vícios em tempo hábil, não tornarão nulo o processo penal subsequente a fim de se evitar que inocentes sejam prejudicados, preservando dessa forma uma conceituação melhor da justiça tanto em âmbito nacional, quanto internacional tendo em vista que os casos relatados acontecem todos os dias sem distinção de nacionalidade.

Palavras-chave: Inquérito. Policial. Nulidades. Ação. Penal.

ABSTRACT

This paper analyzes the “Defects in the Police Inquiry” and the consequences for conduct, as well as in the preparation of the Police Inquiry. Addressing the historical context of the Police Inquiry. The present study also presents the Police Inquiry as a kind of Preliminary Investigation, carried out by the Judiciary Police with the aim of investigating criminal offenses and their authorship. In addition to analyzing the vices of the Police Inquiry and its consequences that can lead to the closure or nullity of the Police Inquiry itself, as well as generating possible nullities in criminal action. Not counting the

irreparable consequences of the injustices, considering that there is nothing to talk about in error, without analyzing the people involved in this process. Finally, case studies that show in practice the importance of investigating the cases investigated clearly and accurately. As well as the need to remedy such vices in a timely manner, they will not render the subsequent criminal process null and void in order to prevent innocents from being harmed, thereby preserving a better conceptualization of justice both nationally and internationally, and taking into account as the reported cases happen every day without distinction of nationality.

Keywords: Police. Inquiry. Nullity. Criminal. Action.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho pautou-se na análise dos “vícios ocorridos no Inquérito Policial”, suas consequências na condução, bem como na sua elaboração. Além de mostrar os pontos citados anteriormente, também mostra que os vícios ocorridos no Inquérito Policial, são classificados como irregularidades, podendo gerar trancamento ou nulidade do próprio Inquérito Policial, bem como criar eventuais nulidades na ação penal.

O Inquérito Policial possui natureza investigativa e preliminar, feito pela Polícia Judiciária e destinada à apuração das infrações penais e sua autoria, tendo natureza jurídica de procedimento administrativo pré-processual. As irregularidades ocorridas durante a investigação preliminar podem ensejar a nulidade do próprio Inquérito Policial, bem como gerar nulidades no processo penal subsequente, embora o entendimento majoritário compreenda que, eventual ilegalidade no Inquérito Policial não gera reflexos na ação penal.

Dentre as inúmeras sustentações utilizadas pela jurisprudência com intuito de afastar a tese de nulidade do processo por vícios do inquérito, menciona-se a arguição de que o inquérito policial é dispensável para o oferecimento da denúncia. Entretanto, ignora-se que, quase sempre, a denúncia é acompanhada de um inquérito.

Frisa-se, que as eventuais irregularidades ou ilegalidades na condução do inquérito podem vir a contaminar o consequente processo criminal, gerando eventuais nulidades. Dessa forma, certas ilicitudes poderão, ao seu turno, ensejar no próprio trancamento do Inquérito Policial ou a nulidade do mesmo.

O entendimento majoritário requer uma reflexão mais profunda, tendo em vista que é indiscutível que o inquérito policial não produz exclusivamente elementos de

informação, porém contribui consideravelmente para a formação da convicção do julgador.

Assim sendo, pode-se verificar a importância do estudo para a sociedade brasileira, tendo em vista que as eventuais nulidades decorrentes do Inquérito Policial podem gerar certas nulidades no processo penal subsequente.

Tais afirmações possuem o intuito de se esclarecer, desde logo, que o presente estudo não esgota o assunto, dada a sua natureza complexa. Na verdade, o estudo é um convite para a análise do tema, onde o leitor refletirá acerca das informações colocadas à disposição.

2. CONCEITO DE INQUÉRITO POLICIAL

Em concordância com Lenza (2013, p.62), inquérito policial é um trâmite investigatório instaurado com intuito de esclarecer uma determinada infração penal, composto por diversas diligências, objetivando a obtenção de elementos de prova para que o titular da ação tenha condições de propô-la contra o acusado.

Nessa mesma linha Capez (2012, p.111):

O conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º). Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial.

Assim, o Inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela autoridade policial, como objetivo de encontrar a autoria e materialidade do crime para posteriormente encaminhar ao titular da ação penal, que é o Ministério Público, e depois esse oferecer a denúncia ou queixa crime para a propositura da ação penal, ou se entender que seja caso de arquivamento, requerer o mesmo.

De acordo com:

Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria. (NR dada ao caput pela Lei nº 9.043, de 09.05.1995)

Consequentemente, o inquérito policial possui o objetivo, de condescender para a formação da convicção do representante do Ministério Público, bem como de colher provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do fato tido como crime.

3. CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial, em sua fase pré-processual do processo penal, tem características essenciais para poder ter um final satisfatório, sendo elas: escrito, sigiloso, oficial, oficioso, indisponível, dispensável, inquisitivo e discricionário.

Vejamos cada um detalhadamente a seguir.

3.1. Escrito

Necessário se faz que as peças do inquérito policial em um processo, serão reduzidas a escrito e rubricadas pela autoridade policial, conforme Código de Processo Penal.

Vejamos:

Art. 9º, CPP - Todas as peças do inquérito policial serão, num só processo, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

É forma natural de se efetivar procedimentos de natureza pública, pois como relata Renato Marcão (2014, p.119): “é inconcebível a forma verbal, e imprescindível seja ele materializado na forma escrita”. Todavia, o presente dispositivo deve ser interpretado de forma progressiva, a fim de permitir que a norma acompanhe as inovações tecnológicas de mídia digital.

3.2. Sigiloso

De fato, a regra é a publicidade dos atos públicos, incluindo o inquérito policial, de acordo com os dispositivos constitucionais 5º, XXXIII e 37. Vejamos:

Art. 5. XXXIII. todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

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

Porém, na maioria das vezes o sigilo no decorrer do inquérito policial é indispensável para a própria eficácia das investigações, o art. 20 do CPP: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade” informa que o interesse do sigilo se refere a elucidação dos fatos no interesse da sociedade.

Frisa-se que, com relação ao acesso do advogado ao inquérito policial, o Supremo Tribunal Federal editou Súmula Vinculante nº14: “É direito do defensor, no interesse do representado ter acesso amplo aos dados de prova, que, já documentados em processo investigatório efetivado por órgão com capacidade de polícia judiciária, articulem consideração ao exercício do direito de defesa” dessa forma, determinada súmula afirma que o defensor tem direito a ter acesso aos autos, desde que esteja no interesse do representado e, com certa restrição às informações já documentadas e, não aos que estão em andamento, pois poderiam intervir no sucesso da diligência que estaria em andamento.

3.3. Oficial

A fase pré-processual é um conjunto de procedimentos investigatórios e, deverá sempre, sem exceção alguma, ser realizada por órgãos oficiais, ou seja, a pretensão punitiva deverá ser efetivada por agente públicos. As diligências não poderão ser realizadas por particular mesmo que a ação seja privada ou dependa de representação do ofendido. Capez (2014) explica:

A Constituição consagra o princípio da oficialidade ao dispor que a ação penal pública é privativa do Ministério Público (CF, art. 129, I) e que a função de polícia judiciária incumbe à polícia civil (CF, art. 144, § 4º, c/c o CPP, art. 4º). O sistema admite exceções, como, por exemplo, a ação penal privada, incluindo-se a privada subsidiária da pública, cabível no caso de desídia do órgão ministerial (CF, art. 5º, LIX), e a ação penal popular, para os casos de crimes de responsabilidade praticados pelo procurador geral da República e por ministros do Supremo Tribunal Federal (Lei n. 1.079/50, arts. 41, 58, 65 e 66).

3.4. Oficioso

Via de regra, a autoridade policial não precisa ser provocada para começar as diligências, a autoridade age de ofício (*ex officio*), ação garantida pelo princípio da obrigatoriedade, conhecido também como o princípio da legalidade.

Com relação a instauração do inquérito policial tem oficiosidade relativa, em virtude da ação penal de iniciativa privada, bem como de ação penal pública condicionada, ela deverá obrigatoriamente ser impulsionada pela vítima. Em conformidade com o artigo 5º do Código de Processo Penal. Vejamos:

Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo (...)
 § 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado. § 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

3.5. Indisponível

É vedado a autoridade policial arquivar autos do inquérito policial. O arquivamento é requerido pelo representante do Ministério Público, que vai ser analisada posteriormente pelo Juiz. O delegado não é o titular da ação penal, conforme preceitua o art. 17 do CPP.

3.6. Dispensável

A existência do inquérito policial não é obrigatória e nem necessária para o desencadeamento da ação penal, conforme prevê o Código de Processo Penal no art. 12. *In verbis*: Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

Sendo assim, Fernando Capez explicita que “inquérito policial na persecução penal não possui estágio obrigatório, sendo capaz de ser dispensado caso o Ministério Público ou ofendido desfrute de elementos suficientes para a propositura da ação penal”

Assim, verificamos que o nosso ordenamento jurídico permite que a denúncia ou queixa possa ser oferecida sem a instauração do Inquérito, mas desde que estas possuam indícios suficientes de autoria de materialidade. Em concordância com o Código de Processo Penal no seu art. 39§5: “o órgão do Ministério Público recusará o inquérito, se em consonância com a representação constituírem concedidos componentes que o qualifiquem quanto a promoção da ação penal, e neste caso, ofertará a denúncia no prazo de quinze dias”.

Frisa-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é pacífico sobre o tema:

Não é essencial ao oferecimento da denúncia a instauração de inquérito policial, desde que a peça acusatória esteja sustentada por documentos suficientes à caracterização da materialidade do crime e de indícios suficientes da autoria (RTJ,76/741).

Diante do exposto, verifica-se que o inquérito policial não possui obrigatoriedade para a formação da persecução penal.

3.7. Inquisitivo

O inquérito policial possui caráter inquisitivo, ou seja, unilateral. Não há observância do princípio do contraditório e da ampla defesa, em virtude de se tratar de um procedimento de natureza administrativa e, não de processo judicial ou administrativo. Já que dele não resulta qualquer sanção. Nesta fase o investigado é somente objeto de uma suspeição por parte da autoridade policial, que tem a finalidade de chegar a uma conclusão sobre a autoria e a materialidade dos delitos.

Nesse sentido, ensina NUCCI (2015, p.124):

O inquérito é por sua própria natureza, inquisitivo, ou seja, não permite ao indiciado ou suspeito a ampla oportunidade de defesa, produzindo e indicando provas, oferecendo recursos, apresentando alegações, entre outras atividades que, como regra, possui durante a instrução judicial.

Nessa mesma linha aduz Capez (2006, p. 79):

Caracteriza-se como inquisitivo o procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para a sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias aos esclarecimentos do crime de sua autoria

Tais afirmações deixam claro que por possuir natureza inquisitiva, no inquérito policial não são aplicados o princípio do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista a inexistência da acusação, portanto, não há que se falar em defesa. A ausência dos referidos princípios, faz com que o valor probatório da investigação seja de natureza relativa. Assim, o julgador do inquérito policial, não poderá condenar o réu, com fundamentação exclusiva em nos elementos levantados no decorrer do da fase administrativa. Conforme art. 155 do CPP. Vejamos:

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.

Para corroborar com esse entendimento, vejamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em recente julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ARI: 217-A, CAPUT. DO CP) E SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA MEDIANTE A PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE (ART. 218-A, DO CP)- SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSODA DEFESA - PRETENSÃO PRELIMINAR DE DESENTRANHAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL - INVIABILIDADE - ART. 155 DO CPP AUTORIZA A UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS COLHIDOS NA FASE INVESTIGATIVA, DESDE QUE NÃO DE MANEIRA EXCLUSIVA - PRELIMINAR AFASTADA - PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA - DESCÁBIMENTO - CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A DEMONSTRAR, INCONTESTE, A AUTORIA QUE RECAI SOBRE OS RÉUS E A MATERIALIDADE DO CRIME - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS - VULNERABILIDADE - ESPECIAL PROTEÇÃO ATRIBUÍDA PELO LEGISLADOR - PALAVRA DA VITIMA CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS - RELEVÂNCIA EM SE TRATANDO DE CRIME DESTA NATUREZA - CONDENAÇÃO MANTIDA - CONTINUIDADE DELITIVA CONFIGURADA - REQUISITOS DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL PREENCHIDOS - AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II. ALÍNEA F. DO CP - CRIME PRATICADO PREVALECENDO-SE DAS RELAÇÕES DE HOSPITALIDADE - DOSIMETRIA ESCORREITA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. Os partes recorrentes alegam violação ao art. 5º, LV, LIV, LVI e XLVI, da CF. Afirmam que: (i) ao proferir decisão no sentido de validar provas indiciárias, baseadas tão somente em depoimentos falaciosos da suposta vítima, ambos os Juízos de primeira e segunda instância, permitiram a ocorrência de manifesta violação ao disposto nos artigos 155 e seguintes do Código de Processo Penal, eis que permitiram a utilização de prova indiciária inidônea para a prolação de decisum condenatório em face dos Acusados; (ii) “tanto o Douto Juízo de primeira instância, quanto o Tribunal de Apelação, violaram expressamente as regras contidas no artigo 156 do Código de Processo Penal, eis que evidenciada a inversão do ônus da prova em matéria penal (...) ao apontarem, em ambas as decisões que caberia aos Acusados e ora Recorrentes, demonstrarem a veracidade de suas alegações, e, por conseguinte, a sua inocência quando da instrução do feito”; (iii) “ambos os Juízos de primeira e segunda instância, quando da análise do caso em tela, procederam os respectivos julgamentos, na mais ampla e manifesta contrariedade do artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal c/c artigos 59 e 68 do Código Penal, além das disposições dos artigos 33, § 2º do mesmo regramento e dos artigos 110 a 119 da Lei de Execuções Penais, pois a falta de apreciação da tese defensiva, que requereu o completo reexame dos critérios para a fixação do regime para o início do cumprimento da pena imposta é matéria que denota ausência de fundamentação idônea e, por conseguinte, macula o procedimento penal como um todo”. O recurso é inadmissível, tendo em vista que, por ausência de questão constitucional, o Supremo Tribunal Federal rejeitou preliminar de repercussão geral relativa à

controvérsia sobre suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal (ARE 748.371RG, Rel. Min. Gilmar Mendes - Tema 660). No caso, a parte recorrente se limita a postular a análise da legislação infraconstitucional pertinente e uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos, o que não é possível nesta fase processual. Nessas condições, a hipótese atrai a incidência da Súmula 279/STF. Quanto à necessidade de reavaliação dos fatos subjacentes, confirmam-se os seguintes trechos do voto condutor do acórdão ora recorrido: “[...] Irresignados, os apelantes, preliminarmente, pedem o desentranhamento das peças do inquérito policial. Sem razão, no entanto. À luz do que determina o art. 155, do Código de Processo Penal, “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”. Vê-se pela redação do referido dispositivo que é possível a utilização de elementos do Inquérito Policial para lastrear a sentença, desde que não seja fundada em sua integralidade nos elementos informativos. Olhos postos na sentença vergastada, vislumbra-se que o nobre Magistrado singular, ao fundamentar o édito condenatório, utilizou-se dos elementos colhidos durante a instrução criminal, não tendo mencionado qualquer fato coligido durante a fase policial. No mais, é de se observar que os apelantes não elencaram quais as provas produzidas na fase inquisitorial acolhidas pelo julgador singular que pudessem ensejar a nulidade da sentença, o que a inviabiliza. De mais a mais, esta Corte de Justiça tem diversos precedentes no sentido de afastar a preliminar ventilada, ao argumento de que somente é nula a sentença quando fundada exclusivamente em elementos colhidos na fase extrajudicial, o que, por evidente, não é a hipótese que se descortina nos autos. [...] No mérito, os apelantes pedem a absolvição pela prática do crime de estupro de vulnerável, ante a fragilidade de provas coligidas. Para tanto, destacam que a avó da vítima, quando ouvida em juízo, disse que os fatos foram inventados pela menor para proteger terceiro. Ressaltam que a vítima se negou a realizar exame de DNA, o que poderia provar a inocência do réu e, ainda, asseveram que o seu depoimento é vago e impreciso. [...] Em que pese as razões recursais suscitadas, depreende-se do exame do caderno processual a existência de amplo conjunto probatório da responsabilidade dos recorrentes pela prática dos crimes em lume. [...] A materialidade do delito está comprovada pela portaria de instauração de inquérito (mov. 1.3), declaração da vítima (mov. 1.4), certidão de nascimento (mov. 1.5), boletim de ocorrência (mov. 1.6), laudo de conjunção carnal (mov. 1.9), laudo de ato libidinoso (mov. 1.10), parecer psicológico (mov. 1.2) e demais documentos carreados aos autos durante a instrução. No mais, a autoria é certa e aponta, sem sombra de dúvidas, para os apelantes. [...] A defesa formulada revela-se frágil e absolutamente antagônica à realidade dos autos. A responsabilidade criminal dos acusados no caso em apreço é evidenciada pelas circunstâncias do delito e pela prova testemunhal e pericial, sendo facilmente perceptível que não possuem argumentos plausíveis que possam afastar a conduta criminosa. [...]” Ademais, a controvérsia relativa à individualização da pena passa necessariamente pelo exame prévio da legislação infraconstitucional. Nesse sentido: AI 797.666-AgR, Rel. Min Ayres Britto; AI 796.208-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 505.815-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 1º de agosto de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (STF - ARE: 1222803 PR - PARANÁ, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 01/08/2019, Data de Publicação: DJe-173 (09/08/2019).

Apesar de o investigado não tenha o direito à ampla defesa e ao contraditório, conforme explicado acima, ele pode requerer que sejam realizadas diligências, de acordo com o artigo 14 do Código de Processo Penal: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

3.8. Discricionário

O delegado de polícia possui habilidades diferenciadas com intuito de efetuar averiguações em conformidade com suas necessidades de instigações, objetivando atingir o melhor resultado para o inquérito policial que é buscar autoria e materialidade do delito, com a análise dos arts. 6º e 7º do CPP, que prevê um rol de diligências disponível para a autoridade policial.

Frisa-se que tanto a vítima quanto o indiciado podem requerer diligências para a autoridade policial, de acordo com o art.14 do CPP: O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Resta claro o entendimento de que a autoridade poderá ou não realizar as diligências de acordo com sua convicção, caso a autoridade negar, existe recurso administrativo cabível direcionado ao superior hierárquico por analogia ao art. 5º, §2º do CPP, mas, não haverá remédio judicial a ser impetrado.

O art. 7º, XXI, “a” do Estatuto da OAB, afirma que o advogado também poderá apresentar quesitos e razões, porém, esta alínea deve ser lida em conformidade com o art. 14 do CPP, seguindo o entendimento: “as diligências continuam a ser realizadas de forma discricionária, em regra, e a defesa pode fazer apontamentos sobre elas, as quais serão recebidas pelo delegado, mas, somente, providenciará as diligências requeridas se achar oportuno”.

Por fim, ressalto que a requisição é ordem fundamentada na lei, não há hierarquia entre o Juiz, Membro do Ministério Público e a autoridade policial, não podendo haver nenhuma arbitrariedade advindas de tais autoridades em concretizar exigências destituídas de fundamento legal.

4. CONTEXTO HISTÓRICO DO INQUÉRITO POLICIAL

Com o passar dos tempos, o Inquérito Policial enfrentou e seguiu todo um processo de evolução histórica ao passo que o mundo atravessava profundas transformações. Oliveira Filho (2016, p23-24) afirma que:

Durante os diversos períodos históricos, as sociedades se organizaram buscando maneiras de coibir as condutas consideradas antissociais, em um processo que oscilou entre períodos de punitivismo e instrumentalismo extremados e de democracia e diálogo no âmbito dos procedimentos penais. Para entender o momento atual do processo penal brasileiro é importante perscrutar o passado, dialogar com os vários períodos históricos pretéritos para saber como se construiu, historicamente falando, o sistema que utilizamos em nossa atualidade para entender se efetivamente evoluímos com os erros e acertos do passado a um sistema aperfeiçoado de justiça penal.

A exemplo do Egito, que possui uma das civilizações mais remotas do mundo.

Oliveira Filho (2016, p.27) afirma que "No sistema egípcio de justiça penal já era possível delinear a atuação de um órgão que podemos dizer correlato ao que temos hoje nas polícias do Brasil". Na visão desse autor, adicionando as funções repressivas e preventivas, a polícia egípcia tinha o poder de atuação do Delegado, em regra, por um juiz, que era o regente do domínio administrativo e judicial de cada comarca egípcia, porém o domínio jurisdicional de tais regentes limitava-se apenas aos crimes leves, tolerando-se à aplicação próxima de penas sem o devido procedimento legalística, em uma metodologia em que havia, segundo Almeida Júnior apud Oliveira Filho (2016, p.27), "delegados encarregados, como funcionários policiais, de penalizar a chicotadas e bastonadas as violações de menores consequências".

Nesse diapasão, Oliveira Filho (2016, p.29) afirma que "No Egito sequer pode se considerar que existia um sistema, na verdade existia uma utilização totalmente discricionária de força para a grande maioria da população". Opinava sobre a existência de diversos aspectos de legitimidade para crimes atentados por pessoas de posição social elevada, tendo em vista que o poder jurídico à época estava concentrado na classe dos sacerdotes como uma côrte suprema que julgava os crimes mais graves. De acordo com Almeida Júnior apud Oliveira Filho (2016, p.29-30), o cerimonial seguido por tais crimes "não era inferior, pelo mérito ou pelas luzes, ao Areópago de Athenas", possuindo tão somente um artifício onde acusação e defesa, passavam pela apreciação dos reis e das pessoas mais importantes do Estado, sendo que todos estavam hierarquicamente abaixo do intocável Faraó, tendo como características a exposição do crime como disposição

das testemunhas do fato, a polícia repressiva acessória da justiça, a formação pública, a confidencialidade do julgamento bem como a decisão emblemática não motivada.

Roma, de fato, merece lugar de extrema importância no contexto histórico do Inquérito Policial, em face de que seu legado civilizatório durou desde a antiguidade até os dias atuais, principalmente no âmbito jurídico. De acordo com Oliveira Filho (2016, p.34) a tripartição do planejamento político romano (Monarquia, República e Império), onde ponderavam três sistemas penais essenciais, reflexos da maior democracia ou ditadura existente no campo político no país, visto que os sistemas, conforme Khaled Jr. apud Oliveira Filho (2016, p.34), a partir da "*cognitio*, durante a Monarquia, chegou-se ao sistema acusatório - *accusatio* - da fase republicana, que pendeu em seguida no Império, cominar as características do sistema inquisitório". Por conseguinte, Oliveira Filho (2016, p.41-42) pondera sobre a vasta parte de nosso direito, Roma trouxe o berço do artifício inquisitorial que presentemente é utilizado no ordenamento jurídico brasileiro tendo em vista a elaboração do método penal, que consoante a forma consubstancia a *opinio delicti* do denunciante como uma parte escrita, sigilosa e unilateral, que "coisificava" o investigado antes que o procedimento abordasse ao colóquio do jogo judiciário público.

Na idade média, aconteceu um domínio absoluto do sistema inquisitorial, vindo do império Romano, em virtude da centralização tanto do poder Estatal quanto do Eclesiástico. Oliveira Filho (2016, p.43) discorre que:

Após a dissolução de Roma, o sistema inquisitório tornou-se preferência em toda a Europa Medieval por ser a forma mais fácil de legitimação do poder por meio da instrumentalização dos "inimigos", tanto dos Estados quanto das Igrejas, transformando o sistema penal em uma máquina burocratizada de imposição de pena a quem quer que pensasse diferente ou postasse-se contra o poder instituído. Era um sistema behaviorista que buscava a manutenção do poder por meio da força em um sistema que resistiu por longo tempo e que ainda mantém-se vivo até hoje em alguns lugares e fragmentos de sistemas vigentes em pleno século XXI, tal qual é a solução desta ferramenta por parte de quem está no poder.

No ordenamento jurídico Português, Oliveira Filho (2016, p.68) afirma que aconteceu "uma mescla das legislações romanas do principado, somada com as codificações de Justiniano e cunhadas com a marca da arbitrariedade da Inquisição, por influência direta do "sucessor" empreendido pela Santa Sé na "caça" dos inimigos da

igreja”. Já com relação ao inquérito policial nesse período, Pirangelli apud Oliveira Filho (2016, p.69) pontua que:

Quanto ao inquérito ou a investigação criminal, permaneceram como prática remanescente da inquisição os procedimentos chamados inquirições devassas. Em tais procedimentos, feitos pelo magistrado na concentração de poderes característicos de um sistema inquisitório, era aceita amplamente a delação decreta (inclusive sendo fomentada), conseqüentemente o processamento de acusados era feito ex officio. Todo o necessário para a devassa de alguém era a suspeita, independentemente se a fonte era qualificada ou inqualificada, o que se queria era a descoberta de um inimigo para se iniciar a caçada. Como herança do sistema inquisitório, persistia a confusão entre o magistrado e o investigador e acusador, já que este determinava o procedimento de investigação preliminar da devassa, suas inquirições, torturas e todas as formas de flagelos para a obtenção da rainha das provas e objeto de obsessão, sempre a confissão do acusado.

O surgimento dos Sistemas Mistos na França Napoleônica, aconteceu o fim do Sistema inquisitivo, que durou desde a Idade Média, adentrando pela Ordenações Portuguesas e sendo enfraquecido após a Revolução Francesa. De acordo com Oliveira Filho (2016, p.72):

Do ocaso do período inquisitivo surgiram os sistemas mistos, eminentemente na França, que tinham como característica a manutenção de um sistema inquisitivo inicial, na etapa investigatória, com um procedimento posterior acusatório, tendo como sistema modelo o Código Processual Penal de Napoleão, de 1808. Este novo conjunto legislativo marcou o fim do sistema inquisitivo puro, inaugurando-se, em muitas legislações, como as que viriam a ser adotadas no Brasil, esta mistura de características de sistemas totalmente antagônicos.

Prado apud Oliveira Filho (2016, p.72), descreve como funcionava esse sistema francês:

O novo sistema, que principiou sua atuação na França, em seguida à Revolução, para com as guerras Napoleônicas chegar a outros países, disciplinava o processo em duas fases. Na primeira delas, denominada de instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de júízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou o júri, com a controvérsia e o debate entre as partes, no maior nível possível de igualdade. Salientou Pietro Fredas que esta estrutura foi consagrada no Código de Instrução Criminal de 1808, difundindo-se rapidamente pelos códigos modernos, com a proclamação da necessidade de uma investigação secreta e dirigida pelo Juiz, e com tímida atuação da defesa nesta etapa, razão por que se consagra como sistema de tipo misto.

4.1. Contexto histórico do inquérito policial no Brasil.

Oficialmente o inquérito policial, no Brasil, foi inserido no ano de 1871, por meio do Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, que regulamentou a Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

O decreto citado acima, em seus artigos 10 e 11, informava que as atribuições e competências dos chefes, delegados e subdelegados de polícia. Vejamos:

Art. 10. As atribuições do Chefe, Delegados e Subdelega dos de Polícia subsistem as seguintes reduções:

1º A da formação da culpa e pronuncia nos crimes comuns.

2º A do julgamento dos crimes do art.12, §7º do Código do Processo Criminal, e do julgamento das infracções dos termos de segurança e de bem viver.

Art. 11. Compete-lhes, porém:

1º Preparar os processos dos crimes do art. 12, § 7º do citado Código; procedendo ex -ofício quanto aos crimes policiais.

2º Proceder ao inquérito policial e a todas as diligências para o descobrimento dos factos criminosos e suas circunstâncias, inclusive o corpo de delito.

Já em seu art. 42, apresentava a seguinte definição: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”.

Embora somente ser regularizado como inquérito policial em 1871, já existia leis anteriores que imputavam aos chefes de polícia a competência para remeter dados, provas e esclarecimentos que possuíssem sobre um delito como descreve o artigo 4º, §9, da lei 261, de 3 de dezembro de 1841, bem como o regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842.

Assim, desde o ano de 1841, já existia no nosso país, uma espécie de investigação preliminar que auxiliava o Judiciário, com provas e informações sobre determinado delito.

Ressalta-se que nos dias atuais, o inquérito policial, em nosso ordenamento jurídico, é sustentado com a promulgação do Código de Processo Penal de 1941, em seu artigo 4 e seguintes.

5. O INQUÉRITO POLICIAL COMO ESPÉCIE DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

No Brasil, a Investigação Preliminar executada pela Polícia Judiciária é chamada de Inquérito Policial e tem como objetivo a apuração das infrações penais, bem como da sua autoria, possuindo natureza jurídica de procedimento administrativo pré processual. Pereira apud Hoffmann (2017, p.62) conceitua investigação preliminar como:

Pesquisa, ou conjunto de pesquisas, administrada estrategicamente, no curso da qual incidem certos conhecimentos operativos oriundos da teoria dos tipos e da teoria das provas, apresentando uma teorização sob várias perspectivas que concorrem para a compreensão de uma investigação criminal científica e juridicamente ponderada pelo respeito aos direitos fundamentais, segundo a doutrina do garantismo penal.

Ao justificar o principal motivo de se estudar a Investigação Preliminar, Lopes Jr. apud Hoffmann (2017, p.264), afirma que:

O processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados da instrumentalidade garantista. Ela é uma peça fundamental para o processo penal e, no Brasil, provavelmente por culpa das deficiências do sistema adotado (inquérito policial), tem sido relegada a um segundo plano. Não se deve julgar de imediato, principalmente em um modelo como o nosso, que não contempla uma fase 'intermediária' contraditória.

Na mesma linha dessa opinião, Cavalcanti apud Hoffmann (2017, p. 265) dá continuidade ao raciocínio acerca da Investigação Preliminar, informando que:

A investigação preliminar é assunto crucial ao estudo do processo penal, na medida em que permite a reunião de elementos que justifiquem a instauração ou não da persecução judicial, além de impedir a formulação de acusações açodadas, exercendo assim relevantes funções preventiva e preparatória do processo.

Por seu turno, o Inquérito Policial é a ferramenta, no direito processual penal, que legalmente materializa a investigação preliminar, presidida pela autoridade policial, nos moldes do Art. 4º, do Código de Processo Penal Brasileiro - CPPB, que assim prevê "A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá, por fim, a apuração das infrações penais e da sua autoria". Sobre o Inquérito Policial, Pitombo apud Hoffman (2017, p 62-63) salienta que:

Não guarda cabimento asserir-se que surge como simples peça informativa; para, em seguida, afirmar que os meios de prova constantes no inquérito,

servem para receber, ou rejeitar a acusação; prestam para decretar a prisão preventiva; ou para conceder a liberdade provisória; bastam, ainda, para determinar o arresto e o sequestro de bens, por exemplo.

Além disto, a maioria dos elementos probatórios inclusos às ações penais são produzidos no curso da investigação preliminar, na fase pré-processual, ou seja, no curso do Inquérito Policial. As Operações Policiais representam uma fase do Inquérito Policial, destinada à arrecadação de provas e indícios de autoria e materialidade de infrações penais. Nessa esteira, Lopes Jr. (2015, p.181) assevera que:

O inquérito policial é um típico modelo de investigação preliminar policial, de modo que a polícia judiciária realiza a investigação com autonomia e controle, dependendo de intervenção judicial apenas para adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais (v.g interceptações telefônicas, busca e apreensão, prisão cautelar, etc.). O Ministério Público pode requerer a abertura do inquérito, acompanhar sua realização e fazer, ainda, o controle externo da atividade policial. É bastante discutida a chamada "investigação direta pelo Ministério Público", ou seja, se o modelo brasileiro admite a figura do "promotor-investigador". Existem algumas manifestações favoráveis por parte do STF, mas a questão não é pacífica ainda. Quanto à posição do juiz no inquérito, é a de garantidor e não de instrutor (inquisidor). O juiz, no modelo brasileiro, não é encarregado da investigação e somente atua quando invocado, para autorizar ou não as medidas restritivas de direitos fundamentais. É uma intervenção excepcional, contingencial. Sublinhe-se, contudo, que a redação do art. 156, I, do CPP permite que o juiz, de ofício, determine a realização de provas urgentes e relevantes ainda na fase pré processual. Tal dispositivo é objeto de severas críticas, pois viola a garantia do sistema acusatório e quebra a imparcialidade do julgador.

Ressalta-se ainda, que o Inquérito Policial tem como objetivo a investigação do fato supostamente descrito como crime constante na denúncia, gerando a possibilidade da existência de um fato punível e objetivando atingir o grau de probabilidade para o exercício da acusação. Configura-se como um modelo normativo sumário, que às vezes retrocede para um modelo plenário e se estende demasiadamente, tratando-se de prazo sem sanção, mesmo que exista limitação temporal. Lopes Jr. (2015, p. 181-182) afirma que:

O início do inquérito se dará nos termos do art. 5º do CPP, podendo ser: de ofício; mediante requisição do MP; a requerimento do ofendido; por comunicação oral ou por escrito (notícia-crime); por representação (nos crimes de ação penal pública condicionada); ou a requerimento da vítima (nos crimes de ação penal de iniciativa privada). Quanto ao desenvolvimento, no curso do inquérito são praticados diversos atos, previstos nos arts. 6º e 7º do CPP, inclusive a problemática coleta de DNA (Lei nº 12.654) A conclusão do inquérito será por meio de relatório da autoridade policial, não podendo esta arquivar os autos do inquérito policial (art. 17 do CPP). Concluído, será

enviado para o Ministério Público, que poderá: oferecer denúncia; requisitar diligências complementares (art. 16 do CPP); ou requerer ao juiz o arquivamento. Se o juiz concordar, o inquérito será arquivado, não podendo ser reaberto sem novas provas (Súmula n. 524 do STF). Discordando do pedido de arquivamento, o juiz remeterá os autos para o órgão superior do Ministério Público, nos termos do art. 28 do CPP. A figura do arquivamento tácito ou implícito não é pacífica, ocorrendo quando o Ministério Público deixa de oferecer denúncia, mas também não pede expressamente o arquivamento, em relação a algum dos imputados do inquérito.

Com relação à forma dos atos, o Inquérito Policial é caracterizado como sigiloso, escrito, inquisitivo, dispensável, oficial, indisponível, discricionário, administrativo e oficioso, sendo que seus atos possuem valor probatório limitado, não servindo, por si só, para fundamentar uma condenação. Deve-se entender a diferença entre Atos de Investigação, que são feitos no Inquérito, e Atos de Prova, que são realizados no processo.

Os atos de Investigação referem-se aqueles executados preliminarmente, ou seja, na fase pré-processual, não se referem a uma comprovação, mas a uma possibilidade. Adequa-se para a formação de um juízo de exequibilidade e incerteza, não exigindo a execução do preceito da publicidade e contraditório, podendo ser restringidos, servindo assim para a formação da *opinio delicti* do acusador; não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus comissi delicti* para fundamentar o recebimento da denúncia, gerando o processo, ou o não recebimento, gerando o arquivamento; podem ser praticados pela Policial Judiciária ou pelo Ministério Público, representado pelo Promotor de Justiça ou Procurador de Justiça.

Já os Atos de Prova estão direcionados a convencer o Juiz da verdade de uma tese alegada; estão disponíveis no processo; tem como objetivo formar um juízo de certeza; exigem a observância do princípio da publicidade e contraditório; objetivados a formar o convencimento do julgador, para condenar ou absolver o réu; são praticados pelas partes, em contraditório, perante o juiz que julgará o processo. Em consonância ao que diz respeito do valor probatório dos atos no Inquérito Policial, Lopes Jr. (2015, p. 183) assim discorre:

É fundamental compreender que a garantia da jurisdicionalidade assegura o direito de ser julgado com base na prova produzida no processo, à luz do contraditório e perante o juiz competente. Excepcionalmente as provas técnicas, irrepitíveis, produzidas no inquérito (exame de corpo de delito, necropsia, etc.) serão submetidas a contraditório posterior, não sendo repetidas por absoluta impossibilidade. Todas as demais provas repetíveis (testemunhal, acareações, etc.) devem ser jurisdicionalizadas. Havendo risco

de perecimento de uma prova testemunhal, poderá ser feito o incidente de produção antecipada de provas (Art. 225 do CPP c/c os arts. 846 a 851 do CPC).

Com relação à contaminação do julgador e exclusão física dos autos do Inquérito Policial, deve-se observar estritamente o Princípio da Livre Apreciação das Provas pelo Julgador, merecendo destaque a visão de Lopes Jr. (2015, p.183):

Considerando que o inquérito policial ingressa inteiramente no processo, é inegável a contaminação consciente ou inconsciente do julgador. O art. 155 do CPP estabelece que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório, não podendo fundamentar sua decisão, exclusivamente, com base no inquérito. O ideal seria a exclusão física dos autos do inquérito - mas isso não está previsto no sistema brasileiro - para assegurar a máxima originalidade do julgamento (isto é, convicção formada a partir da prova produzida originariamente no processo), mantendo-se apenas as provas técnicas irrepetíveis e as produzidas no incidente de produção antecipada. O problema está na falta de previsão da exclusão física e na possibilidade de o juiz condenar utilizando (também) os elementos do inquérito, sem contraditório efetivo.

Pereira apud Hoffmann (2017, p.65-66) afirma que mesmo que não existam partes e contraditório, no inquérito policial considerado como procedimento penal de investigação no nosso país, há um sujeito de direito com interesses legítimos à defesa, provavelmente não ampla, mas em alguma medida proporcional aos atos de restrição ao âmbito de proteção de direitos fundamentais do investigado.

Com relação ao Indiciamento no Inquérito Policial, cabe informar que a figura do indiciando como indivíduo que é apontado como possível autor de um suposto fato descrito como crime. Lopes Jr (2015, p. 183) conceitua que:

O indiciamento é um ato formal e fundamentado, através do qual a autoridade policial afirma a existência de um 'feixe de indícios convergentes' que apontam para certa pessoa como autora de um fato aparentemente criminoso. Erroneamente, não há previsão no CPP do momento no qual deve ocorrer o indiciamento, se no final do inquérito (no relatório) ou no curso da investigação (tão logo surjam elementos que apontem concretamente para alguém). O indiciamento é situacional, provisório, pois o indiciado de hoje pode não ser acusado depois no processo, e tampouco vincula o Ministério Público.

Por fim, ressalta-se que o direito ao contraditório e à ampla defesa no âmbito do Inquérito Policial foi assegurado ao indiciado, mas não de forma absoluta. Lopes Jr. (2015, p.183-184) entende que:

É um reducionismo afirmar que no inquérito não existem defesa e contraditório. Não há plenitude, mas é possível o direito de defesa pessoal positiva ou negativa, bem como a presença de advogado. Quanto ao contraditório, é restrito ao primeiro momento, qual seja, o da informação (art. 5º, LV, da CB; 8.2 da CADH e Súmula Vinculante n. 14 do STF). Denegado o pedido de vista do inquérito, poderá a defesa utilizar a reclamação (art. 102, I, e "I", da CB) ou, ainda, Mandado de Segurança a ser interposto em primeiro grau (quando a recusa for da autoridade policial).

6. DOS VÍCIOS NO INQUÉRITO POLICIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A Investigação Preliminar, devido a sua importância, costuma ser propícia para reducionismos e generalizações, principalmente quanto a vícios que ocorrem no Inquérito Policial e suas consequências. É comum afirmarem que as irregularidades e vícios ocorridos no Inquérito Policial não contaminem a ação penal, nem se transmitem automaticamente para o processo. Isso se baseia no fato do Inquérito Policial consistir em procedimento apenas informativo, inquisitório e, ainda, ser dispensável para a propositura da ação penal.

Atualmente, ainda se entende que os defeitos no Inquérito Policial consistem em meras irregularidades que não afetam a substância do ato, nem atingem o processo penal subsequente. Nesse caso, as imperfeições nos atos investigatórios não provocam nulidades, que é uma sanção aplicável ao ato defeituoso, para que não produza seus regulares efeitos.

Contudo, deve-se investigar mais profundamente o regime aplicável aos vícios do Inquérito Policial e suas consequências na ação e no processo penal. De início, vale lembrar que o Inquérito Policial não produz somente elementos de informação, mas também provas. Hoffmann (2017, p.21-22) ensina que:

A inquisitorialidade (...) não impede que o contraditório e ampla defesa quanto a um elemento produzido pela Polícia Judiciária incidam de modo obrigatório, postergado para o processo penal. É o que ocorre com as provas cautelares e não repetíveis, elementos de convicção presentes na esmagadora maioria dos inquéritos policiais. Nesses casos, a atuação da defesa ocorrerá necessariamente, conquanto de maneira diferida (na fase processual), conferindo valor probatório a essas informações. (...) Logo, é totalmente equivocada a afirmação de que o "inquérito policial produz apenas elementos informativos" ou que o "inquérito policial é mera peça informativa".

Nessa mesma linha de raciocínio, ressalta-se que a fase inicial da persecução penal deve garantir os direitos constitucionais e à legalidade, em virtude de não se restringirem somente à fase processual da persecução. Para corroborar com esse entendimento, Lopes JR. Apud Hoddmann (2017, p.22) informa que:

A natureza administrativa do inquérito policial não o blindava contra as garantias processuais próprias do sistema processual penal constitucional brasileiro. (...) A não transmissibilidade de um vício do plano administrativo ao judicial (...) significaria que haveria um nível de proteção de direitos fundamentais diferente conforme se trate de um e outro plano jurídicos (...). A alusão de que o inquérito policial não se subsume ao controle de legalidade equivale a uma declaração de presunção absoluta de sua regularidade. (...) Imunizar esse ato contra qualquer declaração de invalidade é blindá-lo contra o exame de legalidade. Assim, o magistrado utilizaria os autos da investigação em sua sentença como elemento de motivação, mas paralelamente o acusado não poderia alegar sua invalidade.

Logo, verifica-se a probabilidade de vícios no inquérito policial, em face da existência da formalidade dos atos, bem como da forma garantida do cidadão frente aos atos do Estado, na esfera criminal. Do mesmo modo, verifica-se uma extensão processual dos atos policiais, ou seja, os elementos informativos e probatórios são incorporados na sentença como motivação, convertendo-se os atos do inquérito policial em atos processuais decisórios. Em razão disso, os atos investigatórios, quando ingressam na esfera processual, submetem-se aos mesmos critérios de legalidade e constitucionalidade da própria sentença, transmitindo-se a esta suas virtudes e defeitos.

Nesse mesmo raciocínio, tendo como base que a tipicidade processual a atividade estatal no processo penal é regulada por meio de formas a serem seguidas, existe uma tipicidade a ser seguida no inquérito policial, tanto em relação aos atos administrativos ordenados pela autoridade policial própria do Delegado, quanto as medidas cautelares determinadas pela autoridade policial após homologação judicial. Isto é, a teoria da ilicitude de provas é perfeitamente aplicável à fase policial da persecução penal. Levando-se em conta a doutrina processual penal e também a administrativa, Hoffmann (2017, p.23) classifica os vícios em:

- a) irregularidades (ato irregular): imperfeições sem consequência - ex: não entrega da nota de culpa ao preso em flagrante que em seu interrogatório foi cientificado de suas garantias constitucionais, do motivo da prisão e dos nomes do condutor e testemunhas;
- b) invalidações (ato anulável ou ato nulo): defeitos que acarretam a invalidação do ato, seja por nulidade relativa (prejuízo precisa ser comprovado - ex: decisão de indiciamento não fundamentada) ou absoluta (presume-se a perda - ex: interceptação telefônica sem autorização judicial);
- c) inexistências: deficiências que acarretam a não existência do ato, pois a imperfeição antecede a própria consideração sobre a validade do ato ex: relatório de inquérito policial assinado não pelo Delegado, mas pelo Escrivão.

É importante frisar que o reconhecimento da nulidade do elemento informativo ou probatório produzido no inquérito policial pode ser feito, de ofício ou a requerimento, tanto judicialmente pelo Juiz, em virtude da inafastabilidade da jurisdição, quanto administrativamente pelo Delegado, em virtude do Princípio da Autotutela. Porém, o reconhecimento da nulidade não significa necessariamente o insucesso do processo penal, pois a imperfeição pode ser convalidada pela repetição, tanto no inquérito policial, quanto no processo penal, sendo que o elemento viciado pode estar acompanhado de outras provas válidas.

A análise das nulidades do inquérito policial e o grau de contaminação do respectivo processo penal levam em consideração a individualidade ou pluralidade do elemento informativo ou probatório viciado, o efetivo saneamento do vício e a derivação das demais provas. Acerca do assunto Hoffman (2017, p.24) informa que:

De um lado, o processo penal restará prejudicado se o elemento de convicção nulo for o único a amparar a denúncia e não puder ser produzido novamente, ou se apesar de existirem outras provas elas decorrerem exclusivamente do vestígio viciado (teoria dos frutos da árvore envenenada). De outra banda, a persecução poderá seguir seu curso normalmente se for possível convalidar o elemento informativo ou probatório, ou se apesar de não saneada a nulidade do vestígio ele estiver acompanhado de outros elementos que dele não derivarem.

Importante informar que o recebimento da denúncia não convalida todas as nulidades do inquérito policial, pois os vícios em elementos investigatórios não podem ser superados simplesmente pelo início do processo. Por isso, o recebimento da denúncia não supera as irregularidades que surgiram no inquérito policial, bem como não exaure sua suposta função meramente informativa. Nesse diapasão, Hoffman (2017, p.24), comentando julgados das cortes superiores sobre esse tema, informa:

Não obstante as cortes superiores não admitirem com todas as letras o regime de nulidades do inquérito policial, em inúmeros julgados acabam por invalidar os atos investigativos praticados sem a observância das formalidades e garantias devidas. São exemplos: a) busca e apreensão domiciliar cumprida em endereço não especificado no mandado judicial; b) quebra de sigilo de dados amparada exclusivamente em denúncia anônima; c) interceptação telefônica executada por agentes não policiais civis ou federais; d) interceptação telefônica iniciada por denúncia anônima desacompanhada de diligências preliminares.

Assim, nota-se que as cortes superiores reconhecem que a investigação policial possui força probante e reconhecem nulidades, afastando a imunidade dos atos policiais contra qualquer declaração de invalidade. Agindo dessa maneira, entram em contradição

com seus próprios julgados, os quais difundem que não existe nulidade no inquérito policial.

Informo ainda que, mesmo a legislação não explicitando de forma clara essa sistemática. Todavia, uma evolução pode ser evidenciada no art. 7, XXI, do Estatuto da OAB, prevê que:

Art. 7º - São direitos do advogado:

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos.

E, por fim, o direito à prova, como os demais direitos fundamentais, não é absoluto, sendo vedado provas ilícitas, conformar preceitua o art. 5, LVI, da Constituição federal de 1988, o qual informar que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios de ilícitos”. Logo, a busca da verdade probatória não pode conter imperfeições, devendo-se sempre estar respaldada no respeito às garantias constitucionais e legais. Para corroborar com esse entendimento trago julgado recente do Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM CONCEDIDA NO HC N. 116.375/PB E DA RCL 14.109/PB. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DETERMINAÇÃO DE DESENTRANHAMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS E POR DERIVAÇÃO. CUMPRIMENTO PARCIAL. SEGUNDA DENÚNCIA.

EXCLUSÃO DAS TRANSCRIÇÕES DE TRECHOS DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. MEDIDAS DE BUSCA E APREENSÃO. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO AINDA NO PROCESSO. DESCUMPRIMENTO. AGRAVO PROVIDO. RECLAMAÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Reclamação ajuizada objetivando cassar decisão proferida pela autoridade reclamada que recebeu a denúncia, sem desentranhar dos autos da ação penal as provas ilícitas per se e também aquelas por derivação. 2. Da leitura da segunda denúncia, observa-se que o Ministério Público excluiu as notas de rodapé, nas quais constavam as transcrições de trechos das interceptações telefônicas, mantendo no mais a tipificação legal das condutas praticadas, a qualificação dos ora agravantes e os atos supostamente criminosos, com as suas circunstâncias, citando outras provas, dentre elas depoimento de testemunhas e documentos. Dessa forma, deve ser mantida hígida a denúncia, bem como o seu recebimento. 3. A teoria dos frutos da árvore envenenada,

com previsão constitucional no art. 5º, LVI, da CF/1988, determina que as provas, ainda que lícitas, mas decorrentes de outras ilegais, assim consideradas pela obtenção em desacordo com as normas que asseguram a sua higidez, são consideradas maculadas e devem ser extirpadas do processo. 4. Hipótese em que eventuais provas obtidas nas medidas de busca e apreensão oriundas das interceptação telefônicas reconhecidas como ilegais pelos julgados desta Corte estão contaminadas por força do art. 157, § 1º do CPP, nos termos da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 5. As determinações do Juízo de primeiro grau desobedecem ao decidido por este Tribunal tanto no HC 116.375/PB como na anterior Rcl 14.109/PB, que foram expressos em determinar a exclusão das provas ilícitas por derivação. 6. Agravo regimental provido para julgar parcialmente procedente a reclamação.

(STJ - AgRg na Rcl: 29876 PB 2016/0040447-1, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 27/02/2019, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 25/03/2019)

Ainda sobre o assunto provas, Lopes JR apud Hoffmann (2017, p.25), argumenta:

É preciso que se compreenda, definitivamente, que em um processo penal democrático e constitucional, forma é garantia e limite de poder. À luz da legalidade processual, todo poder é condicionado e precisa ter seu espaço de exercício claramente demarcado. É uma decorrência lógica e inafastável da "tipicidade processual". (...) Também não se pode esquecer que, com base nos atos do inquérito, se pode retirar a liberdade (prisões cautelares) e os bens de uma pessoa (medidas assecuratórias), ou seja, com base nessa peça "meramente informativa" (como reducionista mente foi rotulado ao longo de décadas), podemos retirar o "eu" e "minhas circunstâncias".

6.1. Vícios do inquérito policial: uma análise de casos concretos

O referido trabalho foi inspirado na série original Netflix intitulada “Olhos que Condenam” (no original, When They See Us). Que se notabilizou pelo famoso julgamento que condenou cinco jovens negros inocentes. Este polêmico fato virou os holofotes para o sistema judiciário americano, reacendeu o debate a respeito do erro Judiciário e suas consequências em juízo. Os cinco jovens foram torturados, tiveram os direitos cerceados a um advogado, e em meio a outras omissões grotescas foram condenados injustamente. Acusados por um estupro ocorrido no Central Park no final da década de 80, amargaram a reclusão e anos depois, o verdadeiro culpado foi encontrado e comprovada a culpa. O processo foi anulado, baseado nos vícios no inquérito policial e os cinco foram inocentados. Mas não conseguiram anular as injustiças dos anos perdidos e a juventude na prisão.

A série evidencia as graves violações a direitos fundamentais dos acusados. Forçando-os a confessar mediante tortura, crimes que não cometeram. Forjaram os depoimentos pessoais, não asseguraram o acompanhamento de advogados ou

representantes legais durante os depoimentos, cercearam o direito ao silêncio, dentre outras agressões. As Provas contaminadas serviram de fundamento para a condenação dos cinco jovens inocentes.

Não há justiça quando o processo de constituição de provas é tirano e cruel, quando ultrapassa todos os limites aceitáveis da falta de amplas garantias e direitos dentro da esfera judicial, quando priva o ser humano aos direitos básicos, com intuito de coagir a confissão. Qual a avaliação do sistema judiciário americano, que julga e condena pelos crimes que não cometeram e condena por agressão e estupro os cinco adolescentes inocentes? Como pode um país tão desenvolvido, como os Estados Unidos, potência mundial, abrir esses precedentes? Ser modelo e espelho para os demais países subdesenvolvidos, estimulando-os a cometer gravíssimos erros dessa natureza? São perguntas que perpassam por muitas mentes, considerando inconcebível tais atos discriminatórios e vexatórios para todos que têm acesso aos fatos.

Não tão distante de nossa realidade, tivemos aqui no Brasil o famoso episódio dos irmãos Naves, ocorrido em 1937. Um dos casos mais célebres de injustiça e erro judiciário de nosso país. Os irmãos Sebastião José Naves e Joaquim Rosa Naves, o primo Benedito Pereira Caetano, ambos sócios dele em um negócio de exportação de grãos. Moradores da pacata cidade de Araguari em Minas Gerais, foram protagonistas de um triste caso de comoção nacional.

Os irmãos Naves, como ficaram conhecidos, foram acusados do assassinato do primo Benedito, que logo após o recebimento de um pagamento havia desaparecido. Numa situação esdrúxula, os irmãos foram indiciados, torturados e mesmo inocentados pelo júri, foram presos. O Tenente responsável pelas investigações mudou a decisão por conta própria. Ambos continuaram sendo torturados ao limite durante oito anos de prisão, até que o primo Benedito reapareceu, anulando assim todo processo e os acusados foram inocentados.

A subversão à ordem democrática e jurídica deu ensejo à realização do que pode ser considerado o maior erro judiciário brasileiro, na época. Ao longo do caso, notam-se inúmeros desrespeitos tanto ao direito material das vítimas quanto à ordem processual vigente na época. Tais atos causam repulsa e indignação aqueles que têm conhecimento do caso onde pessoas inocentes foram torturadas e perderam a chance de ter uma vida digna.

Ainda mais próximo de nossa realidade, está o caso do José Nilton dos Santos Sena. Veio do interior morar em Macapá – AP, com a esposa e o enteado de um ano de idade. De acordo com relatos da mãe, ao retornar de um culto na igreja, percebeu que o filho estava machucado. Ele sangrava pelo ânus. Em conclusões precipitadas acusou o companheiro de tê-lo violentado. José Nilton foi levado para delegacia e sem a presença do advogado, foi convencido a assumir a autoria de um crime que não praticou.

Horas mais tarde, o laudo da Polícia Técnica chegou informando que não havia vestígios de penetração anal na criança. Constatou-se um quadro grave de infecção causado por uma diarreia crônica. Mesmo assim, a delegada do caso descartou a prova material e solicitou a prisão provisória do acusado. José Nilton foi preso e passou 28 dias sendo torturado de todas as formas possíveis, inclusive sexualmente. Após esse período, o acusado foi liberado por nulidade no inquérito policial, tendo em vista a manifestação do Ministério Público que se baseou no laudo dos peritos. Mas aí não existe mais esposa, lar, enteado, dignidade e nem remédio para curar a dor física, moral, espiritual e tanto sofrimento.

O que esses relatos reais, que até parecem ficção, podem servir para fatos semelhantes nunca mais ocorram na Justiça brasileira? Não há remédio algum no mundo que pague as humilhações, as dores, os sofrimentos e as descriminalizações quando liberto sem ter cometido crime algum. Não há indenização para a moral despedaçada pelo julgamento errado. Depois que se fura o olho do outro, inútil pedir desculpas, querer se redimir.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto acima, nota-se a importância do inquérito policial, como um procedimento investigatório, presidido pela autoridade policial, cujo objetivo é colher elementos suficientes da autoria e da materialidade das infrações penais. Entretanto, esse instrumento investigatório não está absolutamente imune à contaminação por vícios em seus próprios atos procedimentais, os quais poderão gerar nulidades, invalidações ou inexistências, conforme os casos concretos. Tais vícios não tornarão nulo o processo penal subsequente, se descobertos em tempo hábil e sanados pela convalidação. Em caso contrário, ou até mesmo com a impossibilidade de reprodução do ato nulo que fundamentou exclusivamente a denúncia, o processo penal

ficará prejudicado, pois não fornecerá elementos suficientes à formação do livre convencimento do Juiz para a prolação de sua decisão.

De início foi conceituado o inquérito policial, logo em seguida foi apresentada suas principais características. Logo após, foi realizada uma breve contextualização acerca da trajetória histórica que o Inquérito Policial percorreu, desde o Egito, passando pela Roma, Idade Média, Ordenações Portuguesas, Sistemas Mistos na França Napoleônica, e, por último, chegando ao Brasil, que foi inserido oficialmente no Brasil no ano de 1871, por meio do decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871.

Em seguida, foi analisada de forma bastante detalhada a questão do Inquérito policial como espécie de investigação preliminar no Brasil, evidenciando o trabalho executado pela Polícia Judiciária, através do Inquérito policial, bem como o conduzido pela autoridade policial objetivando a coleta de elementos suficientes de autoria e materialidade da infração penal. Foi ressaltado, que a maioria dos elementos probatórios juntados às ações penais são frutos do inquérito policial, que investiga suposto fato criminoso, com a possibilidade de torná-lo em fato punível. Destacou-se a observância ao Princípio da Livre Apreciação das Provas pelo Juiz quanto à contaminação do julgador e exclusão física dos autos da investigação, bem como o relativo direito ao contraditório e ampla defesa do autor do delito.

Os casos concretos salientaram os vícios que afetam o inquérito policial e suas consequências na ação e no processo criminal. Foi constatado que o inquérito policial produz tanto elementos de informação quanto de provas, estando sujeito às garantias constitucionais e legais, dentre elas o direito do cliente investigado ser acompanhado pelo advogado no período de apuração das infrações, com intuito de causar nulidade absoluta concernente ao interrogatório ou depoimento e, conseqüentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele resultantes ou derivados, direta ou indiretamente. Assim, a probabilidade de vícios no inquérito policial é admissível, sendo aplicável a ilicitude de provas nessa investigação preliminar, podendo tais vícios estenderem-se ao processo penal quando este for incorporado. Tanto o juiz quanto o delegado podem legitimar tais nulidades na fase preliminar, bem como sua contaminação ao processo penal, devem levar em consideração a individualidade ou pluralidade do elemento informativo ou probatório viciado, o efetivo saneamento do vício e a derivação das demais provas, não convalidando as nulidades com o recebimento da denúncia.

A problemática maior nesses casos de falhas, é quando o acusado é preso provisoriamente ou até mesmo condenado injustamente. Tendo em vista que tais falhas podem mudar drasticamente a vida de um inocente condenado injustamente, não obstante o tempo perdido dentro de um sistema prisional, tendo sua liberdade cerceada, mas sofrendo as mais diversas atrocidades a que estão sujeitos, tornandoos vulneráveis por erros que deveriam ser evitados. Tendo em vista que o inquérito policial deveria ser apenas um procedimento investigatório, com intuito de colher elementos suficientes da autoria e da materialidade das infrações penais e não um procedimento condenatório em casos de falhas.

Dessa maneira, verifica-se que a Polícia Judiciária desempenha papel essencial na condução do inquérito policial, cuja atuação é extremamente importante para a fase de persecução penal consubstanciada na ação penal. Incluindo-se também o fato de que os componentes alcançados pela autoridade policial são imprescindíveis para a decretação das medidas cautelares afetando sem intermédios os direitos fundamentais do investigado.

Por fim, reitera-se que o inquérito policial, é um instrumento de investigação preliminar legalmente previsto no Código de Processo Penal, porém necessita de cuidados excepcionais quanto a sua natureza de investigação que podem condenar ou libertar um inocente. Bem como de um aprofundamento nos estudos acadêmicos, todavia desprovidos dos preconceitos, os quais tem permeado esse debate nos últimos tempos, visando, assim, a obtenção de vantagens para o sistema de justiça criminal e para sociedade em geral.

8. REFERÊNCIAS

ALAMY, João Filho. O Caso dos Irmãos Naves – Um erro judiciário. 3ª Edição. Belo Horizonte. Editora Del Rey: 1993.

BRASIL, Lei nº 8.906, 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial da União. 05 jul. 1994.

BRASIL, Código de Processo Penal Brasileiro Decreto-Lei 3.689/41 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. (Acessado em 8 de julho de 2020.)

BRASIL. Decreto nº, de 22 de novembro de 1871. Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de setembro do corrente ano, que alterou diferentes disposições da legislação judiciária. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4824.htm Acesso em 29/08/2020.

BRASIL. Lei 261, de 3 de dezembro de 1841. Reformando o Código de Processo Criminal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS-LIM/LIM261.htm#art4§9 Acessado em 20/08/2020

BRASIL. Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842. Regula a execução da parte policial e criminal da lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/regulamentos/r120.htm Acessado em 29/08/2020

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm Acessado em 29/08/2020.

BOAVENTURA, Edivaldo M. Metodologia da Pesquisa: monografia, dissertação, tese. São Paulo: Atlas, 2004.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva. A investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p.279.

HOFFMANN, Henrique. "Mera informalidade" do inquérito policial é um mito. Revista Consultor Jurídico, nov. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016nov29/academia-policia-mera-informalidade-inquerito-policial-mito>. Acesso em: 29 Agosto de 2020.

HOFFMANN, Henrique. Investigação criminal pela Polícia Judiciária. 2º Ed. - Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017.

HOFFMANN, Henrique. Polícia Judiciária no Estado de Direito. 2º Ed. - Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017

LAKATOS, Eva Maria. Metodologia científica. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1989.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23-343.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 12º Ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. Nulidades e ilicitudes do Inquérito não contaminam o Processo Penal? Revista Consultor Jurídico, dez. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-19/limite-penal-nulidades-ilicitudes-inqueritonacontaminam-processo-penal>. Acesso em: 29 de agosto de 2020.

LUCKESI, Cipriano et al. Fazer universidade: uma proposta metodológica. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia Científica: para o Curso de Direito. São Paulo: Atlas, 2001.

NAFES, seles. OAB investiga procedimentos que levaram acusado de estupro para a cadeia. Macapá, 25.04.2014. Disponível em:

<https://selesnafes.com/2014/03/eu-estava-possuido-disse-monstro-que-estuprouentado-de-1-ano/> <https://selesnafes.com/2014/03/na-minha-visao-policial-nao-haduvidadiz-delegada-depois-de-comentario-do-diretor-da-politec/><https://selesnafes.com/2014/04/oab-investiga-procedimentos-que-levaramacusado-de-estupro-para-a-cadeia/> Acesso em 22 de outubro de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de processo penal e Execução penal. 12.^a ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. Monografia jurídica: orientações metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso. Porto Alegre: Síntese, 1999.

OLIVEIRA FILHO, Ênio Walcacer de. Constituição & inquisição: o inquérito policial e sua (in) constitucionalidade no Brasil pós 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PEREIRA, Eliomar da Silva. Teoria da Investigação Criminal. Coimbra: Almedina, 2011.

Autora:

Alessandra Prado Vilhena: Funcionária Pública, Pedagoga, Especialista em Ensino Superior, bacharel em Direito pela Faculdade Fabran, com especialização em Direito Tributário. Faculdade Brasil Norte (fabran) email: alessavilhena@yahoo.com.br

Hamilton Tavares dos Prazeres: Pós-graduado: MBA em Gestão Estratégica em Recursos Humanos - FCA. MBA - Gestão das Organizações Sociais pela Centro de Ensino Superior do Amapá - CEAP. Docência do Ensino Superior e Educação Digital - FCA. Bacharel em Ciências Econômicas pelo Centro de Ensino Superior do Amapá - CEAP. Formação Binacional em Practitioner em PNL - CBS. Atualmente, professor da Faculdade Cristão da Amazônia. Diretor Geral da HTP TREINAMENTOS. Credenciado da Escola de Administração Pública do Estado do Amapá. Professor da Faculdade Ensino Superior da Amazônia. Professor da Faculdade Brasil Norte - FABRAN nos Cursos de Direito, Administração e Contabilidade. Experiência nas áreas Administrativa e Financeira.



Capítulo 3

A IMPORTÂNCIA DA MEDICINA LEGAL NO PROCESSO PENAL

DOI:10.29327/543049.1-3

Aline Monique de Almeida Silva
Hamilton Tavares dos Prazeres



A IMPORTÂNCIA DA MEDICINA LEGAL NO PROCESSO PENAL

Aline Monique de Almeida Silva

Hamilton Tavares dos Prazeres

RESUMO

A Medicina Legal, como especialização científica está a serviço do Direito e da Justiça, percorreu longo e árduo caminho até se fixar e ser reconhecida a sua importância. A análise de sua trajetória demonstra a sua relevância jurídica, fazendo com que o pesquisador, ainda que de frente voltada ao passado, absorva sua valorização e sua valoração. Além do conhecimento Histórico, é importante para o estudioso das leis que este compreenda a finalidade da Ciências a serviço do Direito e, no presente trabalho, que acrescente a seu repertório o objetivo que o Direito confere aos exames médico-legais. A finalidade desta monografia é analisar a importância da medicina legal para o processo penal, tendo em vista que para a elucidação dos fatos correlatos à lide somente o Perito poderá esclarecer, mediante a perícia. Assim, esclarecendo se os fatos imputados ao acusado são verdadeiros ou não.

Palavras-chave: Medicina Legal. Perito. Processo Penal.

ABSTRACT

Forensic Medicine, as a scientific specialization is at the service of Law and Justice, has traveled a long and arduous path until its importance has been established and recognized. The analysis of his trajectory demonstrates its legal relevance, making the researcher, even with his forehead turned to the past, absorb his valuation and his valuation. In addition to historical knowledge, it is important for law scholars to understand the purpose of science in the service of law and, in the present work, to add to their repertoire the objective that law confers to medico-legal examinations. The purpose of this monograph is to analyze the importance of legal medicine for criminal proceedings, considering that for the elucidation of the facts related to the dispute, only the Expert can clarify, through the expertise. Thus, clarifying whether the facts imputed to the accused are true or not.

Keywords: Forensic Medicine. Expert. Criminal proceedings.

1. INTRODUÇÃO

Esta monografia pautou-se na análise da importância da medicina legal no Processo Penal, pois com o desenvolvimento tecnológico, que a cada dia vem conquistando seu espaço a nível mundial, a busca pela verdade real muito conservada no Direito Processual Penal, caminha-se para uma melhor exatidão nas conclusões a respeito de determinada autoria e materialidade quanto às Infrações Penais.

Ao executar o ramo do Direito Processual Penal, iremos enfrentar diversas perguntas que, se pesquisarmos apenas no Processual Penal, não iremos conseguir encontrar as respostas. São elas, às respostas, que muitos necessitam para a aplicação e defesa dos direitos de seus representados. Não apenas no Direito Processual Penal, mas também em outros ramos do Direito precisam de outras disciplinas para a elucidação de alguns “mistérios” que cercam essa matéria.

A Medicina Médico Legal é o ramo das ciências médicas que estudam diversos fenômenos voltado para o Direito, assim, necessária se faz a sua aplicação em muitos casos judiciais. Essa disciplina auxilia os peritos, aplicadores do direito (Advogados, Defensores, Procuradores e Promotores) e aos julgadores (Magistrados e Jurados) quanto à interpretação de determinadas infrações penais existentes na área Médico Legal.

A perícia criminal é uma atividade realizada por peritos que possibilita saber como determinada pessoa foi executada, como foi a execução, se houve meio cruel, qual tipo de lesão foi empregada no momento da execução, qual o objeto utilizado, dentre outros fenômenos, mediante análise dos vestígios materiais deixados pela infração penal. Pode ser realizada indiretamente, analisando-se manchas de sangue deixadas no local, vidros ou objetos cortantes quebrados; ou pode ser diretamente, realizando a perícia no próprio corpo da vítima, chamado de corpo de delito.

Assim, essa disciplina, atualmente, é de extrema importância para todas as ciências jurídicas, em especial ao Direito Penal, Material e Processual, porque é através dela que se pode esclarecer e comprovar os fatos imputados ao acusado, frisando a busca da verdade real, mesmo que não havendo o corpo material para proceder com o corpo de delito, utiliza-se da perícia para que possa sanear todas as dúvidas do juiz quanto ao delito cometido.

Considerando a escassez de textos que abordam objetivamente a importância da perícia médico-legal, seja na literatura, seja na literatura médica, o presente trabalho busca esclarecer a importância da Medicina legal para o processo penal.

Este trabalho não se encarrega de fazer grandes comentários médico-legais, muito menos de fazer do jurista um especialista nesta Ciência. Entretanto, pode abrir as portas para um conhecimento que se faz essencial para o operador do Direito. Trata-se de fazer despertar um conhecimento mínimo, através do despertar do pesquisador para a íntima relação da Medicina Legal com o Direito e sua fundamental importância.

Para isso, será realizada uma explanação sobre o conceito de Medicina Legal, contexto histórico, sobre a perícia como meio de prova e, por fim, a importância da Medicina Legal para o processo penal.

2. ASPECTOS GERAIS DA MEDICINA LEGAL

2.1. Conceito de medicina legal

A medicina Legal como sendo um conjunto de conhecimentos básicos de medicina, aliados ao Direito, auxilia na elaboração, interpretação e execução das leis, e ainda, contribuem no aperfeiçoamento das mesmas.

Nas palavras de Hélio Gomes (1958, p. 21):

Medicina Legal é o conjunto de conhecimento médicos e paramédicos destinados a servir ao direito, cooperando na elaboração, auxiliando a interpretação e colaborando na execução dos dispositivos legais atinentes ao seu campo de ação de medicina aplicada.

2.2. Histórico da medicina legal

Matéria que muito pouco desperta o interesse, o histórico de uma ciência deve ser analisado detalhadamente, tendo em vista alcançar a raiz de sua criação e, a partir da compreensão de seus fundamentos filosóficos, compreender a ciência em si. Impossível compreender a apreender de maneira correta a Medicina Legal sem preliminarmente estudar o seu histórico, pois a importância de sua história representa a sua própria importância. Informamos que, o marco inicial da Medicina Legal não pode ser afirmado com perfeição. Provavelmente, surgiu posteriormente ao surgimento da Medicina.

As primeiras evidências da relação entre Medicina e o Direito nos leva a antiguidade, o que não poderia ser diferente. Em tal época, os sacerdotes comandavam

por meio da força e da evocação divina, eram simultaneamente médicos, juízes e legisladores. Entretanto, a necropsia e vivisseção eram vedados, tendo em vista que os cadáveres eram considerados sagrados.

No Egito, cadáveres eram preservados e, em caso de crimes sexuais, o suspeito era sentenciado a condenação se, acorrentado ao leito numa sala do templo, apresentava ereção em face da demonstração de mulheres se exibindo nuas ou vestindo trajes transparentes. As leis de Menés preceituavam o exame para a verificação de gravidez, pois torturar ou martirizar mulheres grávidas era vedado pela norma. O His yuan lu, foi um tratado elaborado por volta de 1240 a.C, na China, e lecionava sobre o exame post-mortem, listava antídotos para venenos e dava orientações acerca de respiração artificial.

Para complementar o exposto acima, Hélio Gomes (2004, p.19) nos ensina que:

É o Hsi Yuan Lu, um volumoso manual para aplicação dos conhecimentos médicos à solução de casos criminais e ao trabalho dos tribunais, publicado pela primeira vez em 1948. Ao lado de noções fantasiosas, comuns aos escritos contemporâneos, refere-se ao diagnóstico diferencial de lesões antes e depois da morte, bem como à técnica de exame dos corpos, ilustrada com várias figuras.

Com relação ao Código de Hamurabi, a mais antiga legislação penal de que se tem notícia até hoje, informava em seu bojo normas que deixam nítida a relação entre o direito e medicina. Todavia, não determinava que o julgador era obrigado a ouvir o parecer do médico ao prolatar suas decisões.

O código de Mano vedava que idosos, crianças, indivíduos com desenvolvimento mental incompleto, pessoas insanas e ébrios fossem ouvida nos tribunais na condição de testemunha. No Império Romano, essa vedação nasce com o dispositivo contido na Lei das XII Tábuas, no ano de 449 a.C. essa legislação ordenava que o período limite da gestação seria de dez meses, além da postergação de julgamento por motivo doença do julgador ou quaisquer das partes. Uma especificação de lesões corporais, com o objetivo de arbitrar multa ao agressor, era elencada nas leis da antiga Pérsia.

Conforme a crença, Numa Pompílio determinou em Roma o exame médico na morte das grávidas: a Lex Regia determinava a histerectomia nos cadáveres. Há pessoas que acreditam que o termo “cesariana” surgiu do nascimento de César, resultado de uma histerectomia. Todavia, estudiosos ensinam que o termo descende de coedo, que significa “cortar”.

Os primeiros relatos que se tem documental acerca de exame cadavérico em vítima de homicídio, segundo os relatos de Suetônio, refere-se à tanatoscopia executado no cadáver do ditador romano Caio Júlio César. Por ter desprezado a opinião de seus adversários, em 15 de março de 44^a.C, o ditador foi vítima de um ataque provindo de sessenta de seus senadores, liderados por seu filho adotivo Marcus Julius Brutus e por Caio Cássio. O referido exame mencionado foi efetuado por Antístio, médico e amigo de Júlio César, que constatou a existência de 23 golpes de adaga, sendo apenas um deles mortal. Entretanto, Antístio procedeu ao exame não como perito médico, mas como cidadão do Império Romano.

Conforme os relatos de Tito Lívio, filósofo e historiador romano, o cadáver de Tarquínio, que faleceu assassinado, e o de Germânico, suspeito de ser vítima de envenenamento, foram examinados por um médico. Salienta-se que os referidos exames eram de viso, considerando a ilegalidade dos exames cadavéricos na época.

Se deve a Justiniano, na Idade Média, o reconhecimento dos médicos como testemunhas especiais em juízo, todavia, não tendo os juízes a obrigação de ouvi-los. As capitulares de Carlos Magno informavam que os julgamentos deveriam ser pautados em pareceres médicos, devendo os julgadores tomar depoimentos dos médicos nos casos de lesão corporal, impotência, estupro, tortura, infanticídio entre outros. Não obstante o avanço em relação à valorização e reconhecimento desta área médica, as ordálias configuram um grande retrocesso a função da Medicina ante a Justiça, uma vez que a prática nordo-germânica das provas inquisitórias das provas inquisitórias atribuía o juízo de valor a Deus.

No período chamado de canônico, a Medicina Legal teve forte influência do cristianismo, sendo restabelecido o concurso das perícias médicas pelo Papa Inocêncio III, no ano de 1209. As decretais dos Pontífices dos Concílios tratam exaustivamente da sexologia, porque é baseada nela que se fundamenta a moralidade. O médico passa a ter fé pública nos assuntos concernentes à sua profissão e as perícias passam a ser obrigatórias. A Anulação do casamento por impotência enseja a chamada prova do congresso, posteriormente vedada no ano de 1677 pelo Parlamento França e que se baseava em um exame realizado “por três parteiras e após por três médicos que, separados do casal por uma cortina, em aposento contíguo, confirmavam a realização ou não da conjunção carnal, em burlesca caricatura de perícia”. De acordo com Jozefram Freire as práticas rudimentares e poucos conhecimentos predominavam, o que demonstra “o

esforço despendido por diversos autores na resolução de problemas que, embora originados no cotidiano, eram extremamente complexos, principalmente pelos poucos fundamentos científicos da época”.

No ano de 1532 foi proclamada a *Constitutio Criminalis Carolina*, considerada o primeiro documento de Medicina Judiciária, que discorria exaustivamente acerca de temas médico-legais e previa a obrigatoriedade de ouvir os médicos antes da prolação da sentença. Em virtude de tal legislação penal criminalista, a Alemanha é considerada o berço da Medicina Legal.

Um dos grandes avanços da norma foi autorizar a execução de exame tanatoscópico em caso de morte violenta. O corpo do Papa Leão X foi necropsiado por suspeita de morte por envenenamento. O autor Hélio Gomes nos informa que a *Constitutio Criminalis Carolina* “abrigava o embrião da Medicina Legal como disciplina distinta e individualizada”. Diante da obrigatoriedade das perícias, a maior circulação de informações acerca do tema motiva a publicação das primeiras obras de valor sobre Medicina Legal no Ocidente. Ressalta-se que os primeiros relatos de tratados sobre o tema surgiram na segunda metade do século XVI.

Fávero (1991) entende como surgimento da Medicina Legal o *Edito della gran carta della Vicaria di Napoli*, de 1525. Grande parte dos doutrinadores acredita que a Alemanha seja o berço da Medicina Legal enquanto ciência.

Fávero (1991) nos ensina:

No século XVIII, a Medicina Legal se instituiu como disciplina científica e, daí para cá, se aprofundou em realizações, pelas três escolas rivais, que disputam a supremacia – a francesa, sintética e original, a alemã, analítica e erudita, e a italiana, reunindo às vantagens do gênio latino o amor às minudências da escola alemã.

No ano de 1602 Fortunato Fidelis, publica na cidade de Palermo a obra mais detalhada sobre a Medicina Legal, chamada de *Relatoribus Libri Quator in Quibus ea Omnia quae in Forensibus ac Publicis Causis Medici Preferre Solent Plenissime Traduntur*. A respectiva obra, foi dividida em quatro volumes, versava respectivamente de saúde pública; ferimentos; simulação de doenças e erro médico; virgindade, impotência, gravidez e viabilidade fetal e, por fim, sobre a vida e morte, fulguração e envenenamento. Fidelis defendia a realização de necropsia completas, diversas daquelas anteriormente citadas.

Ressalta-se que a obra que teve grande destaque foi a do romano Paulus Zacchias, que se constituiu em dez livros publicados entre os anos de 1621 e 1658. Naquele período, os livros tratam sobre Medicina Legal e relacionavam à saúde pública, o que não foi o caso da obra de Zacchias. A referida coletânea serviu de referência ao estudo da Medicina Legal até o início do século XIX. Ressalta-se que no presente século que a Medicina Legal se estabilizou pautada no conceito que a justiça lhe conferiu: o de produzir provas em face da ciência. Isso se confirma nas palavras de Hélio Gomes (2004):

A partir da segunda metade do século XIX, a aplicação do método científico às ciências biológicas modificou a postura dos médicos com relação às doenças. Paulatinamente, foram surgindo as especialidades clínicas e cirúrgicas. A Medicina Legal, como caudatária deste desenvolvimento, passou a ser considerada como ciência, uma forma de medicina aplicada.

2.3 Histórico da medicina legal no Brasil

Nosso país deu início aos estudos na área da Medicina Legal tardiamente em relação a Europa, conhecida como o velho continente. Apesar da influência portuguesa no meio intelectual e cultural, Portugal não influenciou o país no campo da Medicina Legal, tendo em vista que, em tal país, aquela época, os estudos médico-legais não eram satisfatoriamente desenvolvidos.

No fim da era colonial surgem os primeiros documentos médico-legais no país, fruto de estudos influenciados pela França e, um pouco mais sutilmente, pela Itália, bem como pela Alemanha. A primeira publicação de documento médico-legal brasileiro, da fase nacionalista da consolidação de tal ciência no país, no ano de 1814. Em tal documento, Gonçalves Gomide, médico e senador do Império contesta parecer exarado por dois outros médicos. Agostinho José de Souza Lima assume o ensino prático da disciplina na Faculdade de Medicina no Rio de Janeiro e, sem ter conhecimento no âmbito jurídico, interpreta a legislação brasileira a luz dos conhecimentos médico-legais da época, sendo por isso considerado pioneiro em Medicina Legal em nossa pátria.

Em tal período, os juízes não eram obrigados a consultar os médicos antes de prolatar a sentença. Esta obrigação nasceu com o Código Penal do Império, em 15 de dezembro do ano de 1830. No ano de 1832, a área do Processo Penal é estruturada no Brasil, trazendo à lume normas sobre os exames de corpo de delito, instituindo

oficialmente a perícia médica criminal. Muitas destas determinações primordiais ainda se encontram em vigência no texto moderno da norma procedimental penal. Neste mesmo ano, as faculdades tornaram-se oficiais de Medicina as da Bahia e do Rio de Janeiro, fazendo parte da grade curricular do curso, em ambas as instituições de ensino superior, a disciplina de Medicina Legal. Estudos nessa área cresceram por conta da defesa de tese para a obtenção do título de doutor em Medicina.

A primeira publicação abordando sobre exame Tanatológico no Brasil foi em 21 de setembro de 1835 e relata a necropsia realizada no Regente João Moniz, realizada pelo cirurgião família imperial, Hércules Otávio Muzzi.

No ano de 1854, o mais experiente catedrático de Medicina Legal da Faculdade Médica do Rio de Janeiro, o conselheiro José Martins da Cruz Jobim, foi incumbido, pelo Ministro da Justiça, da missão de coordenar comissão para uniformizar a prática dos exames médico-legais, controlando uma tabela prognóstica das lesões corporais.

Em 1856, foi regulamentada a atividade médico-legal através do Decreto nº 1.746, de 16 de abril do ano citado. A assessoria era formada por quatro médicos, dos quais dois eram membros efetivos e incumbidos de realizar os exames periciais e os dois outros eram professores de Medicina Legal e ocupavam o cargo de consultores, se responsabilizando, pelos exames toxicológicos. No mesmo ano, para atender a demanda dos exames a se realizar foi criado o primeiro necrotério do Rio de Janeiro.

A partir de 1891, a disciplina de Medicina Legal passa a configurar como obrigatória nos cursos de Direito no país. A inclusão foi proposta por Rui Barbosa na Câmara dos Deputados e, felizmente, conseguiu ser aprovada. Para os estudantes do curso de Direito, este é um marco na história do curso jurídico, tendo em vista que é de fundamental importância que o bacharel possua, ao menos, conhecimentos básicos sobre a ciência médico-legal. Se a finalidade da Medicina Legal como alicerce jurisdicional já se havia fixado, imprescindível se faz o estudo da disciplina em tela.

O período de desenvolvimento e consolidação, chamada como nacionalista da Medicina Legal, teve como grande nome Raymundo Nina Rodrigues, dito por muitos como o maior professor de Medicina Legal do século XIX. O catedrático defendia a realização de concursos públicos a fim de nomear peritos oficiais. As obras de Rodrigues tiveram repercussão e reconhecimento internacionais. O respeitável estudioso e mestre morreu em Paris, em 17 de julho de 1906.

No ano de 1915 a Lei Maximiliano da legitimidade para serem realizadas aulas

práticas nas Faculdade de Medicina e reconhece a validade jurídica dos laudos elaborados. Ainda concernente à validade jurídica dos laudos periciais, em 1924 o Serviço Médico-legal se transforma no Instituto Médico-Legal e, em consequência disso, se suborna diretamente ao chefe de polícia do Distrito Federal.

O código de Processo Penal de 1941, em vigência até hoje, ordena que as perícias sejam procedidas somente e exclusivamente por peritos oficiais. Salienta-se que no ano de 1967 foi fundada a Associação Brasileira de Medicina Legal, sendo hoje a Medicina Legal reconhecida pela Conselho Federal de Medicina, pela Associação Médica Brasileira e pela Comissão Nacional de Residência Médica do Ministério da Educação como especialidade médica.

3. PERÍCIA COMO MEIO DE PROVA

Conforme já foi relatado, desde os princípios da jurisdição, a Medicina Legal mantém estreito convívio com o Direito. Hélio Gomes (2004) nos informa que:

Sendo o Direito uma ciência humana, é preciso, em primeiro lugar, que o profissional do Direito tenha bom conhecimento do que é o ser humano em sua totalidade. [...] Para isto, não é necessário que possua o saber de um profissional da área biomédica, mas tem que conhecer as bases daquela unidade.

Conforme relatado logo acima, não é o direito uma área de estudo autossuficiente, necessitando, por conseguinte, o seu estudioso deter conhecimentos pelo menos básicos sobre as ciências que o influenciam e nele se refletem. Além disso, por ser considerada a perícia como um meio de prova, especialmente no processo penal, deve o julgador ter conhecimentos básicos sobre tal matéria, com a finalidade de compreender o espírito das normas e bem gerir sua execução.

3.1 Provas

3.1.1 Conceito e finalidade

Do latim probatio, a palavra prova significa argumento, confirmação. No processo Penal, procura-se uma reconstituição dos fatos, de forma fiel o máximo possível. Não se contenta com o convencimento do Juiz. Deve-se perseguir a reconstrução histórica do fato imputado ao réu. Provar, no processo, em especial no penal, é constatar a existência ou não de um fato, a falsidade ou veracidade de uma tese.

No processo penal, a verdade que se pretende não é uma verdade suprema, mas somente a verdade histórica, ou seja, aquela que guarda uma relação de correspondência entre os fatos que constroem o thema probandum e a ideia ou juízo que se faz a respeito da realidade de tais fatos. A perseguição de tal verdade na persecução penal nada mais é do que a reprodução dos fatos históricos que compõem a pretensão punitiva em juízo, ou a própria res in iudicium deducta, como afirmavam os latinos.

De forma objetiva, a prova é o conjunto de meios ou elementos com o objetivo de demonstrar as alegações trazidas ao processo; de forma subjetiva, a prova é o convencimento do Julgador sobre a existência dos fatos narrados e comprovados durante o processo. Assim, a prova tem a finalidade de comprovar a autoria e a materialidade dos fatos discutidos na ação, para que o magistrado materialize a verdadeira justiça.

3.2 Princípios que regem as provas

É de conhecimento de todos que os princípios são verdades aceitas por serem evidentes ou por terem sua efetividade comprovada pela doutrina, bem como pela jurisprudência. No Direito tem a função de organizar e orientarem o entendimento de todo ordenamento jurídico, porque funcionam como um suporte para o legislador, seja para importar diretrizes, aplicar e interpretar as normas. Eles têm a função ainda para o surgimento de regras que conduzem a aplicação da lei.

Tal regra também serve ao Direito Processual Penal, pois versa de uma ciência. Assim, as provas são orientadas pelos princípios da comunhão da prova, da audiência contraditória, da liberdade das provas, da auto-responsabilidade das partes, da oralidade, da publicidade, da identidade física do juiz e, finalmente, o princípio do livre convencimento motivado.

3.2.1 Princípio da aquisição e comunhão das provas

No momento de formação das provas a responsabilidade será da parte que a

produzir, uma vez entregue, o valor probatório será do processo. Mediante isso, o magistrado aperfeiçoará a sua convicção em relação à prova a fim de julgá-la.

Com relação ao referido princípio, Nucci (2008) informa que: “não há titular de uma prova, mas mero proponente”, ou seja, constata-se a supremacia do interesse público, bem como as provas não pertencem às partes e, sim, ao processo, tendo em vista que a finalidade é formar o convencimento do magistrado. Salienta-se que a prova levada ao processo por uma das partes pode ser aproveitada pela parte adversa.

3.2.2 Princípio da audiência contraditória

Ao tratarmos do princípio da audiência contraditória em que as partes que compõem a lide participam da produção probatória, não devemos esquecer de informar o princípio do contraditório, o qual tem previsão na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5, LV. Vejamos:

Art. 5, LV: Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral é assegurado o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]

Na audiência de instrução e julgamento é que nasce esse procedimento, no qual há, de acordo com o dispositivo 400 do Código Penal: a acusação da vítima; testemunhas das partes; contradição.

Diante disso, toda prova poderá, a critério da parte contrária, ser contradita. Ressalta-se que uma prova não pode ser produzida sem o conhecimento da parte adversária. Pois, fato violaria o princípio do devido processo legal, bem como da ampla defesa.

3.2.3 Princípio da autoresponsabilidade das partes

Considerando que cada indivíduo responde pelo exercício probatório que produzir, pode-se dizer em ônus da prova que atribui a responsabilidade no litígio às partes com o intuito de demonstrar a verdade dos fatos. Essa forma de provar um acontecimento, além de ser usado para convencer o magistrado, também é utilizado para o benefício de algum dos litigantes na referida relação processual. Assim, de acordo com o artigo 156 do CPP:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz

de ofício: I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II - determinar, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Vale ressaltar que esse ônus não é uma obrigação ou dever e, sim, um compromisso no qual as partes estabelecem. Diante disso, podemos constatar que com relação a produção de provas, as partes assumem as consequências de sua inércia, erro ou atos dolosos.

3.2.4 Princípio da oralidade

Antes da reforma processual do ano de 2008, a oralidade só era adotada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais – Lei nº 9.099/95, art. 82 – e no plenário do Tribunal do Júri. Com as mudanças trazidas pela Lei nº 11.719/08 e pela lei nº 11.689/08, a oralidade passou a ser adotada, como regra, no procedimento comum e também em ambas as fases do procedimento bifásico do Júri. Optou-se, assim, pela adoção do princípio da oralidade, em virtude de qual deve ser dada preponderância à palavra falada sobre a escrita, sem que esta seja excluída. Da adoção desse princípio derivam importantes subprincípios, de acordo com Renato Brasileiro (2020). Vejamos:

1) princípio da concentração: consiste na tentativa de redução do procedimento a uma única audiência, objetivando encurtar o lapso temporal entre a data do fato e a do julgamento. Afinal, quanto mais próxima do fato delituoso for proferida a decisão final, maior é a possibilidade de se atingir a verdade. Caso não seja possível concentrar a produção da prova em uma única audiência, deve-se designar a próxima audiência para a data mais próxima. Nessa linha, segundo o art. 400, § 1º, do CPP, “as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”;

2) princípio do imediatismo: deve o juiz proceder diretamente à

colheita de todas as provas, em contato imediato com as partes. Isso, todavia, não impede a produção de provas por videoconferência, como será visto adiante;

3) princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias: a fim de se evitar sucessivas interrupções na marcha processual em virtude de eventuais recursos interpostos pelas partes contra as decisões tomadas pelo magistrado durante o trâmite do processo, deve-se trabalhar com a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Isso, no entanto, não significa dizer que decisões arbitrárias não possam ser impugnadas. Haverá sempre a possibilidade de a matéria ser discutida em preliminar de futura apelação, seja por cerceamento à acusação, seja por cerceamento à defesa, sem prejuízo, obviamente, dos remédios constitucionais do mandado de segurança e do habeas corpus;

4) princípio da identidade física do juiz: outrora adotado somente no processo civil (CPC, art. 132, caput), esse princípio passou a ser adotado no âmbito processual penal a partir das alterações produzidas pela Lei nº 11.719/08 (CPP, art. 399, § 2º).

3.2.5 Princípio da identidade física do Juiz

De fato, não se trata de uma novidade no âmbito do processo penal, porquanto, de certa maneira, pode-se dizer que referido princípio já era aplicável na sessão de julgamento do Tribunal do Júri e no âmbito do Juizados Especiais Criminais.

Nos termos da nova redação do artigo 399, §do Código de Processo Penal, magistrado que presidir a instrução deverá prolatar a sentença. A recepção desse princípio proporciona o indispensável contato entre o acusado e o julgador, assim como a colheita imediata da prova por aquele que, efetivamente, irá proferir a decisão. Muito útil a introdução desse princípio no processo penal, já que, antes da reforma processual de 2008, era extremamente comum que um juiz interrogasse o acusado, outro ouvisse as testemunhas de acusação, outro as de defesa, com um quarto magistrado prolatando a sentença. Esse distanciamento entre a prova e o magistrado prejudicava a formação de

um quadro probatório coeso e harmônico, prejudicando um dos escopos do processo penal, que é a busca da verdade.

Ao colocar o princípio da identidade física do juiz no processo penal, o art. 399, §2, do Código de Processo Penal, não ressaltou situações em que o princípio será atenuado. Sem embargo do silêncio do legislador, acreditamos ser possível a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, como faculta o dispositivo contido no Código de Processo Penal. Assim, o magistrado que presidir a instrução deve julgar a demanda, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor, conforme art. 132, caput, do CPC.

Constatamos que em virtude da aplicação subsidiária do art. 123 do Código de Processo Civil na área penal, ainda que determinado magistrado tenha presidido a instrução probatória de determinado feito, caso seja ele removido para outra vara judicial, deverá passar os autos a seu sucessor, se, não obstante a remoção, o magistrado insistir em proferir a sentença, deve ser reconhecida sua incompetência e consequente nulidade da decisão por ele prolatada. Afinal, nos termos do artigo 123 do CPC, o magistrado que presidiu a instrução, mas que por qualquer motivo estiver afastado, não preferirá, devendo encaminhar os autos a seu sucessor.

3.2.6 Princípio da Publicidade

De acordo com este princípio, todos os atos, via de regra, sejam eles da justiça ou da administração, são públicos, ressalvados aqueles que foram decretado o segredo de justiça, que servem apenas com a finalidade de proteger às investigações enquanto ainda não executada, sendo que, posteriormente e com as devidas conclusões, devem ser públicos.

A importância deste princípio se fundamenta no fato de que os interessados diretos, bem como o povo precisam saber e conhecer os atos para preservarem e fazer cumprir as garantias fundamentais contidas no Constituição Federal de 1988, como o mandado de segurança, direito de petição, ação popular, habeas dará e diversos outros.

Verifica-se que quando todos sabem da real verdade, a perseguição pela justiça é mais compreensível, pois assim se busca o que realmente aconteceu e há um remédio jurídico para se combater uma eventual injustiça ou abuso.

Assim, é conferido a transparência da justiça, a imparcialidade a responsabilidade do Juiz. Essa possibilidade garante que todos os indivíduos possam verificar os autos de um processo e de estar presente em audiência, sendo assim, um instrumento de fiscalização dos trabalhos daqueles que operam com o Direito.

Diante disso, verifica-se que os atos judiciais e administrativos são, via de regra públicos, com exceção da decretação do segredo de justiça. Logo, constatamos que as provas também são públicas.

3.2.7 Princípio do livre convencimento motivado

O Dispositivo 131 do Código de Processo Civil também consagra o Princípio do livre convencimento motivado, como sistema da persuasão racional. Assim, o magistrado é livre para analisar as provas produzidas e decidir a demanda que lhe foi apresentada conforme seu próprio critério de entendimento, por meio do seu raciocínio e na lógica, desde que tenha por fundamento os elementos que estão presentes no autos, as provas, e que fundamente sua decisão, sempre fundamentado na legislação pátria e na Constituição Federal de 1988.

No processo penal as provas não possuem valor absoluto e, sim, relativo e não são pesada de acordo com a lei, sendo que o magistrado, no caso o julgador e aplicador da lei, possui a liberdade de apreciá-las da maneira que melhor lhe convencer, de acordo com o seu entendimento, desde que sua decisão seja fundamentada sob pena de ser nula. Conforme prevê o artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988. Vejamos:

Art. 93, IX: Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade

Nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, *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. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Cale ressaltar outro importante comentário que é do autor Nelso Nery Júnior (2004, p. 519):

Livre convencimento motivado. O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula pleno jure (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto.

Ao analisar as provas dessa forma, o magistrado não se vale de qualquer que seja a orientação legal, mas sim, de uma forma racional, de acordo com sua intuição ou convicção, considerando todos os elementos apresentados nos autos em sua integridade. Logo, o magistrado apresenta os argumentos devidamente fundamentados que o levaram à determinada decisão.

E por fim, vale frisar que no nosso sistema jurídico não há hierarquia entre as provas contidas em um processo, sendo que todas as provas apresentadas possuem o mesmo valor para o entendimento do magistrado que irá julgar o caso em tela que se apresenta.

3.2.8 Princípio da liberdade probatória

Em virtude dos interesses envolvidos no processo penal – de um lado, o interesse do indivíduo na manutenção de seu *ius libertatis*, com o pleno gozo de seus direitos fundamentais, do outro, o interesse estatal no exercício do *jus puniendi*, com a finalidade de tutela dos bens jurídicos protegidos pelas normas penais – adota-se, na área processual penal, a mais ampla liberdade probatória, seja quanto ao momento ou tema da prova, seja quanto aos meios de prova que podem ser utilizados. Considerando os princípios da busca da liberdade probatória, existe, no processo penal, uma liberdade probatória maior que no processo civil.

3.2.8.1 Liberdade probatória quanto ao momento da prova

Com relação ao momento da prova, verifica-se que, no processo penal, e pelo menos em regra, as provas podem ser produzidas a qualquer momento. Nessa linha de

pensamento, prevê o art. 231 do Código de Processo Penal que, salvo os casos expressos na norma, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase da persecução penal.

Salientamos as exceções presente a essa regra. Uma delas versa sobre a apresentação das testemunhas. Segundo o art.41 do Código de Processo Penal, o rol de testemunhas deve ser demonstrado na própria peça acusatória. Já quanto a defesa, o momento é o da apresentação da resposta à acusação, nos termos do art. 396-A do CPP. Teoricamente, portanto, se a parte não arrolou a testemunha no momento processual oportuno, dar-se-ia preclusão temporal, inviabilizando que tal testemunha fosse ouvida no processo. Entretanto, não se pode omitir que o princípio da busca da verdade permite que o magistrado produza provas de ofício durante o processo. Assim, ainda que as partes tenham deixado de apresentar o rol no momento processual oportuno, nada impede que o julgador ordene a oitiva de tais testemunhas com base no artigo 156, inciso II, c/c art. 209, *caput*, do CPP.

Além da exceção apresentada, informo outra importante a ser salientada ao momento da produção da prova, constava no artigo 406, § 2º, do Código de Processo Penal, que previa que, na primeira fase do procedimento do júri, era vedado às partes proceder à juntada de documentos quando da apresentação de alegações finais. Tal exceção foi revogada pela Lei nº 11.689/08, ressaltando que, pela nova redação do artigo 411, §3, do Código de Processo Penal, as alegações finais doravante serão orais.

Ainda com relação à restrição quanto ao momento da produção de prova, há de se dar especial atenção ao dispositivo constante no artigo 479 do Código de Processo Penal. O qual prevê que durante o julgamento no júri não será permitida a leitura de documentos ou exibição de objeto que não tiver sido juntado ao processo com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

3.2.8.2 Liberdade probatória quanto ao tema da prova

Com relação ao tema da prova, verifica-se que podem ser produzidas provas sobre quaisquer fatos que tenha relação com o processo. Claramente, magistrado e partes devem estar atentos ao objeto da prova, ou seja, a instrução probatória ter como guia as afirmações feitas pelas partes que interessam à resolução do processo. O artigo 400, § 1, do Código de Processo Penal, permite que o magistrado indefira a produção de provas consideradas irrelevantes ou protelatórias.

3.2.8.3 Liberdade probatória quanto aos meios de prova

Finalmente, com relação aos meios de provas, tem-se no processo penal ampla liberdade probatória, sendo autorizada a parte se valer tanto de meios de provas nominados, quanto de meios inominados. O parágrafo único do art. 155 do Código de Processo Penal afirma essa liberdade probatória quanto aos meios e formar, ao informar que somente quanto ao estado das pessoas serão observados os limites estabelecidos na lei civil. *A contrario sensu*, portanto, desde que o objeto da prova não trate sobre o estado das pessoas, qualquer meio de prova poderá ser utilizado.

Certamente, esses meios de prova devem ter sido obtidos de maneira lícita e com saudação à ética e à moral, tendo em vista o preceito constitucional que veda a admissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos. Se o Estado-Juiz não pode exercer o *jus puniendi* sem antes certificar-se que o fato imputado ao acusado é verdadeiro, também não é menos verdade que a averiguação da verdade deve ser feita por meios lícitos, que se adequem à moralidade dos atos públicos e que respeitem as liberdades públicas garantidas pela Constituição Federal de 1988.

Por falar dessa limitação, prevê o dispositivo 369 do novo Código de Processo Civil que “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

E por fim, saliento que além da proibição às provas obtidas por meios ilícitos, antiéticos e imorais, existem outras exceções no campo da liberdade probatória quanto aos meios de prova.

3.9 Princípio do *favor rei*

De acordo com a visão formal, o princípio da igualdade nos ensina que todos são iguais perante a lei, que não pode estabelecer distinções ou discriminações entre sujeitos iguais. Entretanto, a nossa realidade nos mostra, de maneira incontestável, que tal igualdade não existe, especificamente em sede processual penal. De um lado geralmente vemos o Ministério Público, titular da ação penal pública, com todo seu poder e aparato oficial, sendo auxiliado por outro órgão estatal, Polícia Judiciária, que municia o *diminus litis* com os elementos de informação necessários ao oferecimento da denúncia. Do outro lado

notamos o acusado, invariavelmente num plano de inferioridade, até mesmo por conta do caráter seletivo do direito penal.

Por esse motivo, não basta uma mera igualdade formal. Há de ser buscada substancial por meio da criação de mecanismos processuais capazes de reequilibrar tamanha desigualdade, permitindo que o acusado possa desenvolver sua tese de defesa em paridade substancial de armas com a acusação.

Tal mecanismos, que formam um conjunto de privilégios processuais, estabelecidos em favor do acusado, dando ensejo ao denominado *favor rei* ou *favor libertatis*, justificam-se exatamente pela situação inicial de desigualdade que coloca o acusado em posição inferior aquela ocupada pela acusação. Logo, são plenamente constitucionais à luz do princípio da isonomia porque objetivam conferir tratamento desigual aos desiguais para que se atinja a verdadeira igualdade. São diversos os exemplos de mecanismos postos à disposição exclusiva da defesa na busca de equilibrar os pratos da balança com a acusação: recursos privativos da defesa, como os embargos infringentes; regra de interpretação da prova do *in dubio pro reo*; absolvição por falta de provas; revisão criminal exclusivamente *pro reo*, entre diversas outras.

4. A IMPORTÂNCIA DA MEDICINA LEGAL NO PROCESSO PENAL

A medicina legal liga-se ao direito penal, devido a sua importância nas lesões corporais, sexualidade criminosa, aborto legal ilícito, infanticídio, embriaguez, homicídio, emoção e paixão, etc. Assim como direito processual penal também é vista sua atuação no que tange a psicologia da testemunha, da confissão, da acareação do acusado e da vítima, das perícias.

Assim, conforme o exposto, verifica-se que as perícias, com relação ao processo penal, figuram como extrema importância para o esclarecimento de todo o processo criminal, sendo que sem a perícia não há como se chegar a uma certeza quanto à busca da verdade real dos fatos.

Destarte, ao buscar a verdade real, o processo penal necessita de uma disciplina que estuda os fenômenos mais interessantes de toda a ciência mundial, a medicina.

Frisa-se que é com a medicina, que o processo penal, através da medicina médico legal, consegue desvendar não apenas alguns casos e, sim, mais de 90% (noventa por cento), visto que a diversos são os crimes que envolvem a aplicação médico legal, como já foi citado.

Apesar de não vincular o Juiz, respeitando o princípio do livre convencimento do Magistrado, o exame pericial deve ser pautado nas normas técnicas, científicas e jurídicas, para que sirva o seu objetivo de auxiliar a Justiça e esclarecer fatos obscuros para o julgador, ainda, não pode ignorar o conjunto de regras éticas que norteiam cada especialidade profissional. No caso do perito, devem ser observadas as normas de sua especialidade e as normas éticas periciais (além de outras tantas). As normas técnicas, éticas e jurídicas que norteiam o trabalho do perito visam resguardar não apenas o interesse do particular, como também a administração da justiça.

A perícia desempenha fundamental papel no auxílio processual não apenas penal, mas auxilia todos os ramos do Direito. A função da perícia não é postular em favor de nenhuma das partes; não é acusar, nem inocentar. O papel principal é, de forma totalmente imparcial, verificar o fato que veio a lhe dar causa. Muito mais que satisfazer interesses particulares das partes, a perícia visa satisfazer os interesses da Justiça, se materializando este fato no auxílio da formação da convicção do douto julgador. Eis aí a extrema valia da perícia perante a Justiça.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico buscou demonstrar, a importância da medicina legal no processo penal, devido se fazer necessário e importante às pessoas, principalmente ligadas à área da justiça, o conhecimento da área da medicina legal, bem como a compreensão na leitura dos laudos e documentos médico-legais, da realização de perícia.

Como demonstrado, por se tratar de medicina a serviço da justiça, é imprescindível o entendimento da ligação da medicina legal com as áreas do Direito, e especificadamente, conforme abordado no presente trabalho, no ramo processual penal.

A medicina legal, sendo o conjunto de conhecimentos básicos de medicina aliados ao direito, auxilia nas leis e cumprimento das mesmas. Sua importância se dá, devido aos casos de investigação, esclarecimentos e exames periciais de determinados fatos importantes à efetivação da justiça. Como relata o presente trabalho, a medicina legal evoluiu e foi transformada ao longo do tempo, e seu desenvolvimento foi grandioso.

No que tange ao conhecimento de perícias, constatou-se que estas são exames de elementos materiais e vestígios, que se tornam uma prova, demonstrando a veracidade ou não de fatos alegados. Percebe-se, também, que as perícias podem ser classificadas de

acordo com a natureza da matéria a ser examinada, podendo assim ser realizadas por profissionais da área colocada em questão.

As perícias como colocado na presente pesquisa, podem ser realizadas em pessoas vivas, cadáveres, animais, substâncias e objetos. São solicitadas por autoridade competente, policial, militar ou judiciária, visando esclarecer à justiça os fatos relacionados a determinado evento. Quanto ao tipo de perícias, essas podem ser diretas ou indiretas, na primeira, o perito pessoalmente pericia o objeto de perícia, no segundo, o perito se utiliza de outros meios para realizar a perícia, como exames laboratoriais, relatórios médicos, prontuários, etc.

Assim, não se pode mais imaginar a persecução de verdade real sem analisar os fatos, de forma científica e revestida de certeza inabaláveis. Eis o papel das perícias e, no caso, da perícia médico-legal para a Justiça: trazer à lume convicções incontestáveis.

Dessa forma conclui-se que a importância do tema ficou claro, sendo cada vez mais estudado, sendo necessário o conhecimento dessa área, principalmente na área penal, para que se dê um bom desenvolvimento dos trabalhos judiciais, bem como seja efetiva e satisfatória a justiça que todos almejam.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL, Código de Processo Civil Brasileiro Decreto-Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm (acessado em 27 de outubro de 2020)

BRASIL, Código de Processo Penal Brasileiro Decreto-Lei 3.689/41. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. (acessado em 8 de outubro de 2020)

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 de outubro. de 2020.

BRASIL, Decreto Lei nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm <acessado em 29 de outubro de 2020>

BRASIL, Decreto lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11719.htm.(acessado em 28 de outubro de 2020)

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. São Paulo Editora juspodivm, 2020

CALENDÁRIO histórico: 44 a.C.: **assassinato** do imperador Júlio César., Disponível em [**CARDOSO**, Leonardo Mendes. **Medicina legal para o acadêmico de direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.](https://www.dw.com/pt-br/44-ac-assassinato-de-j%C3%BAlio-c%C3%A9sar/a-781828#:~:text=Em%2015%20de%20mar%C3%A7o%20de,Rep%C3%ABlica%20e%20come%C3%A7o%20do%20Imp%C3%A9rio.&text=Mas%20C%C3%A9sar%20sabia%20que%2C%20se,acontecesse%2C%20seria%20levado%20ao%20tribunal.<Acesso em 29 de out. de 2020.></p>
</div>
<div data-bbox=)

CROCE, Delton; **JUNIOR**, Delton Croce. **Manual de medicina legal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FÁVERO, Flaminio. **Medicina legal: introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia**. 12. ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1991.

FRANÇA, Genival Veloso de **Medicina Legal**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

GOMES, Hélio. **Medicina legal**. 33. ed. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 2004.

HOFFMANN, Henrique. **Investigação criminal pela Polícia Judiciária.** 2º Ed. - Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017.

HOFFMANN, Henrique. **Polícia Judiciária no Estado de Direito.** 2º Ed. - Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal.** 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 3. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA FILHO, Ênio Walcácer de. **Constituição & inquisição: o inquérito policial e sua (in) constitucionalidade no Brasil pós 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Autora:

Aline Monique de Almeida silva: Funcionária Pública, técnica de Enfermagem, auxiliar de necropsia, bacharel em Direito pela Faculdade Fabran, com especialização em Direito público e previdenciário.

Hamilton Tavares dos Prazeres: Pós-graduado: MBA em Gestão Estratégica em Recursos Humanos - FCA. MBA - Gestão das Organizações Sociais pela Centro de Ensino Superior do Amapá - CEAP. Docência do Ensino Superior e Educação Digital - FCA. Bacharel em Ciências Econômicas pelo Centro de Ensino Superior do Amapá - CEAP. Formação Binacional em Practitioner em PNL - CBS. Atualmente, professor da Faculdade Cristão da Amazônia. Diretor Geral da HTP TREINAMENTOS. Credenciado da Escola de Administração Pública do Estado do Amapá. Professor da Faculdade Ensino Superior da Amazônia. Professor da Faculdade Brasil Norte - FABRAN nos Cursos de Direito, Administração e Contabilidade. Experiência nas áreas Administrativa e Financeira.

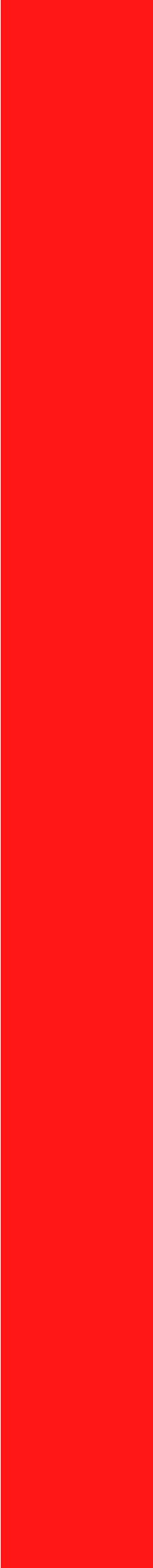


Capítulo 4

ÁREAS DE PRESERVAÇÃO E A OMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL NAS MARGENS DO RIO CARINHANHA E RIO SÃO FRANCISCO NO MUNICÍPIO DE CARINHANHA-BA

DOI: 10.29327/543049.1-4

Catia Souza Caldeira
Daniel Braga Lourenço



ÁREAS DE PRESERVAÇÃO E A OMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL NAS MARGENS DO RIO CARINHANHA E RIO SÃO FRANCISCO NO MUNICÍPIO DE CARINHANHA-BA

Catia Souza Caldeira

Daniel Braga Lourenço

RESUMO

A busca pela proteção e conservação do meio ambiente é um assunto que está se evidenciando nos últimos anos devido a degradação descontrolada dos recursos naturais que vem ocorrendo como resultado de ações antrópicas, as quais produzem impactos tanto na esfera local, quanto mundial, nos mais diversos níveis. As Áreas de Preservação Permanente (APPs) vêm sofrendo diretamente com essas consequências, refletindo na qualidade de vida do ser humano, e necessariamente no meio ambiente ecologicamente equilibrado. O presente estudo teve por objetivo avaliar se há fiscalização nas margens do Rio São Francisco, Rio Carinhanha e nas suas áreas de preservação permanentes no município de Carinhanha-Ba, por meio de análises de legislações, observações, cujas proporcionaram a compreensão sobre a utilização dos recursos hídricos, e dos recursos naturais em geral, identificando os impactos ambientais decorrentes e refletindo sobre a necessidade de sua proteção, e o seu uso racional, por meio de ação coletiva da população e do poder público. Foram levantados inúmeros dados biológicos, legais, econômicos, que contribuíram para alcançar tais resultados, que mostram que há consequências ocasionadas pela ação humana e omissão de políticas públicas no local em estudo, porém há também a implementação de um plano diretor adotado pelo município com políticas de sustentabilidade e preservação que contribuiu significativamente nesse processo. Os resultados ainda mostraram sobre a importância da ação coletiva no desenvolvimento de práticas conscientes e sustentáveis, podendo diminuir os impactos negativos mencionados na Lei nº 12.651/12 de diminuição das APPs, menor proteção dos recursos hídricos, alteração dos ciclos de chuva, aumento do desmatamento, diminuição das espécies, desastres naturais, e outros.

Palavras-chave: Meio ambiente. Desmatamento. Erosões. Poluição. Área de Preservação Permanente.

ABSTRACT

The search for protection and conservation of the environment is a subject that is becoming evident in recent years due to the uncontrolled degradation of natural resources that has been occurring as a result of anthropic actions, which produce impacts both at the local and global levels, in the most diverse levels. The Permanent Preservation Areas (APPs) have been suffering directly from these consequences, reflecting on the quality of life of the human being, and necessarily in the ecologically balanced environment. The present study aimed to assess whether there are inspections on the banks of the São Francisco River, Rio Carinhanha and in their permanent preservation areas in the municipality of Carinhanha-Ba, through analysis of legislation, observations, which provided an understanding of the use of water resources, and natural resources in general, identifying the resulting environmental impacts and reflecting on the need for their protection, and their rational use, through collective action by the population and the government. Numerous biological, legal and economic data were collected, which contributed to achieve these results, which show that there are consequences caused by human action and omission of public policies in the place under study, but there is also the implementation of a master plan adopted by the municipality with policies sustainability and preservation that contributed significantly in this process. The results also showed about the importance of collective action in the development of conscious and sustainable practices, which may reduce the negative impacts mentioned in Law No. 12,651 / 12 of decreasing APPs, less protection of water resources, alteration of rain cycles, increase in rainfall. deforestation, species decline, natural disasters, and others.

Keywords: Environment. Logging. Erosions. Pollution. Permanent Preservation Area

1. INTRODUÇÃO

O meio ambiente representa todos os espaços, meios nos quais os indivíduos estão inseridos, seja ele físico, biológico, ou sociocultural (definição de meio ambiente constante do art. 1 da Lei n. 6.938/81 - Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), por isso é estabelecido entre o ser vivo e o meio ambiente uma conexão de vínculo

possibilitando uma interação entre os mesmos atribuindo condições para a existência e desenvolvimento da vida. O meio ambiente, portanto, é apontado como indispensável para a saudável de qualidade de vida, e sua manutenção está positivada em normas constitucionais que garantem o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no art. 225, *caput*, da Constituição Federal, ao desenvolvimento sustentável do art. 170, VI, da Constituição Federal, proteção e prevenção entre outros.

O Direito Ambiental, neste sentido, teve grandes avanços nos últimos tempos em relação a uma maior sistematização por meio da adoção de políticas e normas jurídicas como a mencionada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei de Crimes Ambientais, entre tantas outras que procuram garantir a proteção ambiental. A necessidade de regulamentação sobre o meio ambiente deve estar na conjugação de três dimensões essenciais, quais seja o equilíbrio ecológico (proteção do meio ambiente), a social (acesso à qualidade de vida para os cidadãos) e econômica (garantia de desenvolvimento econômico). Diante disso, deve se discutir sobre a necessidade do progresso econômico idealmente sem causar danos ao meio ambiente, ou com a causação da menor quantidade possível de danos, visto que o dano ambiental, por suas características iminentes é tipicamente um dano de difícil reparação. Uma vez degradado a natureza em muitas situações nunca retorna ao estado anterior à degradação. Incide nesse caso a velha máxima segundo a qual é melhor prevenir que remediar.

Por conseguinte, embora diante das normas de preservação ambiental ainda é necessário à adoção de diversas ações e métodos que buscam a solução dos fenômenos que prejudicam a sustentabilidade e o equilíbrio dinâmico do meio ambiente. Por isso, a necessidade de abranger a proteção e preservação do meio ambiente em todos seus elementos essenciais à vida do ser humano e à manutenção do equilíbrio ecológico, tutelando o direito fundamental à sadia qualidade de vida.

Considerando isso, a finalidade do presente trabalho é investigar, através da análise das bases conceituais e princípio lógico do Direito Ambiental, em razão da importância central da preservação dos recursos hídricos como meio de efetivar o acesso ao direito fundamental da sadia qualidade de vida, se o Poder Público exerce de maneira adequada e eficiente o poder de polícia ambiental (fiscalização ambiental) nas margens do rio São Francisco, rio Carinhanha e nas suas áreas de preservação permanentes no

município de Carinhanha-Ba. Serão analisadas as normas vigentes, principalmente quando se trata do alcance do artigo 225º da Constituição Federal buscando perceber quais princípios estão sendo violados quando há falta de preservação nessas áreas.

2. MATERIAL E METODOS

A pesquisa teve uma abordagem qualitativa, pois suas características se adequam aos objetivos do presente trabalho, na qual buscam evidenciar quais consequências às ações humanas e a omissão de políticas públicas traz aos rios em estudo, bem como quais medidas e princípios normativos são utilizados para proteção ao meio ambiente. Considerando também, que possibilita o contato direto com a situação em investigação, assim como o ambiente, que iremos obter os dados, podendo provocar alguns momentos de reflexões. Segundo Córdova “A pesquisa qualitativa preocupa-se, portanto, com aspectos da realidade que não podem ser quantificados, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais.” (2009, p.32). Desta forma, podemos entender que a pesquisa qualitativa se caracteriza como descritiva, sendo assim, considera-se a descrição como indispensável para análise dos dados.

Os objetos de nossa pesquisa serão os rios Carinhanha e São Francisco, na qual utilizaremos como instrumento de coletas de dados primeiramente a observação, para posteriormente ser feita a análise de dados. Pensando nisso, entende-se que esse instrumento de pesquisa nos permite obter informações detalhadas, sendo também a observação é fundamental para a obtenção de dados para o estudo, pois a partir dela podem-se analisar todas as informações pertinentes ao estudo.

Será utilizado também o diário de campo sendo um elemento fundamental para registrar as informações coletadas na observação, contribuindo para extrair subsídios essenciais para a construção do texto, e apresentar detalhadamente a realidade dos rios adotando também as legislações vigentes.

Assim, todos os instrumentos são indispensáveis para a obtenção de dados precisos para o enriquecimento da nossa pesquisa, de tal modo que, serão analisados rigidamente para que não haja nenhum equivoco, bem como, a nossa maior preocupação será o respeito e o cuidado diante das informações obtidas por meio dos instrumentos de coleta de dados.

3.RESULTADOS E DISCUSSÕES

3.1.O meio ambiente e sua base conceitual

Discutir sobre o meio ambiente é bem mais complexo do que os meios tecnológicos e educacionais poderiam de início indicar, tratar sobre essa temática está relacionada a uma gama de conceitos e princípios, cuja finalidade é exclusivamente oferecer um meio ambiente ecologicamente equilibrado para o bem da coletividade essencial para sadia qualidade de vida como está fundamentado no artigo 225 da Constituição Federal.

Meio ambiente pode ser conceituado segundo Milaré como “a combinação de todas as coisas e fatores externos ao indivíduo ou população de indivíduos em questão” (2013, p. 113), ou seja, pode-se perceber que está ligado a valores externos ao próprio entendimento de natureza e cuidados ao meio natural, está ligado ao indivíduo e suas particularidades, seu meio de moradia, trabalho, sobrevivência e bem-estar.

De outro modo Fiorillo (2017) considera que a utilização do termo meio ambiente é um conceito jurídico indeterminado, na qual o seu conceito é unitário, conduzidas por inúmeros princípios, diretrizes e objetivas que compõem a Política Nacional do Meio Ambiente. Ainda com base no autor, pode se entender que o meio ambiente apresenta algumas divisões em sua composição, que buscam facilitar a identificação da atividade degradante e do bem imediatamente agredido, servindo também ao considerar o direito ambiental cuja finalidade é tutelar a vida saudável, essa classificação visa identificar o aspecto do meio ambiente em que valores maiores foram aviltados.

O meio ambiente pode ser entendido na sua acepção do meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho. O meio ambiente natural é constituído:

Pela atmosfera, pelos elementos da biosfera, pelas águas (inclusive pelo mar territorial), pelo solo, pelo subsolo (inclusive recursos minerais), pela fauna e flora. Concentra o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e meio em que vivem (FIORILLO, 2017, p.50).

Por estar ligada ao meio natural, a natureza, o seu cuidado deve ocorrer em conformidade com a necessidade de preservação e de prevenção/precaução de atividades

poluidoras, tais como desmatamento, queimadas, descarte irregular de lixo e demais resíduos, consumo abusivo e é por esse motivo que está intimamente relacionada aos incisos I e VII do artigo 225, parágrafo primeiro da Constituição Federal, que tratam respectivamente:

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (...) VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 1988, Art. 225º).

O meio ambiente artificial está relacionado ao espaço urbano, construído pela ação direta do homem. Sabe-se que com o desenvolvimento econômico surge também o aumento desenfreado de indústrias, fábricas, edificações, contudo, diante desse crescimento aumenta o índice de poluição e atividades que causam cada vez mais prejuízos ao meio ambiente, diante disso, falar em meio ambiente artificial requer uma série de análises relacionadas à preocupação que esses todos devem ter em manter a sua organização pautada na sustentabilidade.

O meio ambiente cultural, relacionado à necessidade de proteger as criações do engenho humano que têm valor histórico, estético, cultural é outra dimensão para a qual se deve ter um olhar especial:

O meio ambiente cultural é resultado do gênio humano; entretanto, possui significado especial, na medida em que representa a testemunha da história, imprescindível à compreensão atual e futura do que o homem é, ou pode ser. Neste âmbito o meio ambiente pode ser o patrimônio histórico da humanidade, bem como a patrimônio artístico, paisagístico e turístico (NUNES, 2005, p. 32).

Diante de tais premissas, considerando a finalidade do presente trabalho cujo é tratar sobre a preservação, quando o autor se refere ao meio ambiente cultural, o mesmo está ligando uma série de fatores relacionados ao respeito e cuidado aos patrimônios turísticos, paisagísticos e artísticos, podendo se referir a museus, parques, e espaços

arqueológicos. A Constituição Federal em seu artigo 216 também trata acerca do patrimônio cultural brasileiro ao dispor que:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I — as formas de expressão; II — os modos de criar, fazer e viver; III — as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV — as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V — os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (BRASIL, 1988, Art. 216).

É uma obrigação do Estado, segundo o que estabelece o artigo 215 da Constituição Federal, garantir a todos o acesso as fontes culturais de forma democrática, bem como possibilitar a valorização das manifestações culturais, da diversidade étnica e regional e do patrimônio cultural brasileiro. Nessa perspectiva, as atribuições também devem ser de obrigatoriedade social, uma vez que precisamente por ser um espaço de direito de todos deve ser adotado medidas que visam a sua preservação garantindo assim que as futuras gerações também tenham usufruto dos meios culturais.

O meio ambiente do trabalho, por sua vez, é constituído como o espaço na qual as pessoas desempenham suas atividades laborais. Diante disso, tratar sobre esse meio está vinculado não somente em garantir esses espaços, mas a possibilidade para que os trabalhadores em suas atividades sendo elas remuneradas ou não, podendo ser espaço interno ou externo exerçam suas atribuições por meio de normas de saúde, higiene e segurança, uma vez que é um direito constitucional fundamentado na Carga Magna “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIII — redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. (BRASIL, 1998, artigo 7º).

O Direito do Trabalho também, nesse sentido, vem assegurar aos trabalhadores normas jurídico que priorizam e asseguram o bem-estar dos mesmos.

Compreende-se, portanto, que as conceituações atribuídas ao meio ambiente perpassam não apenas a consideração dos meios naturais, mas traz o ser humano em todos os aspectos como parte crucial da preservação. Igualmente, percebe-se que diante de tais

conceituações adotadas pela doutrina e legislação a sociedade humana vem tratada de forma prioritária, visando à proteção ao meio em que se vive, trabalha, proporciona momentos de lazer, meios de subsistência, e principalmente que garantam os direitos fundamentais do indivíduo, uma vez que o meio ambiente também é considerado uma garantia fundamental que visa à preservação aos valores sociais.

3.2. Áreas de preservação permanente do município de Carinhanha – ba

O meio ambiente vem sofrendo drasticamente com ações causadas pelo homem por meio de queimadas, desmatamento, resíduos sólidos descartados indevidamente, entre outras, essas ações refletem diretamente na preservação ambiental. A imprudência humana, seja ela por parte do Poder Público, ou pela sociedade em geral, vem causando danos irreparáveis. As áreas de preservação permanente (APP's) são um dos meios que vem sofrendo mais intensamente com essas ações, pois o que era para ser fruto da preservação, onde os recursos naturais deveriam ser preservados, é alvo de atos impensáveis da sociedade.

O grande objetivo da preservação dessas áreas, definidas e protegidas pelo Código Florestal Brasileiro, é o de contribuir para o equilíbrio ambiental e a manutenção da vida humana e sua qualidade dentro do meio social em virtude de serem áreas cujos aspectos particulares são extremamente relevantes para a preservação ambiental. Por isso, a grande necessidade de o Poder Público por meio de legislação vigente adotar medidas para garantia do bem-estar social e um ambiente ecologicamente equilibrado, sem deixar de lado a participação social.

No município de Carinhanha, que é o foco de estudo desse trabalho, existem algumas áreas de preservação permanentes (APPs), na qual, apesar de existirem algumas políticas públicas que defendem a preservação das mesmas, são geralmente desconsideradas não só pelo próprio Poder Público como também pelos cidadãos que costumam frequentar esses espaços. Existe, portanto, um grande desafio de conscientização e de educação ambiental no que se refere ao uso adequado e racional dessas áreas. Não custa lembrar que é dever legal tratar da proteção dessas áreas, conforme enfatiza claramente a Lei 12.651/12:

II- Área de Preservação Permanente – APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a

paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. (CÓDIGO FLORESTAL, 2012, Art.3º)

Diante da necessidade de conhecer e relatar alguns aspectos gerais sobre as APPs do município foi realizado uma breve pesquisa de campo com esta finalidade. O Balneário Pontal no Rio São Francisco, uma das APPs do município é visitado como ponto turístico e as ações que deveriam ser desencadeadas por meio de cuidado e preservação não ocorrem o que certamente traz grandes prejuízos ao local, como erosão, desmatamento e acúmulo de lixo nas margens e dentro do rio. Aos poucos houve a desconstrução da imagem de ponto de referência turístico e de grande beleza cênica. Nota-se que alguns se ressentem desse problema, mas muitos simplesmente o ignoram, sejam por má-fé ou desconhecimento dos prejuízos que a falta de preservação desses locais acarreta à natureza em si mesma e ao próprio ser humano.

Com a coleta dos dados, por meio de conversas informais, estudo da lei municipal vigente nº. 1.128/2011, que trata, no âmbito do Plano Diretor Participativo, das APPs, foi possível constatar a grande importância desse local, assim como os outros que serão tratados posteriormente, tanto para o desenvolvimento social, a valorização do local e até mesmo no quesito econômico, pois foi perceptível que muitas pessoas mantêm seu sustento por meio de atividades realizadas em torno do rio, especificamente no Pontal, seja através de pontos comerciais à margem do rio, o transporte de pessoas para passeios de barco, a pesca, assim como de outras atividades relacionadas.

A mudança do Pontal ao longo dos anos é bastante preocupante, o acúmulo de lixo é algo recorrente, a ocupação das margens dos rios são problemas graves que podem não ser cobrados exclusivamente da gestão atual, mas é fruto de um processo contínuo de invisibilidade e omissão, que com o passar dos anos vai agravando ainda mais a situação do local, contribuindo para sua poluição tanto das margens, como das águas e consequentemente causará outros problemas ao meio ambiente, que precisaria de um estudo bem mais extenso para uma melhor exposição do tema.

As imagens da Figura 1, Figura 2 e Figura 3, na sequência, mostram a situação do Pontal atualmente:

Figura 1 – Pontal de Carinhanha-Ba, 2020.



Fonte: Cátia Souza Caldeira, 2020.

Figura 2 – Pontal de Carinhanha-Ba, 2020.



Fonte: Cátia Souza Caldeira, 2020.

Figura 3 – Pontal de Carinhanha-Ba, 2020.

Fonte: Cátia Souza Caldeira, 2020.

Com base nas imagens, é perceptível a degradação sofrida no Pontal, distanciando-se completamente da ideia de preservação permanente da área, e do princípio constitucional de meio-ambiente ecologicamente equilibrado, pois essas situações visualizadas conseqüentemente irão refletir no futuro ambiental do local, Pádua e Chiaravalloti (2012, p. 90) enfatizam que “[..] quaisquer impactos na natureza causam alterações nas suas características”. O aspecto cultural ligado a esse local também poderá sofrer com essas conseqüências, pois o que era tido como ponto turístico, aos poucos vai perdendo essa visão, diante de uma situação vinculada à própria ação humana.

Às áreas do Periperi e da Lagoa da Tereza atualmente são áreas privadas, mas, também são áreas de preservação, ambas são localizadas no município de Carinhanha. Segundo a pesquisa de campo, a Lagoa da Tereza ainda não está totalmente seca, mas está coberta por vegetação devido a água está secando aos poucos, o que possibilita cada vez mais a diminuição da lagoa, podendo ela não existir daqui alguns anos. A Figura 4, abaixo, mostra a situação atual da Lagoa da Tereza:

Figura 4 – Lagoa da Tereza, Carinhanha-BA

Fonte: Cátia Souza Caldeira, 2020.

Já no caso da lagoa do Periperi pode-se afirmar que ela praticamente não existe mais. Para que se tenha acesso a essa lagoa existe uma grande dificuldade devido à vegetação de espinhos que encontra no local, e esse motivo não permitiu uma visualização completa do local, como é visto na Figura 5:

Figura 5 – Lagoa do Periperi, Carinhanha-BA

Fonte: Cátia Souza Caldeira, 2020.

Diante da pesquisa, pode-se perceber o quanto há um descaso por parte do poder público na preservação dessas áreas, mostrando que a legislação, embora vigente, não vem sendo concretizada, pois, é dever desse órgão adotar políticas públicas de efetivação de medidas para reestrutura-las, uma vez que, diante da situação atual, são necessárias ações eficazes para restauração, pautadas em uma sociedade participativa. É perceptível que apesar da preservação e proteção das áreas serem a melhor estratégia de proteção da biodiversidade, estamos muito longe de conseguir conservar amostras mais substanciais da biodiversidade através dessas medidas de estratégias. (PADUA, CHIARAVALLI, 2012).

Ainda nas abordagens de Pádua e Chiaravalli (2012) podemos entender que é necessário empregar vários meios de preservação da biodiversidade através das áreas protegidas, na qual, deve se focar em maneiras inovadoras de otimizar a conservação do local, adotando também o avanço nos mecanismos econômicos para conservação como o pagamento por serviços ambientais prestados pela biodiversidade, e adoção de importantes esforços não apenas em aumentar a abrangência das áreas protegidas, mas também na promoção de um manejo correto das que existem, assim, sendo importante focar na atualização de métodos eficazes de conservação da biodiversidade por gestores ambientais.

3.3. Apps e a lei complementar nº. 1.128/2011 de 09 de agosto de 2011- plano diretor participativo do município de Carinhanha

O Poder Público do município criou a Lei Complementar nº. 1.128/2011 de 09 de agosto de 2011 - Plano Diretor Participativo do Município de Carinhanha, onde estão estabelecidos alguns dispositivos sobre as APP's do município, abrangendo as áreas do Pontal, Lagoa do Periperi, Lagoa da Tereza e adjacências, constituindo as mesmas como áreas de proteção, positivadas no artigo 55 da referida lei:

Fica constituída em Área de Proteção Ambiental – APA Municipal Pontal/Periperi – as regiões do Pontal, Lagoa do Periperi, Lagoa da Tereza e adjacências, integrada às Áreas de Preservação do Rio São Francisco e do Rio Carinhanha, e delimitada conforme Mapa 03, na forma desta Lei. (CARINHANHA, 2011, Art. 55°)

Assim, é nomeado como APA Municipal Pontal/Periperi, as delimitações das áreas de preservação e tem como objetivos com base no artigo 56, a garantia que a sociedade aproveite dos recursos naturais, da sustentabilidade e uso econômico, a proteção da diversidade biológica, combatendo as ações que degradam o ambiente, a recuperação dos passivos ambientais referentes aos empreendimentos e atividades, e proporcionar a conscientização na utilização do solo de maneira adequada. Diante de tais objetivos, se compreende que a legislação teoricamente apresenta meios que realmente se fossem cumprida as áreas de preservação não estariam com a grande degradação que se encontram atualmente.

A lei ainda traça como diretrizes para sua efetivação de acordo seu artigo 57º, a promoção de atividades que gerem renda por meio do turismo ecológico, lazer e atividades agrosilvícolas, é permitido também a pesca, o cultivo agrícola e a criação de pequenos animais, por meio de técnicas que não agridam o meio ambiente, é vedado atividades de lavoura rotativa intensa e destruidora, a criação de espécies aquáticas exóticas e nocivas às espécies autóctones, o pastoreio de animais junto a fontes, e o uso de agroquímicos nessas áreas.

Em linhas gerais, a respectiva lei vai trazer uma abordagem sobre o que é permitida, as atividades de empreendimentos, serviços, e lazer, desde que as mesmas, não causem danos ambientais às áreas de preservação, atividades também que buscam a recuperação e manutenção das áreas também são tratadas na referida legislação como importante para seu desenvolvimento, deste modo, proíbe atividades que causem desmatamento, seja extraíndo ou até mesmo por meio do corte das árvores, a extração de recursos hídricos ou minerais do solo, caças, construções permanentes, entre outras atividades que podem causar prejuízos as áreas.

Relacionando a lei com a situação atual das APPs percebe-se que há controvérsias, a lei traz inúmeras positivamente através de planos, conselhos, unidade de conservação, que se fosse realmente adotado na prática, necessariamente na pesquisa não teria se deparado com as situações encontradas. Embora o meio ambiente equilibrado seja um princípio constitucional e sua efetivação deveria ser absoluta, pois o bem-estar social é fruto dessas ações, e a dignidade da pessoa humana, também violada, é um princípio fundamental, os órgãos responsáveis diante disso, deveriam se responsabilizar rigidamente pelo não cumprimento do que está positivado, veem-se inúmeras medidas de

conservação, recuperação das áreas, preservação, sustentabilidade, mas o que se vê diante da pesquisa feita, é que pouco se tem feito, ou não tem sido feito, e o futuro desses locais, principalmente, da Lagoa do Periperi, e a Lagoa da Tereza são incertos, a tendência é ir desaparecendo aos olhos da sociedade, deixando de lado o marco cultural e pontos turísticos que são as APPs.

3.4. A importância dos recursos hídricos e a constituição federal de 1988

Compreende-se que o Direito Ambiental é um sistema normativo que por meio de políticas e princípios visa à proteção do meio ambiente e seus recursos como a fauna, à flora e a água. Os recursos hídricos neste sentido são componentes do ecossistema, e a sua interação com os demais recursos naturais proporcionam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas, portanto, todos os bens naturais, devem ser juridicamente protegidos, uma vez que são indispensáveis para sobrevivência humana.

Tratar sobre os recursos hídricos, um dos focos de análise do estudo requer a compreensão de algumas especificidades para sua proteção, uma vez que é dever do Estado, do poder público e da coletividade proteger e cuidar dos mesmos, confirmando isso Silva (2015, p. 476) destaca que “Os bens naturais situados no território nacional sujeitam-se à interferência do Poder Público”. Ainda que o Estado não seja proprietário de todos os bens, a ele cabe instituir regimes jurídicos específicos que afetem os recursos naturais.

A Constituição Federal neste sentido trata sobre os recursos hídricos em seus dispositivos, podemos perceber através de alguns artigos. Em seu artigo 20º trata:

São bens da União: (...) III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; (...) VIII - os potenciais de energia hidráulica; (...) § 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração. (BRASIL, 1998, Art. 20º).

Também é abordado sobre competência legislativa e competência material em relação aos recursos hídricos, em seu artigo 22º é atribuída competência privativa “Art. 22º. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) IV- águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão”. E em seu artigo 24º “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, neste sentido, quando se trata em meio ambiente entende-se a água como parte do mesmo, como já foi abordado em outras análises. Ao se tratar de competência material Fiorillo (2017) enfatiza que:

A Constituição Federal atribuiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios competência material em relação à proteção de recursos naturais. Isso porque, conforme preceitua o art. 23º, VI, delegou-se a todos os entes federados a competência material para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (FIORILLO, 2013, p. 311).

Confirmando as abordagens acima o artigo 23º em seu respectivo inciso trata “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”. Posteriormente no artigo 26º fundamenta: “Incluem-se entre os bens dos Estados: I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”.

Seguindo tais premissas, é evidente que os recursos hídricos diante dos atos normativos são de dever e direito de todos, nesses casos abordados percebe-se que os Estados, Municípios, e União desempenham um papel crucial atuando como gestores dos recursos naturais, configurados na Carta Magna que os mesmos tem por responsabilidade preocupar-se com a administração, adotando medidas que visam a adequada utilização e preservação, assegurando e protegendo tendo em vista que é para o uso comum de todos. Na conformidade com a norma constitucional (art. 23º) todos os entes federativos devem exercer, de forma comum, a competência administrativa para exercer o poder de polícia ambiental com vistas a assegurar o adequado equilíbrio ecológico. Atualmente a competência comum está organizada pela Lei Complementar n. 140/11.

3.5. A lei 9.433/97 leis das águas e a necessidade proteção dos recursos hídricos

A Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997, institui a Política Nacional de Recursos Hídricos na qual apresenta em seu artigo 2º em seus respectivos incisos os seus principais objetivos que são:

- I- assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos;
- II- a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável;
- III- a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais;
- IV- incentivar e promover a captação, a preservação e o aproveitamento de águas pluviais. Diante disso, percebe-se que por meio da referida lei há em suas fundamentações a consolidação dos princípios de gestão dos recursos hídricos, preocupando-se em racionalizar o uso dos recursos naturais. (LEI DAS ÁGUAS, 1997)

Em síntese a Lei em análise tem seus fundamentos positivados em seu artigo 1º, portanto podem ser compreendidos como:

- I - a água é um bem de domínio público; II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais; IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades. (LEI DAS ÁGUAS, 1997)

Com tais fundamentos pode-se perceber, que os recursos hídricos nesse sentido, assim como na Constituição Federal é reconhecido como bem público, na qual o Poder público tem a obrigação de gerenciar a utilização e a proteção por meio da utilização racional dos recursos hídricos. Sabe-se que esses recursos sofrem constantemente com as consequências causadas, sendo os mesmos considerados limitados, ou que podem ser comprometidos com as ações que provocam esses danos, assim sendo, é atribuído aos recursos hídricos um grande valor econômico considerando como um bem natural

indispensável, visto que a sua racionalização permite reconhecer o valor do desperdício, uma vez que a utiliza deve compensar o seu uso, e necessariamente pode incentivar a racionamento da água.

Seguindo os fundamentos mencionados, pode se considerar o que Silva (2015) trata como a busca do uso múltiplo das águas, compreende-se por meio disso que diante das situações que causam a escassez de água em que o ser humano e os animais estão vulneráveis a sofrer, a utilização desses recursos hídricos será destinada a suprir as necessidades dos mesmos, esses recursos também devem servir para os indivíduos em suas atividades de sobrevivência, proporcionando o uso múltiplo em atividades de agricultura, industriais, e várias outras que são necessárias para garantir a qualidade de vida dos mesmos.

Os recursos hídricos devem ser utilizados de forma a beneficiar a todos, e é necessário para que haja também a preocupação com a bacia hidrográfica segundo a referida lei, conforme as abordagens de Silva (2015) a bacia hidrográfica é a área onde ocorre a captação de água (drenagem) para um rio principal e seus afluentes devido às suas características geográficas e topográficas, sendo adotada pela Política Nacional de Recursos Hídricos como unidade territorial para sua implementação, na qual, o planejamento da utilização dos recursos hídricos da bacia deve partir da definição de sua vocação e capacidade. Nesse sentido, essa gestão requer a participação de todos os usuários dos recursos hídricos para que a sociedade organizada juntamente com o Poder Público promova o uso racional e coletivo das águas para o bem comum do povo.

Em sua, a lei da Política Nacional de Recursos Hídricos trata basicamente sobre a gestão dos recursos hídricos proporcionando o gerenciamento das águas por meio de planos diretores garantindo a qualidade da mesma em prol de seus usuários, estabelecendo limites e condições para seu uso. Portanto, a utilização desse recurso ambiental requer o entendimento desses princípios normativos que buscam a proteção das águas, e que existem para atender as demandas sociais e solucionar conflitos, mas principalmente proteger a bem natural, água, visto que a mesma tem valor crucial na satisfação das necessidades humanas.

3.6. Análise da lei complementar nº. 1.128/2011 de 09 de agosto de 2011

O ambiente é composto por um conjunto de elementos naturais e culturais que formam o meio em que se vive, considerado assim a existência de uma conexão de valores com o ser humano. A preservação ambiental é um importante foco de estudo, uma vez que dada as diversas situações enfrentadas no país que trouxeram grandes consequências ao meio ambiente, tornou-se ainda mais intensos o debate de preservação e sustentabilidade.

Os princípios normativos é uma garantia em relação a proteção ambiental, sendo tratado na carta maior a sua importância em seu respectivo artigo 225°. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Diante disso, é perceptível que quando se fala em meio ambiente ultrapassa a questão do meio natural, uma vez que está ligado principalmente ao bem-estar coletivo, sendo o ser humano integrante desse meio, fazendo parte da proteção dos recursos naturais.

As regras e procedimentos legais em relação ao meio ambiente em sua complexidade contribuem positivamente para se alcançar os princípios trazidos na Constituição Federal, da dignidade da pessoa humana, do desenvolvimento sustentável, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre outros. Segundo Serrano:

O Direito Ambiental não é composto somente por leis ou normas: é um sistema de normas, princípios, instituições, estruturas, processos, relações, práticas, ideologias. Abandona o ponto de vista de que só há direito decorrente de lei, para reconhecer que uma infinidade de manifestações possui caráter normativo (SERRANO, 1988, p. 41).

Traçadas essas abordagens e considerando o objeto de estudo do presente trabalho, o rio Carinhanha e o rio São Francisco, pontos de interesse de estudo vem sofrendo diversas irregularidades percebidas ao longo da pesquisa, para tanto se faz necessário uma breve análise da legislação vigente de proteção aos respectivos rios e as áreas de preservação da cidade de Carinhanha a Lei Complementar nº. 1.128/2011 de 09 de agosto de 2011.

A partir do artigo 55º da referida lei primeiramente vem trazer sobre Área de Proteção Ambiental – APA Municipal Pontal/Periperi – as regiões do Pontal, Lagoa do Periperi, Lagoa da Tereza e adjacências, integrada às Áreas de Preservação do Rio São Francisco e do Rio Carinhanha, para tanto são estabelecidos alguns objetivos que possibilitam o aproveitamento ao público, considerando que APA Municipal Pontal/Periperi é um espaço também de lazer, mas, sobretudo faz parte do meio ambiente, portanto é importante preservar a sustentabilidade e o uso econômico através do passivo ambiental dos empreendimentos, a proteção da diversidade biológica, transformando as atividades que causam degradação em atividades de preservação.

Algumas atividades são permitidas nessas áreas desde que gerem renda e não causem degradação ao meio ambiente, podem ser destacadas a agricultura e criação de animais, a pesca, a coleta, através de meios conservacionistas e sem a utilização de insumos orgânicos, prejuízos ao solo, ou outras atividades que causam contaminação da água ou degradação das matas. Os empreendimentos turísticos e lazer, e empreendimentos de comércio também são tratadas na lei, considerando que são necessárias atividades econômicas para garantir o desenvolvimento econômico das cidades. A Constituição Federal no artigo 225º em seu parágrafo primeiro seus respectivos incisos que traz essa importância e obrigação do Poder Público:

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas

que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 1988)

É perceptível a participação da coletividade juntamente com o Poder Público atuando de forma indispensável na proteção ambiental, considerando que é de responsabilidades de todos promoverem o desenvolvimento sustentável.

São vedadas algumas atividades de extração, corte ou retirada a cobertura vegetal existente ou outros tipos de plantas, a extração de recursos hídricos ou minerais do solo, atividades de caça ou perseguição de animais, bem como a retirada ovos, e licenciamento e realização de qualquer tipo de construção de caráter permanente, provisório ou desmontável, exceto aqueles previstos nesta Lei e estabelecidos previamente pelo Plano de Manejo. Diante de tais atividades, entende-se que a respectiva lei busca realmente a preocupação e cuidado com o meio ambiente trazendo em suas linhas gerais a vedação e permissão de atividades pertinentes para a preservação ambiental.

Fiorillo (2013, p. 348), em suas abordagens vem tratar também sobre o meio ambiente artificial, na qual, assim como a paisagem natural, a paisagem urbana deve receber tutela jurídica, considerando a defesa do meio ambiente cultural, artificial e natural diante das atividades que visam unicamente o capitalismo.

Em face desse preceito e tendo em vista que o meio ambiente artificial busca tutelar a sadia qualidade de vida nos espaços habitados pelo homem, temos que a poluição visual é qualquer alteração resultante de atividades que causem degradação da qualidade ambiental desses espaços, vindo a prejudicar, direta ou indiretamente, a saúde, a segurança e o bem-estar da população, bem como a criar condições adversas às atividades sociais e econômicas ou a afetar as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente (FIORILLO, 2013, 350).

As atividades proibidas pela legislação vêm tratar justamente sobre essa preocupação não somente com o meio natural, mas com o meio urbano, espaço de moradia e trabalho de muitas pessoas. Quando se trata em atividades ordem econômica capitalista, como as atividades de empreendedorismo abordados na legislação, deve ser observada a aplicação da tutela jurídica ambiental considerando o contexto da sociedade contemporânea, mostrando a importância maior da busca da sustentabilidade para efetivação da saúde, segurança e bem-estar garantindo a dignidade da pessoa humana, do que meramente o crescimento econômico e a obtenção de lucros. Portanto, deve haver o equilíbrio de interesses, na qual a ordem econômica deve estar em conformidade com a tutela e proteção dos bens ambientais.

Sabe-se que há órgãos competentes para tratar das diversas áreas que remete ao meio ambiente, no art. 24º, inciso VI, enfatiza a competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal para dispor sobre “VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”. Já em seu art. 23º, inciso VI, trata da competência administrativa comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para “VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”. Diante disso, cabe também aos municípios agir diante desses assuntos:

Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; [...] VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. (BRASIL, 1988, Art. 30º)

Na Legislação que trata sobre Proteção Ambiental – APA Municipal Pontal/Periperi em seu artigo 61º e se parágrafo único mostra alguns órgãos que possuem a competência e a atribuição legal de cuidar da conservação efetivamente da APA que deve ser exercida pelo Conselho da Cidade e um Conselho Consultivo formado por representantes de órgãos públicos, do Conselho Municipal de Meio Ambiente, de organizações da sociedade civil e de proprietários de terras e populações tradicionais da área, além do Conselho da Cidade e Conselho Consultivo, na qual são responsáveis pela gestão da APA Pontal/Periperi, estabelecendo as negociações e parcerias com os proprietários de terra e as populações tradicionais da unidade com o objetivo de manter a conservação e a recuperação das áreas, visando a PPP - Parceria Pública Privada, conforme prevê o direito de propriedade na Constituição Federal e em consonância com o Novo Código Florestal.

O Poder Executivo também atua de forma a contribuir para o desenvolvimento dessas áreas de preservação, está previsto nos artigos 62º e 63º, na qual estabelece o prazo máximo de 01 (um) ano, a partir do início da vigência deste Plano Diretor, o mesmo tem a função de instituir o Plano de Manejo da APA, onde se estabelecerá o zoneamento e as normas que disciplinarão o uso e o manejo dos recursos naturais e os objetivos gerais da

APA. O Poder Executivo também regulamentará a Área de Proteção Ambiental - APA Municipal Pontal/Periperi no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a partir do início da vigência deste Plano Diretor.

Em linhas gerais é notado que realmente existe uma preocupação do poder público em relação à proteção ao meio ambiente, às medidas adotadas pelo Plano Diretor apresentado além de trazer políticas de sustentabilidade traz vários outros pontos importantes que direta ou indiretamente contribui para o meio ambiente ecologicamente equilibrado e o bem-estar social, que inclui o parcelamento do solo, e sua utilização de forma correta sem causar danos ao meio ambiente, sejam aqueles destinados a moradia, classificado na lei como residencial, ou não, desde que observe os parâmetros do uso e da ocupação do solo previstos nesta Lei e em lei específica.

A preocupação com as áreas verdes, envolvendo até mesmo as áreas de propriedade particular, classificadas como sítios, chácaras e glebas, sendo necessária determinada parte da área total, para serem livres permeáveis e destinados à implantação e preservação de ajardinamento e arborização, os instrumentos de política urbana para promoção, planejamento, controle e gestão de desenvolvimento urbano, todos esses aspectos são tratada de forma sucinta no respectivo plano diretor cuja finalidade de preocupar-se com o meio ambiente.

Por meio da análise é visto que embora sejam consideráveis as medidas tomadas pelo poder público na busca pela preservação, é necessário que haja principalmente a participação popular, uma vez que os espaços de análise apresentam áreas de lazer, e o plano diretor se preocupa notadamente com isso em suas abordagens, assim como, o ordenamento jurídico que precisa estabelecer essas garantias normativas, através de princípios, e concepções adequadas e eficientes ao caso concreto, na busca por uma solução, o meio ambiente é um bem fundamental à existência humana, as plantas, animais, e ao desenvolvimento social e econômico, portanto, deve ser assegurado e protegido para uso de todos, garantindo a dignidade da existência dos seres vivos compreendendo que a responsabilidades seja de todos à proteção ambiental.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se fala em desenvolvimento sustentável, entendemos que existe um crescimento econômico, mas, um crescimento que não venha provocar danos irreversíveis

ao meio ambiente, mantendo o mesmo ecologicamente equilibrado para uma sadia qualidade de vida para as futuras gerações, algo fundamentando como o que está na Constituição Federal. Por isso, o Direito Ambiental tenta estabelecer uma possível possibilidade entre o equilíbrio ambiental e a atividade econômica, preservando os recursos ambientais e garantindo a sobrevivência dos seres vivos.

O estudo das APPs possibilitou a compreensão da importância das áreas de preservação, sejam áreas cobertas de vegetação, os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, a fauna e flora, pois contribuem para o desenvolvimento social e a boa qualidade de vida das populações humanas existentes, e que dependem do meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo um direito fundamental de todos, previsto no artigo 225º da Constituição Federal de 1988.

A análise feita no presente trabalho das áreas de preservação permanente nas margens do Rio Carinhanha e Rio São Francisco no município de Carinhanha-Ba ajudou a compreender o quanto a intervenção do poder público é eficaz diante das ações que provocam danos ao meio ambiente, e necessariamente nas áreas de preservação, deste modo, a ação coletiva entre esses órgãos competentes e população se mostra relevante diante das problemáticas enfrentadas na referida área.

Como citado nesse estudo, a preservação das APPs cuja sua finalidade é a preservação dos recursos naturais, exige a proteção integral, sem interferência de ações humanas que causam danos ao meio ambiente. Ela se faz necessária quando há risco de perda de dessas áreas, onde embora mostre no trabalho que no referido local de pesquisa há inércia de alguns responsáveis, a análise teórica mostra que embora as consequências, ainda são indispensáveis à adoção de medidas de preservação, capaz de recuperar os danos causados.

Portanto, quando se trata das áreas de preservação permanentes, o seu entendimento deve perpassar uma análise complexa, que foi trazida teoricamente no corpo do estudo, pois as APPs positivadas em lei, objetiva além da preservação ambiental propriamente dita, mas é enraizada em um conjunto de valores culturais, socioambientais, humanitários, cuja diminuição dos impactos humanos irá contribuir notoriamente para a proteção da biodiversidade de espécies de plantas e animais, do solo, e principalmente da vida humana.

Em síntese, o trabalho proporcionou em suas diversas análises as contribuições que as normas e doutrina proporcionam no entendimento sobre as competências de todos em relação à preservação ambiental.

Assim, entende-se que o desenvolvimento sustentável está necessariamente ligado entre a compatibilização que se deve estabelecer entre normas ambientais e econômicas, principalmente quando se contradizem.

A fundamentação teórica possibilitou também entender por meio das várias vertentes doutrinárias e legais, que a identificação dos valores do Direito Ambiental é de grande importância, assim como a relevância de se promover um desenvolvimento sustentável como fruto da harmonização de normas ambientais e econômicas, na qual devem estar intimamente relacionadas na busca pelo bem-estar dos seres vivos, e na manutenção dos recursos naturais.

Tendo em vista os aspectos estudados, entende-se o quando a ação humana pode contribuir, ou causar danos ao desenvolvimento ambiental, logo, é válido concluir a necessidade da consciência coletiva não só para intervenção de medidas eficazes, mas também na omissão de ações negativas, podendo acarretar em danos as gerações futuras e no lugar onde se vive.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei Complementar 1.128/2011**. Disponível em: <<http://carinhanha.ba.gov.br/arquivos/105230201715091.pdf>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2020.

BRASIL. **Lei Complementar 12651/2012**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2020.

BRASIL. **Lei complementar 9.985**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 1997. 470 p.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de Maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20112014/2012/lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 06 de Outubro de 2020.

CÓRDOVA, F. P.; SILVEIRA, D. T. A pesquisa científica. In: GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo, (Orgs.). **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, p.31-42. 2009.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MILARÉ, É. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 8. ed. São Paulo. **Editora Revista dos Tribunais**, 2013.

NUNES, C. S. **Direito tributário e meio ambiente**. Ed. Dialético: São Paulo. 2005.

PADUA, C. V.; CHIARAVALLI, R. M. **Biodiversidade e áreas protegidas**. FUNDO DO VALE. Áreas protegidas. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundo Vale, 2012.

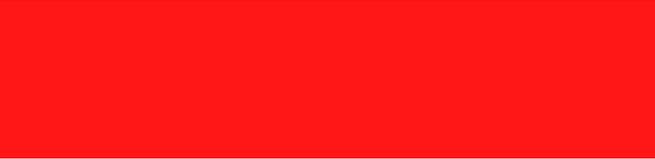
SERRANO, J. L. Concepto, Formación y Autonomía del Derecho Ambiental. In VARELA, M. D. et al. (orgs.). **O Novo em direito ambiental**. Belo Horizonte, Del Rey Editora, p. 33-49. 1998.

SILVA, R. F. T. **Manual de Direito Ambiental**. 5 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

Autores:

Cátia Souza Caldeira: Graduanda do curso de Direito. Centro Universitário de Guanambi – UNIFG. e-mail: Catia.scaldeira@hotmail.com

Daniel Braga Lourenço: Docente do curso de Direito. Centro Universitário de Guanambi – UNIFG

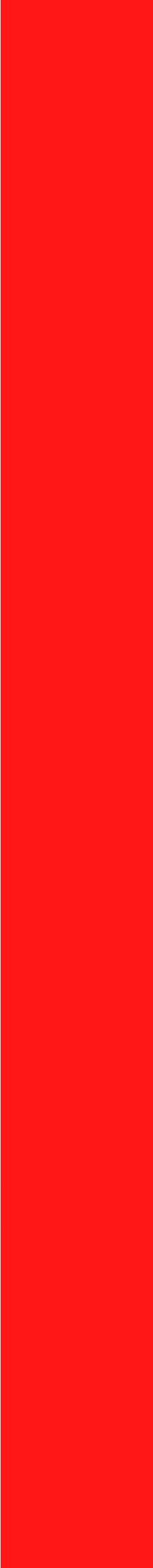


Capítulo 5

AS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO NO INQUÉRITO POLICIAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI 13.245/16

DOI: 10.29327/543049.1-5

Jéssica Letícia Viana Araújo
Orientador: Dr. Elpídio Paiva Luz Segundo



AS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO NO INQUÉRITO POLICIAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI 13.245/16

Jéssica Letícia Viana Araújo

Orientador: Dr. Elpídio Paiva Luz Segundo

RESUMO

Muito se tem discutido na seara jurídica sobre os direitos e garantias fundamentais, na esfera do direito penal e processual penal, pautados nos princípios constitucionais de um estado democrático de direito. Diante disso, o presente artigo tem como objetivo refletir sobre as mudanças trazidas pela Lei n. Lei 13.245/2016 ao Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei 8.906/94), e os reflexos causados ao procedimento de investigação preliminar, ou seja, o inquérito policial. A pesquisa se desenvolve por meio de uma abordagem teórica, com reflexões no campo do direito processual penal, utilizando argumentos técnico-científicos de pesquisadores com notório saber jurídico; possui caráter descritivo e exploratório, por meio de um estudo qualitativo, desenvolvido pelo método dedutivo. Para tanto, é apresentado um breve histórico dos sistemas processuais penais, frisando aquele adotado no Brasil. Seguidamente, discute-se sobre o inquérito policial, destacando sua natureza jurídica e suas características. Logo após, analisa-se a possibilidade de aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Por último, é feita uma abordagem a respeito das implicações trazidas pela Lei n.13.245/16 ao inquérito policial. Com o resultado deste estudo verifica-se que as mudanças ocasionadas em virtude da Lei n. 13.245/16 ampliou as prerrogativas do advogado e, conseqüentemente, favoreceu o investigado, dando maior efetividade aos seus direitos e garantias. No entanto, não se pode afirmar que o inquérito policial perdeu o seu caráter inquisitivo.

Palavras-chave: Inquérito Policial. Contraditório e ampla defesa. Lei n. 13.245/16. Prerrogativas do advogado.

ABSTRACT

Much has been discussed in the legal field about fundamental rights and guarantees, in the sphere of criminal law and criminal procedure, based on the constitutional principles of a democratic state of law. Therefore, this article aims to reflect

on the changes brought about by Law no. Law 13.245 / 2016 to the Statute of the Bar Association (Law 8.906 / 94), and the consequences caused to the preliminary investigation procedure, that is, the police investigation. The research is developed through a theoretical approach, with reflections in the field of criminal procedural law, using technical-scientific arguments from researchers with notorious legal knowledge; it has a descriptive and exploratory character, through a qualitative study, developed by the deductive method. To this end, a brief history of criminal procedural systems is presented, emphasizing that adopted in Brazil. Then, the police investigation is discussed, highlighting its legal nature and characteristics. Soon after, the possibility of applying the principles of the adversary and the broad defense in the police investigation is analyzed. Finally, an approach is made regarding the implications brought by Law No. 13.245 / 16 to the police investigation. With the result of this study, it appears that the changes brought about by Law no. 13.245 / 16 expanded the attorney's prerogatives and, consequently, favored the investigated, giving greater effectiveness to his rights and guarantees. However, it cannot be said that the police investigation has lost its inquisitive character.

Keywords: Police Inquiry. Contradictory and broad defense. Law n. 13.245/16. Prerogatives of the lawyer.

1. INTRODUÇÃO

Por ser de extrema importância ao processo penal, o inquérito é objeto de discussão quanto a possibilidade de mudança relacionada à sua natureza jurídica, sendo que, originalmente, possui características de inquisitividade. Nesse sentido, o presente trabalho visa identificar qual sistema processual vem sendo adotado no inquérito policial brasileiro, tendo em vista o advento da Lei 13.245/2016, que modificou o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei 8.906/94), ampliando as prerrogativas do advogado.

Ante o exposto, indaga-se: A partir das alterações e modificações trazidas pela referida lei, que ampliou a atuação do advogado na fase preliminar de investigação, teria o inquérito policial perdido o seu caráter inquisitivo, de forma a permitir a aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa?

Considerando a problematização desta pesquisa, parte-se do pressuposto que a ampliação das prerrogativas do advogado proporcionará maior efetividade aos direitos e

garantias do investigado. Acredita-se que essa mudança servirá como reforço à previsão constitucional de que o advogado é indispensável à administração da justiça.

O objetivo geral do estudo consiste em refletir sobre as mudanças trazidas pela Lei n. Lei 13.245/2016 ao Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei 8.906/94), e os reflexos causados ao procedimento de investigação preliminar, ou seja, o inquérito policial.

Na tentativa de alcançar o objetivo geral, pretende-se especificamente: a) apresentar um breve histórico dos sistemas processuais penais, a saber: sistema penal acusatório, sistema penal inquisitório, sistema processual misto, bem como discorrer sobre as características do tipo de sistema adotado pela legislação brasileira; b) discorrer sobre o inquérito policial, destacando sua natureza jurídica e suas características; c) explanar sobre a possibilidade de aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial; d) expor as implicações trazidas pela Lei n.13.245/16 ao inquérito policial; e) discutir sobre a natureza do inquérito policial após o advento da Lei n.13.245/16; e g) refletir sobre as prerrogativas do advogado após o advento da Lei n. 13.245/16 e seus reflexos na persecução penal.

O presente estudo se justifica fundamentado na observação de que a estrutura do inquérito policial vem sofrendo modificações ao longo do tempo, e as discussões, em torno da aplicação dos princípios e garantias constitucionais na fase pré-processual, se tornaram calorosas, de modo que, ao mesmo tempo em que deve se observar os direitos e as garantias do investigado, é preciso, também, respeitar as características básicas e essenciais desse procedimento investigativo, como por exemplo, o sigilo das informações.

A pesquisa tem caráter descritivo e exploratório, na medida em que se pretende obter um estudo detalhado e maior proximidade com o objeto da pesquisa, através de uma abordagem teórica, e de reflexões específicas no campo do direito processual penal. Trata-se de um estudo qualitativo, desenvolvido por meio do método dedutivo.

A coleta de informações deu-se mediante levantamento crítico-bibliográfico com respaldo, inicialmente, nos autores Lopes Junior (2014;2015;2016), Lima (2019), Lima Filho (2019), Nucci (2016), Grecco Filho (2012), Capaz (2012), dentre outros.

Importante destacar que o estudo não pretende esgotar o assunto, mas principiar uma discussão, instigando a busca pelo conhecimento jurídico reflexivo e crítico. Assim,

baseado nos debates aqui realizados, espera-se que a presente pesquisa sirva de reflexão e fonte teórica de consulta para futuras investigações.

2. BREVE HISTÓRICO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O sistema processual penal consiste em conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto (RANGEL, 2015).

Inicialmente, cabe esclarecer que sistemas processuais penais, são caracterizados, em sua essência, pelo produto de manifestações históricas que levam à construção de diretrizes de um ordenamento jurídico, em conformidade com o momento político de cada Estado.

Nesse sentido, a estrutura do processo penal sofreu variações ao longo dos séculos, conforme o predomínio da ideologia punitiva ou libertária, funcionando, ainda, como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de cada Constituição (LOPES JUNIOR, 2015).

Conforme será exposto nos sub-tópicos abaixo, existem dois tipos de sistemas processuais penais: o inquisitório e o acusatório. No entanto, parte da doutrina defende um terceiro sistema, chamado de sistema misto ou acusatório formal, o qual mistura características dos dois primeiros.

Destaca-se que a classificação dos sistemas processuais não deve ser encarada como categórica, visto que, diversos são os doutrinadores que se debruçam sobre o tema e delineiam compreensões vastas acerca da dita classificação.

Feitas essas considerações iniciais, serão apresentadas, adiante, as características dos sistemas processuais penais.

2.1. O Sistema Processual Penal Acusatório

No processo penal acusatório, as funções de julgar, acusar e defender são atribuídas a pessoas diferentes, sem a concentração do poder em um único indivíduo. Esse sistema apresenta um modelo garantista, sendo o Estado o garantidor de direitos fundamentais dos cidadãos.

Dessa forma, há o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; as partes acusadora e acusada são tratadas com igualdade de direitos e deveres; o processo

é regido pela publicidade dos atos; a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado; prevalece a imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz se apresenta como um autêntico julgador supra partes que, após conhecer as razões de quem acusa e a defesa de quem é acusado, faz seu juízo de valor com imparcialidade, garantido estabilidade nas relações e equilíbrio na decisão (TOURINHO FILHO, 1997).

Nesta senda, é importante destacar três pontos do sistema acusatório. O primeiro diz respeito aos elementos probatórios colhidos na fase pré-processual, ou seja, na investigação, os quais não podem ser valorados como provas no processo, mas apenas para formar a opinião do acusador, com exceção das provas antecipadas que, inclusive, são submetidas ao contraditório. O segundo refere-se ao fato de que o órgão judiciário deve ser inerte, a jurisdição somente pode ser exercida por órgão diverso do juiz. O terceiro determina que o processo deve se basear no contraditório pleno e no princípio do juiz natural (GRINOVER, 1999).

2.2. O Sistema Processual Penal Inquisitório

Durante o século XIII surgiu o Tribunal da Aquisição ou Santo Ofício, como forma de repressão a tudo que fosse contrário às regras estabelecidas pela igreja católica. Os fiéis mais íntegros eram incumbidos, mediante juramento, de avisar sobre possível desordem, caso tivessem conhecimento (LOPES JÚNIOR, 2015).

O sistema inquisitório possui resquícios nesse antigo tribunal eclesiástico, instituído com a finalidade de investigar e punir crimes contra a fé católica. Tratava-se de um sistema que não possuía relação com a criminalidade, mas sim com a igreja (KHALED JÚNIOR, 2010).

Aduz Khaled Júnior (2010), que a inquisição fundamenta-se em verdades absolutas que giravam em torno da ideologia oferecida pela religião. Dessa forma, o juiz inquisidor coagia o acusado a falar a verdade, usando de métodos forçados, sendo a confissão entendida como prova máxima para alcançar a verdade absoluta, inexistindo o direito de inocência.

De acordo Lopes Junior (2015, p. 38), “é da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo.”

Verifica-se que não há separação de funções no sistema inquisitivo. As funções de acusar, defender e julgar concentram-se nas mãos de uma só pessoa, sem qualquer sinal de parcialidade. O processo é sigiloso, não há contraditório nem a ampla defesa, e o acusado é tido como simples objeto do processo, destituído de direitos e garantias (RANGEL, 2015).

Consequentemente, diante da imparcialidade, as funções e atribuições de poderes instrutórios se concentram todas na mão do juiz. Não havendo uma estrutura dialética e tampouco contraditória.

O Sistema Inquisitorial de forma absoluta teve o seu fim na Revolução Francesa, com os movimentos filosóficos e a valorização do homem. A partir disso, deu-se lugar ao processo penal, que removeu as características do processo inquisitivo e, aos poucos, adotou o modelo misto, que é utilizado atualmente, e dividido em duas fases: A pré-processual e a processual, a primeira de caráter inquisitório e a segunda acusatório.

Para fins desta pesquisa, será analisada a fase pré-processual, a qual consiste na realização do Inquérito Policial, o qual será abordado em tópico subsequente.

2.3. O Sistema Processual Penal Misto ou Acusatório Formal

O sistema misto ou acusatório formal possui características herdadas tanto do sistema inquisitório, quanto do acusatório, sendo dividido em duas fases: investigatória e processual.

O referido sistema apresenta características próprias, a fase preliminar de investigação é realizada, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação.

As funções de acusar e julgar são separadas, sendo que na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito, e o autor do fato não goza do direito ao contraditório e ampla defesa, por influência do procedimento inquisitivo. Já a fase judicial é inaugurada com acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, garantida a publicidade dos atos processuais, com igualdade de direitos entre a defesa e a acusação, respeitando o contraditório e ampla defesa (RANGEL, 2015).

Diante disso, é notório que o sistema misto ou acusatório formal é decorrente da junção de características tanto do inquisitório, quanto do acusatório. Assim, em relação

ao sistema dotado no Brasil, os doutrinadores brasileiros dividem opiniões, como se verá a seguir.

2.4. O Sistema Processual Penal Brasileiro

A Constituição de 1988 prevê de maneira expressa o sistema processual acusatório por assegurar o contraditório (art 5º, LV, CF), a ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII, CF), a imparcialidade do juiz (art. 5º, XXXVII e LIII, CF), e a separação das funções de acusar, defender e julgar (art 129, I, CF).

O texto constitucional fundou um sistema de amplas garantias individuais, determinando que o processo, antes conduzido como instrumento da aplicação da lei penal, fosse um instrumento de garantia dos direitos constitucionais.

No entanto, não obstante o Código Penal Brasileiro, datado de 1941, ter sido recepcionado pela Carta Magna, com a revogação de alguns dispositivos, ainda apresenta características essencialmente inquisitórias, inspiradas em uma época pautada na lógica autoritária. Razão pela qual existem divergências na doutrina sobre a natureza do sistema adotado no Brasil, há quem julgue ser acusatório, outros inquisitórios e, ainda, aqueles que consideram ser misto.

Lopes Júnior (2015, p. 49) entende que o sistema brasileiro é acusatório. Nas palavras do autor:

Precisamos compreender que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como o art. 156, 385 etc.), pois são “substancialmente inconstitucionais”. Assumido o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória.

Ainda nessa linha de pensamento, Capez (2012) aduz que o sistema vigente é o acusatório, por pressupor garantias constitucionais, tais como: a tutela jurisdicional, o devido processo legal, a garantia do acesso à justiça, a garantia do juiz natural, o tratamento paritário das partes, a ampla defesa, a publicidade dos atos processuais e a motivação dos atos decisórios e presunção da inocência, todos previstos na CF/88.

Em contrapartida, outros doutrinadores entendem que o sistema é inquisitório, salientando que o texto constitucional classifica como um sistema processual acusatório, mas que os poderes probatórios do juiz conduzem a uma ideia de sistema processual inquisitório.

Nesse sentido, Mendes (2009, p. 265) destaca:

Assim, ainda que a Constituição de 1988 e parte da doutrina classifiquem o sistema processual brasileiro como um sistema acusatório pelo fato de as funções de acusação e julgamento estarem entregues a órgãos diferentes para garantir a imparcialidade do juiz, os poderes probatórios do juiz dão ao sistema brasileiro cores inquisitoriais bastante fortes tanto no âmbito do processo penal como no âmbito do processo civil.

Há, ainda, doutrinadores, como Nucci (2016, p. 71), que considera o Sistema Penal Brasileiro como misto. Segundo ele:

Aqueles que sustentam a existência exclusiva do sistema acusatório, somente porque a Constituição apresenta princípios processuais penais pertinentes ao referido sistema, esbarram em patente equívoco. A adoção de princípios acusatórios não significa, em hipótese alguma, a eleição de um sistema de persecução penal exclusivamente calcado nesse molde.

O argumento supra é pautado no entendimento de que, não obstante os vários princípios processuais penais, assegurados na Constituição Federal de 1988, que apontam para um sistema acusatório, deve ser considerado que tais princípios não impostos, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal. Além disso, há na Constituição normas prevendo a existência da polícia judiciária, encarregada da investigação criminal, e que para essa fase, por óbvio, os postulados acusatórios não se aplicam (NUCCI, 2016).

Dessa forma, torna-se claro a existência de duas vertentes, uma trazida pelo Código de Processo Penal, com forte natureza inquisitiva, e outra pela Constituição, pautada pelos princípios democráticos do sistema acusatório, fato que resulta em um sistema híbrido, em que a fase do inquérito policial é baseada no método inquisitório e a fase do processo penal no método acusatório.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O INQUÉRITO POLICIAL

Conforme preceitua as lições de Lopes Junior (2014), não existe uma definição legal sobre inquérito policial em nenhum dispositivo do Código de Processo Penal, no

entanto, da interpretação dos artigos 4º e 6º do citado diploma é possível dizer compreender o inquérito policial como, a atividade desenvolvida pela polícia judicial com a finalidade de apura a materialidade e autoria de um delito.

Os dispositivos acima referidos assim preceituam:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995) Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Art.6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) (Vide Lei nº 5.970, de 1973). II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) III- colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV -ouvir o ofendido; V-ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI-proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII-determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII- ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX- averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter. X- colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

A partir da análise das disposições legais, é possível compreender ao inquérito policial como investigação preliminar, cujas atividades são realizadas por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal; com intuito de averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, que poderá justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento, neste caso, não haverá processo (LOPES JUNIOR, 2014).

Nesse sentido, preceitua Mirabete (2000, p. 76):

Inquérito policial é todo o procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exame periciais etc. Seu destinatário imediato é o

Ministério Público (no caso de crime que se apura mediante ação penal pública) ou o ofendido (na hipótese de ação penal privada), que com ele formam sua opinião delicti para a propositura da denúncia ou queixa. O destinatário mediato é o juiz, que nele também pode encontrar fundamentos para julgar.

Dessa forma, por se tratar de uma investigação preliminar, o inquérito tem como função a colheita de material probatório para a materialização do delito, de forma relativa, já que não se assegura o contraditório e a ampla defesa.

Esse sistema administrativo e preparatório é dirigido pela autoridade policial, mediante a produção e colheita de materiais, para assegurar o possível ingresso da ação penal. Possui natureza instrumental por buscar o esclarecimento dos fatos, objeto da continuação ou arquivamento a persecução penal (LIMA, 2016).

É também chamado de procedimento administrativo realizado pela polícia judiciária, por não possuir característica de processo, não existindo a imposição de nenhuma sanção prevista. É um procedimento que, mesmo não possuindo uma ordem definida, de forma lógica inclina-se para apuração dos fatos.

Para Lima (2016), esse momento procedimental viabiliza somente a apuração dos fatos e delitos, de forma investigativa e informativa, a ensejar o nascimento da ação penal. Segundo o citado autor, “nesse momento, ainda não há o exercício de pretensão acusatória. Logo, não se pode falar em partes stricto sensu, já que não existe uma estrutura processual dialética, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa” (LIMA, 2016, p.112).

Seguindo essa mesma linha de pensamento, verifica-se que a estrutura do processo penal brasileiro é dividida entre a fase investigativa e acusatória. A primeira, como se pode observar:

[...] comporta uma importante fase pré-processual investigatória de natureza inquisitiva, de atribuição da Polícia Judiciária, que possui, entre suas funções, a tarefa de levantar indícios de autoria e materialidade delitiva viabilizando (ou não) os elementos de justa causa a justificar eventual ação penal (LIMA FILHO, 2017).

Portanto, caso seja cometido um ato ilícito, é dever de o Estado punir, mas, para que haja essa persecução em juízo, são necessárias provas para materialização do ato e comprovação da infração. Todo esse material probatório é viabilizado por meio do inquérito. A ausência desse procedimento é causa ensejadora para rejeição da peça acusatória, por não existir meios que justifique a propositura da ação.

Feitas as considerações acima, é imperioso destacar algumas características essenciais do inquérito policial, quais sejam: deve ser um procedimento escrito, dispensável, sigiloso, oficial, oficioso, indisponível e inquisitivo.

Conforme predispõe o artigo 9º do Código de Processo Penal, “todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.”

Como o inquérito policial é elucidado como peça informativa para amparar o titular da ação penal, este procedimento pode ser dispensado a qualquer momento.

O artigo 20 do Código de Processo Penal estabelece que “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Ou seja, sigiloso para que a autoridade policial possa providenciar as diligências necessárias à elucidação dos fatos sem quaisquer problemas como: ocultação ou destruição de provas, influência sobre testemunhas, etc. Isso não se estende ao Ministério Público, ao Judiciário, nem ao advogado legitimado para tal.

É também um procedimento oficial, visto que a presidência do inquérito policial incube ao Delegado de Polícia, seja civil ou federal, conforme previsto no artigo 144, § 1º, c/c art. 144, § 4º, ambos da Constituição Federal. Veja-se:

Art. 144, § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; [...] §4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares (BRASIL, 1988).

Trata-se de procedimento oficioso, pois, assim preceitua o artigo 5º, inciso I, do Código de Processo Penal, *in verbis*: “Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; [...]”. Assim, ao tomar conhecimento de notícia crime de ação penal pública incondicionada, a autoridade policial é obrigada a agir de ofício, independentemente de provocação da vítima e/ou qualquer outra pessoa (LIMA, 2018, p. 128).

No tocante à indisponibilidade, a previsão legal é de que não se pode arquivar o Código de Processo Penal, *in verbis*: “Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar

arquivar autos de inquérito”. Portanto, a autoridade deve concluí-lo e remeter ao juízo competente para que a decisão seja tomada.

Por fim, o inquérito é um procedimento de caráter inquisitivo, de forma que os poderes estão concentrados em uma única pessoa, não havendo possibilidade do contraditório e ampla defesa.

3.1. O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa no Inquérito Policial

A Constituição Federal traz alguns princípios norteadores fundamentais do processo penal, previstos no seu artigo 5º, entre eles o princípio do contraditório e da ampla defesa, inserido no inciso LV deste artigo, *in verbis*:

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;(BRASIL, 1988).

Para Greco Filho(2012, p. 95), a ampla defesa consiste “na oportunidade de o réu contraditar a acusação, mediante a previsão legal de termos processuais que possibilitem a eficiência da defesa”, por outro lado, o contraditório “pode ser definido como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa.”

Assim, pode-se dizer que o princípio do contraditório e ampla defesa estabelece a possibilidade de contrariar, de forma a discutir os possíveis fatos, e interação entre ambas as partes, com possível acesso às informações, e reação às desfavoráveis, trazendo ao processo uma forma de justiça, com a possibilidade de controversa (LIMA, 2016).

Da análise da aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa na fase investigativa, os doutrinadores brasileiros dividem opiniões divergentes. Alguns afirmam a não possibilidade de aplicação de direito de defesa e contraditório no Inquérito Policial, por conceder interpretação restritiva ao artigo 5º, inciso LV da CF/88. Outros entendem que é possível a aplicação dos citados princípios na fase preliminar.

A corrente majoritária, entende que não é possível a aplicação. Nesse sentido, é o entendimento de Mirabete (2000, p. 77):

Não é o inquérito “processo”, mas procedimento administrativo informativo, destinado a fornecer ao órgão da acusação o mínimo de elementos necessários à propositura da ação penal. A investigação procedida pela autoridade policial não se confunde com a instrução criminal, distinguindo o Código de Processo Penal o “inquérito policial” (art. 4 a 23) da instrução criminal (arts 394 a 405). Por essa razão não se aplicam ao inquérito policial os princípios processuais já mencionados, nem mesmo do contraditório. Consistiu-se em um dos poucos poderes de autodefesa que é reservado ao Estado na esfera da repressão ao crime, com caráter nitidamente inquisitivo, em que o réu é simples objeto de um procedimento administrativo, salvo em situações excepcionais em que a lei o ampara (formalidades do auto de prisão em flagrante, nomeação de curador a menor etc.).

Sob outra perspectiva, a corrente minoritária defende a aplicação, entendendo que a afirmação de que não existe direito de defesa e contraditório no inquérito policial é reducionista, genérica e infundada. Corroborando com esse pensamento, Lopes Junior (2015, p. 170) ressalta:

Basta citar a possibilidade de o indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva (dando sua versão aos fatos); ou negativa (usando seu direito de silêncio). Também poderá fazer-se acompanhar de advogado (defesa técnica) que poderá agora intervir no final do interrogatório. Poderá, ainda, postular diligências e juntar documentos (art. 14 do CPP). Por fim, poderá exercer a defesa exógena, através do habeas corpus e do mandado de segurança.

4. O INQUÉRITO POLICIAL E AS INPLICAÇÕES TRAZIDAS PELA A LEI 13.245/16

Entrou em vigência, no ano de 2021, a Lei nº 13.245, que modificou a redação do artigo 7º do Estatuto da OAB, trazendo grandes mudanças nas prerrogativas dos advogados, os quais passaram a ter maior atuação no procedimento administrativo do inquérito policial, a fim de garantir ao cidadão, de forma ampla, princípios fundamentais e a ordem jurídica.

A redação do art. 7º, dada pela Lei 8.906/94 – Estatuto da OAB, estabelecia:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XIV- examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos (BRASIL, 1994).

Com o advento da Lei nº 13.245/16, a redação do mencionado art. 7º passou a ter a seguinte redação:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XIV- examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

XXI- assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016).

apresentar razões e quesitos;

a) VETADO)

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.” (NR). (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016).

Como se pode observar, a Lei nº 13.245/16 alterou a redação do art.7º, XIV, acrescentando o inciso XXI e os parágrafos 10, 11 e 12, essas mudanças e inovações possuem o intuito de permitir uma participação mais efetiva do advogado na fase preliminar.

Conforme leciona Lôbo(2017, p.82):

A Lei n. 13.245/2016 ampliou o elenco de direitos privativos dos advogados, ao incluir o de assistir aos seus clientes que estejam submetidos a investigações, durante a apuração das infrações. Trata-se de explicitação

da garantia do amplo direito de defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes” (Constituição, art. 5º, LV).

A primeira alteração foi a substituição, no inciso XIV, da palavra “inquérito policial” por “investigação de qualquer natureza”. Como se sabe, esse inciso diz respeito à prerrogativa do advogado de acessar os autos de investigação de seu cliente. A redação anterior fazia referência a autos de investigação em “repartição policial” e a “autos de flagrante” e de “inquérito”, o que levava a uma interpretação de que esse direito dos advogados limita-se apenas aos “Inquéritos Policiais” e “Termos Circunstanciados”

Com a mudança, os advogados, agora, têm direito expresso de examinar os autos dos procedimentos de investigação em qualquer instituição. No trecho, que acresce “investigações de qualquer natureza”, resta claro que o advogado, quando solicitado por seu cliente, poderá acompanhar “todos os procedimentos de apuração de infrações, assim consideradas em lei, de qualquer natureza, incluindo depoimentos, interrogatórios e formação probatória” (LOBO, Paulo, 2017, p. 82) e não apenas investigações de infrações penais. A inserção da parte “em meio físico ou digital” apresenta o direito do advogado de tirar cópias ou realizar apontamentos, em qualquer umas das formas, inclusive tirar fotos dos autos ou qualquer outro meio físico ou digital

O inciso XXI, acrescentado ao art. 7º pela Lei nº 13.245/16, dispõe sobre o o direito do advogado de acompanhar e auxiliar seu cliente durante a investigação criminal, sob pena de nulidade absoluta dos atos. Tal previsão leva ao seguinte questionamento: A presença do advogado seria obrigatória, no sentido de assegurar efetivamente as garantias fundamentais do investigado?

Sobre o tema, Castro e Costa (2016), entendem que não é obrigatória a participação do advogado no inquérito policial. No entanto, o procurador do investigado tem o direito de participar da inquirição do cliente, sendo facultativa tal decisão. Assim, é uma prerrogativa do advogado que, conseqüentemente, acarreta benefícios aos investigados, mas não um direito deste.

Ainda nesse sentido, analisando com mais profundidade, é possível verificar que o legislador fixou os atos de interrogatório e de depoimento como marco inicial de eventuais nulidades, o que leva a interpretar que a participação do advogado no inquérito acontece no interrogatório ou depoimento. Ou seja, a lei não trouxe a possibilidade de o advogado participar desde o início do inquérito para não interferir no “elemento

surpresa”, característico do inquérito. Caso contrário, teria mencionado a nulidade absoluta de todos os atos realizados, e não somente da oitiva em diante. E mais, a nulidade é proveniente da prerrogativa do procurador, e não da ausência de defesa técnica ao investigado (CASTRO; COSTA, 2016, p.).

Além da nulidade absoluta nas situações em que o advogado é impedido de assistir seus clientes no interrogatório, a lei estabeleceu, ainda, que os atos subsequentes, ocasionados pela falta da presença causídico, devem ser anulados, aplicando-se a teoria da nulidade derivada. Assim, as provas ilícitas por derivação “são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os: por efeito de repercussão causal”(LIMA, 2016, p. 613).

Em contrapartida, Lopes Junior (2016) se posiciona no sentido de ser obrigatória a presença do advogado, considerando a mudança é necessária e se amolda à previsão constitucional de que advogado é indispensável à administração da justiça, portanto, ninguém pode ser interrogado na polícia sem a presença de advogado público ou constituído.

Nesse sentido, na falta do advogado no momento do interrogatório, deve a polícia deixar de realizá-lo. “Neste caso, nada impede que, posteriormente, já devidamente assistido, o investigado seja interrogado. Essa é a minha posição e também a solução para o argumento da 'falta' de defensores públicos neste momento” (LOPES JUNIOR, 2016, s.p).

Vale ressaltar que a presença do defensor possui caráter obrigatória apenas na oitiva do seu cliente. A obrigatoriedade não se estende às oitivas de testemunhas, porque, assim sendo, seria incompatível com a natureza inquisitória do inquérito (LOPES JUNIOR, 2016).

Continuando, Lopes Junior (2016) entende que não é possível relativizar a nulidade absoluta prevista nas situações em que o advogado não participa do interrogatório. Para o autor:

Se é uma nulidade absoluta, seguindo o senso comum teórico que adota essa classificação (prefiro nulidade sanável ou insanável), ela pode ser conhecida de ofício, a qualquer momento, não se convalida pela preclusão e independe de demonstração de prejuízo. Estou inteiramente de acordo e mais, não vejo como 'relativizar' essa nulidade diante da expressa previsão legal (nulidade cominada) (LOPES JUNIOR, 2016, s.p).

Diante disso, o entendimento é no sentido de não ser possível a relativização da referida nulidade. “Portanto, interrogatório policial feito sem a presença do advogado (seja porque impedido, seja porque não estava presente) é nulo e, portanto, deve ser proibida a valoração probatória e desentranhado (LOPES JUNIOR, 2016, s.p).

Ainda na discussão do inciso XXI, na alínea “a” é possibilitado ao advogado apresentar razões e quesitos nas eventuais perícias feitas. Cumpre salientar que, embora não seja uma inocação, visto que o artigo 14 do CPP já possibilitava isso, essa previsão vem reforçar a participação da defesa e sua efetividade.

Prosseguindo na análise das mudanças, é importante salientar sobre o dever de o advogado apresentar procuração para ter acesso aos autos sujeitos a sigilo, conforme previsão legal do §10 do inciso XXI.

Não obstante ser regra a publicidade ampla no processo judicial, deve-se compreender que a publicidade, como toda e qualquer garantia constitucional, não tem caráter absoluto, podendo ser objeto de restrição, quando algum interesse de caráter preponderante sobreponha o interesse público à informação (LIMA, 2016).

Considerando que o artigo 20 do CPP dispõe que “a autoridade assegurará no inquérito sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade” (BRASIL, 1941). Significa dizer a autoridade policial pode decretar o sigilo quando perceber que a publicidade das investigações esteja levando algum prejuízo para a coleta de informação da autoria e materialidade do delito, mantendo o elemento surpresa, típico das investigações, para que sua eficácia seja alargada.

Não obstante a disposição acima referida, mesmo sendo sigiloso o inquérito, nas situações em que a diligência realizada pela autoridade policial já tenha sido documentada, tem prevalecido o entendimento de que o advogado deve ter acesso aos autos do procedimento investigatório. Porém, isso não será possível ao advogado ou investigado quando as diligências ainda não foram realizadas ou estão em andamento, uma vez que o sigilo é inerente à própria eficácia da medida investigatória, sendo esta previsão a trazida pelo §11 do inciso XXI (LIMA, 2016).

Por fim, a última alteração trazida pela Lei nº 13. 245/16, prevista no §12 do inciso XXI do artigo 7º do Estatuto da OAB, prevê a responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa. Dessa forma, caso a autoridade negue o direito ao advogado de acesso aos autos, ou, forneça os autos de forma incompleta, ou

retire peças que foram juntadas anteriormente ao processo, nestes casos, a autoridade poderá sofrer responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade, nos termos da Lei n. 4.898/65 (Lei atual de abuso de Autoridade). Além da responsabilização da autoridade, dispõe, ainda, que o advogado poderá peticionar ao juiz requerendo o acesso completo aos autos.

4.1. A Natureza do Inquérito Policial Após o Advento da Lei 13.245/16

Com o advento da Lei 13.245/16, vários questionamentos foram suscitados no meio jurídico, mormente sobre se a referida lei estaria inserindo o contraditório e a ampla defesa na fase de investigação, modificando, assim, a natureza inquisitiva do inquérito policial.

No entendimento de Lopes Junior (2016), o caráter "inquisitório da investigação" não acabou. Para o autor, o que define o sistema inquisitório ou acusatório é a gestão da prova nas mãos de uma única pessoa e não a separação de poderes, o que caracteriza acúmulo de funções. Dessa forma, o inquérito policial continua sendo inquisitório, pois incumbe ao delegado, ou Ministério Público, presidir o procedimento, praticar atos de investigação e também decidir nos limites legais, respeitando a reserva de jurisdição. A tímida ampliação da presença do advogado, fortalece a defesa e o contraditório, mas não retira o caráter inquisitório do inquérito, visto que se manifestam precariamente apenas no seu primeiro momento, que é o da informação.

Para Castro e Costa (2016, s.p) "o inquérito policial consiste em importante ferramenta inquisitorial de produção de elementos informativos e probatórios, sem descuidar de sua missão de resguardo dos direitos básicos dos envolvidos, inclusive do investigado".

Nesse sentido, o inquérito policial continua sendo inquisitorial, mesmo com a previsão do novo inciso XXI. Entretanto, é imperioso ressaltar que, mesmo sem aplicação do contraditório e da ampla defesa, não significa que o inquérito policial deva arbitrário ou que todos os direitos do investigado devam ser negados, uma vez que garante ao investigado determinados direitos fundamentais, dentre eles o direito ao silêncio, o direito à integridade física, o direito à assistência de advogado, entre outros (CAVALCANTE, 2016).

Assim, é possível compreender que a Lei 13.245/16 apenas regulamentou os direitos do advogado na investigação preliminar, assegurando a assistência jurídica do advogado ao seu cliente, quando convocado a participar de algum ato no procedimento investigatório, com sua presença e aconselhamento, tomando conhecimento do que já foi realizado, sendo que esses direitos e garantias já se encontravam garantidos/assegurados pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, a referida lei, segundo Lopes Junior (2016) não revoluciona a investigação, muito menos acaba com seu caráter inquisitório ou estabelece o pleno contraditório. Apenas contribui para a ampliação, tímida, do espaço defensivo na fase pré-processual.

4.2. A Atuação do Advogado na Fase pré-processual

O Código de Processo Penal Brasileiro, entre os artigos 4º e 23º, disciplina sobre o inquérito policial, garantido, também, na Constituição Federal em seu artigo 144, §1º, IV, e §4º, sendo um procedimento basilar na investigação criminal, que busca elementos para comprovação e iniciativa da ação penal.

O Inquérito Policial possui natureza inquisitiva, de forma necessária ao procedimento, preservando a imagem do acusado e proporcionando seguridade e eficácia nas investigações.

Dessa forma, surgem o equilíbrio entre as investigações e as garantias do acusado, previstas no artigo 5º, LV da Constituição Federal.

Mediante o advento da Lei 13.245/2016, foi alterado o teor do artigo 7º, inciso XIV, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, incluindo a prerrogativa do advogado, possibilitando-o de acessar os autos da investigação criminal.

Portanto, passa-se de uma interpretação restritiva para ampla, deixando de ser “repartições policiais”, para “investigações de qualquer natureza”, “em qualquer instituição responsável” pela sua condução.

É o que garante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que ligou o viés da publicidade e do sigilo na investigação, garantindo ao advogado e seu cliente o acesso aos autos da investigação, desde que já formalizadas e documentadas (STF, HC 88190).

Ademais, o Agravo Regimental Reclamação 22.062 dispõe no sentido de não possibilitar ao advogado as diligências que estão em andamento, ou seja, que ainda não

foram documentadas, para fins de comprometimento dos resultados, ficando limitadas por meio do delegado.

Mediante estes apontamentos, é possível compreender:

Segundo se extrai da leitura da Súmula Vinculante 14, o Defensor pode ter acesso às diligências já documentadas no inquérito policial. No entanto, a diligência à qual o reclamante pleiteia acesso ainda está em andamento e, em virtude disto, a súmula vinculante não é aplicável ao presente caso. (Rcl 10110, rel. Min. Ricardo Lewandowski. Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 15.3.2016).

Ou seja, está garantido na Súmula Vinculante 14 que os autos conclusos podem ser acessados pelo advogado a qualquer tempo e instituição, e aos em andamento poderão sobre limitação por meio do delegado, caso haja a possibilidade de comprometer a sua produção ou eficácia.

A Súmula Vinculante 14 estabelece, ainda, que:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

A Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016, que altera o artigo 7º, XIV, § 11, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), diz que são direitos do advogado:

(...) XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (...)

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

Convém salientar que anterior as alterações relacionadas, a Súmula vinculante 14 já entendia esse acesso amplo aos defensores. Ademais, a decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou o habeas corpus 88190, decidiu em conformidade com a Súmula,

concedendo esse mesmo direito, ou seja, o artigo 7º, XIV, § 11, da Lei nº 8.906/94, obteve sua mudança recente, mas o entendimento já vinha sendo utilizado e aceito.

Além do que já foi dito, sobre o acesso amplo às diligências realizadas, é possível que o advogado tenha acesso aos autos que necessitam de sigilo, mediante procuração, e há jurisprudências que afirmam isso.

O Relator da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello, em uma decisão monocrática sobre as informações referentes ao regime de sigilo da lei das organizações criminosas, se posicionou no sentido de que:

A postulação em causa, que tem suporte jurídico na Súmula Vinculante 14/STF, mostra-se acolhível, pois, mesmo tratando-se de procedimento em regime de sigilo, instaurado com apoio em depoimento prestado por agente colaborador na forma da Lei 12.850/2013, revela-se plenamente legítima a pretensão de acesso aos autos daquele cuja suposta participação em alegada prática delituosa constitui objeto da delação manifestada ao Ministério Público e/ou à Polícia Judiciária, cabendo ao Poder Judiciário garantir-lhe a possibilidade de conhecimento das peças (inclusive das declarações do agente colaborador) a ele referentes. Ao assim decidir, garantindo ao delatado, por intermédio de seu advogado, o direito ao pleno conhecimento dos dados informativos já formalmente incorporados aos autos, faço-o com apoio em precedentes desta Corte (...). O sistema normativo brasileiro assegura ao advogado regularmente constituído pelo indiciado (ou pelo réu) o direito de pleno acesso aos autos de persecução penal, mesmo que sujeita, em juízo ou fora dele, a regime de sigilo (necessariamente excepcional), limitando-se, no entanto, tal prerrogativa jurídica às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito ou processo judicial. [Pet 5.700, rel. min. Celso de Mello, dec. monocrática, j. 22-9-2015, DJE 190 de 24-9-2015.]

Nota-se que a decisão acima referida está fundada nos argumentos de que, mesmo necessitando do sigilo, poderia ser dado ao advogado constituído o acesso aos documentos e provas já produzidos e documentados.

A esse respeito, também se posicionou o Ministro Teori Zavascki, no sentido de que:

Enquanto não instaurado formalmente o inquérito propriamente dito acerca dos fatos declarados, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos estão sujeitos a estrito regime de sigilo. Instaurado o inquérito, “o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento” (art. 7º, § 2º). Assegurado, como assegura, o acesso do

investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14. [Rcl 22.009 AgR, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, j. 16-2-2016, *DJE* 95 de 12-5-2016].

Observa-se, como afirmado anteriormente, que mesmo necessitando do sigilo, e nesses casos se tratando do sigilo da lei das organizações criminosas, o acesso foi deferido, mediante as provas já estarem documentadas, levando em consideração as restrições referidas às diligências que ainda estão em andamento.

Por todo o exposto, tem levantado uma discussão sobre a descaracterização da inquisitividade e a relativização do sigilo no inquérito policial, uma vez que existe a possibilidade de acesso aos autos e a inclusão do contraditório e ampla defesa na fase pré-processual.

Segundo Cabette (2016), a assistência do advogado na fase inquisitorial é garantida constitucionalmente, não se cogitou nenhuma hipótese que mudasse isso, e a lei ordinária só confirmou o direito que já era assegurado na Constituição Federal. Salienta o autor, que os acessos aos autos referem-se a formas parciais do contraditório e ampla defesa, não podendo ser concedido na sua integralidade.

Lima Filho (2017) reafirma que no sistema inquisitivo não existe controle das partes, só se busca a verdade de forma concreta, e por todos os meios necessários, partindo da forma tradicional utilizada pela doutrina e jurisprudência. Entende que a inclusão do contraditório e ampla defesa, e outros direitos fundamentais no curso das investigações, que possuem seus limites de acordo com as investigações, possui sua totalidade só após a fase investigativa.

Se de um lado existem os direitos fundamentais da pessoa que devem ser respeitados, por outro, existe uma investigação necessária, essencial a justiça, para elucidação dos fatos.

Nesse sentido, garantido pelo estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, juntamente com a Súmula vinculante 14, o acesso aos autos, por meio do procurador, precisa levar em consideração a eficiência das investigações, de forma que não haja comprometimento na busca pela verdade, sendo mais importante o resultado, e para isso, se for preciso, restringirá direitos fundamentais para garantir a eficácia das investigações (LIMA FILHO, 2017).

Discordando com os citados anteriormente, Sumariva (2016) acredita que o inquérito deixa a sua natureza inquisitiva, que além do acesso aos autos documentados por meio do seu defensor, é assegurado o direito de assisti-lo durante a apuração de infrações, podendo apresentar razões e quesitos, e o acesso aos autos sigilosos por meio de procuração, de forma a expandir o rol de defesas.

Com isso, a alteração da lei 13.245/2016 trouxe uma mudança significativa relacionada a defesa, ainda na fase preliminar, razão pela qual desencadeou uma discussão sobre a possível mudança da natureza do inquérito, passando de inquisitória, para acusatória/contraditória, havendo com as mudanças uma ruptura da inquisitorialidade.

4.3. Lei n. 12.245/2016: Ampliação das Prerrogativas do Advogado e Seus Reflexos na Persecução Penal

Consoante as exposições feitas anteriormente, verifica-se que as alterações trazidas pela Lei n. 12.245/2016 vieram reforçar a garantia do contraditório na fase investigativa, ainda que de forma mitigada. Isso se traduz, conseqüentemente, como um reforço à preservação dos direitos humanos, os quais garantem uma investigação eficaz e isenta.

Nesse sentido, é perceptível que essas mudanças são importantes para a garantia de um estado democrático de direito, evitando infringência dos direitos e garantias constitucionais em nome de uma pretensa segurança pública, o que demonstra à sociedade a inadequação dos abusos policiais e práticas não ortodoxas, como indispensáveis para trazer a paz e o sossego social (NUCCI, 2016).

É inegável que o diploma legislativo acima referido contribuiu para uma expansão do caráter garantista do sistema pré-processual brasileiro, proporcionando maior respeito ao direito à defesa justa durante a investigação.

No intuito de perseguir o *jus puniedi* do suspeito, o Estado não deve permitir que direitos humanos básicos do indivíduo sejam infringidos, justamente, por quem deveria tutelá-los. É preciso que o investigado, a vítima e a sociedade sejam vistos como sujeitos de direitos.

No entendimento de Silva (2016, p. 24), “[...] o direito do investigado/indiciado de se fazer acompanhar por advogado ou defensor público é evidente. O que não se exige é a indispensabilidade da presença do causídico.”

Da leitura da nova redação do art. 7º do Estatuto da Advocacia, nota-se que é direito do advogado assistir seu cliente durante procedimento investigativo criminal, devendo a autoridade que preside o feito conceder as condições necessárias ao causídico, constituído nos autos, para o satisfatório desempenho da defesa do investigado.

Essa previsão legal, no entanto, não se confunde com a obrigatoriedade da presença do advogado em toda e qualquer oitiva na seara policial. O investigado/indiciado tem direito de constituir, se quiser, o advogado. Uma vez constituído, a autoridade policial não pode impedir que o causídico acompanhe seu cliente na oitiva, sob pena de nulidade absoluta do ato, como já discutido em tópico anterior (SILVA, 2016).

Conforme menciona Avena (2017, p. 143):

[...] a alteração determinada pela lei 13.245/2016 incidiu apenas sobre o Estatuto da Advocacia, contemplando como direito do advogado o de assistir o investigado no curso da investigação criminal (inquérito policial, investigação do Ministério Público, etc). O legislador não alterou, portanto, o Código de Processo Penal.

A importância maior da Lei 13.245/2016, na visão de Avena (2017), não está em garantir ao investigado o direito de ser assistido por advogado durante a investigação, mas em assegurar a prerrogativa do advogado, por ele constituído, em realizar essa assistência. Ao ser assegurada a prerrogativa do advogado, consequentemente garantirá ao investigado, a previsão constitucional de que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, regra expressa no art. 5º, LXIII da Constituição Federal.

Portanto, embora a alteração tenha incidido apenas sobre a Lei n. 8.906/94 que rege a carreira da advocacia, é inegável que o avanço da imprescindibilidade da presença do advogado na fase investigativa, quando requerido pelo cliente, acarreta em mudanças de paradigmas em relação ao contraditório nos procedimentos preparatórios à ação penal.

A relevância da lei está no estabelecimento de nulidade absoluta do interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, como sanção ao ato da autoridade que preside a investigação, caso obste à mencionada assistência (AVENA, 2017, p. 143).

Com base no exposto, percebe-se que a Lei n. 13.245/16 modificou a atuação do causídico e, por conseguinte, da autoridade que preside o feito investigativo, tendo-se em

vista que sempre foi uma batalha dos advogados terem voz ativa e proatividade no contexto das investigações, principalmente quando da realização de oitivas, uma vez que acabavam sendo silenciados, sob o argumento de que não deveriam interferir no curso da oitiva.

A permissão de o defensor apresentar razões e quesitos, além de justificar fatos e formular perguntas, desde que pertinentes, que auxiliem na apuração dos fatos, proporciona melhorias na assistência prestada ao cliente na fase de investigação e, conseqüentemente, traz um ar de contraditoriedade ao procedimento eminentemente inquisitivo.

Por fim, a nova redação do Estatuto da OAB, dada pela Lei n. 13.245/16, por mais que não tenha promovido uma revolução na fase pré-processual, ressaltou que a presença do advogado é de fundamental importância em toda a persecução penal, até mesmo na fase inquisitorial, atuando como mais uma garantia de credibilidade do procedimento policial.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após apresentar os diversos posicionamentos doutrinários acerca do tema abordado, que são as implicações das alterações e mudanças trazidas pela Lei n. 13.245/16 ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Foram apresentados os tipos de sistemas processuais penais, mostrando as características de cada um. Discorreu-se sobre o inquérito policial, destacando sua natureza jurídica e suas características. Explanou sobre a possibilidade de aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório na fase preliminar de investigação. E, por último, debateu as mudanças ocasionadas pela referida lei e suas implicações no inquérito policial.

Observou-se que o inquérito policial é uma peça de informação com o objetivo de reunir informações quanto à autoria e materialidade das infrações penais para futura propositura de ação penal. Suas características como a inquisitividade e o sigilo foram abordadas sob a análise da possível aplicação do contraditório e da ampla defesa nessa fase preliminar.

Foi analisada a modificação de alguns artigos do Estatuto da OAB com o advento da Lei nº 13.245/16, apontou aqueles que foram acrescidos pela referida lei, destacando

as mudanças surgidas, tais como: maior atuação do advogado no inquérito policial e nas investigações de qualquer natureza em qualquer instituição; a possibilidade de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, caso o investigado seja interrogado sem a presença do advogado; os autos de investigação sujeitos ao sigilo e as hipóteses de acesso do advogados aos mesmos; e a responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa.

Por todo o exposto, verificou-se que a lei acima referida não alterou a natureza do inquérito policial, pois foram mantidas as suas principais características, que são a gestão de prova na mão de uma única pessoa e a não separação de poderes. No entanto, foi possível compreender que as mudanças trazidas contribuíram ainda mais para a concretização de um direito já constitucionalmente assegurado, que é o direito à assistência do advogado (art. 5º, LXII da CF/88) e as consequências de sua violação.

Notório que a Lei n. 13.245/16 ampliou os direitos dos causídicos e a estrita obediência do presidente da investigação aos conceitos trazidos pela inovação legislativa e, consequentemente, resguardou as garantias fundamentais individuais do investigado.

Restou perceptível que a referida lei constitui um marco e um avanço para a investigação criminal, modernizando a forma de abordagem no inquérito policial, devido ao direito do advogado de acompanhar o investigado na fase pré-processual, o que permite maior transparência e democratização aos atos praticados, haja vista a obrigatoriedade do acompanhamento pelo causídico, desde que habilitado nos autos nessa fase da persecução penal.

Conclui-se, portanto, que a legislação brasileira vem, timidamente, tentando, democratizar a fase pré-processual, proporcionando maior participação dos advogados nessa fase preliminar, seja para examinar autos, apresentar quesitos ou auxiliar na defesa do seu cliente, fato que está explicitamente relacionado ao respeito e observância dos princípios de um estado democrático de direito.

6. REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9ªed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 11 abr 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 abr 2019.

_____. **Lei nº. 8906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm acesso em 22 de novembro de 2020.

_____. **Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016**. Altera o art. 7º da Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm. Acesso em: 30 mar. 2019.

CABETTE, E. L. S. Primeiros comentários à Lei nº 13.245/2016, que altera o Estatuto da OAB e regras da investigação criminal, 2016. **Lexml**. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2016;4001059739>. Acesso em: 01 de Maio de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro; COSTA, Adriano Sousa. Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório. **Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio> acesso em 31 de janeiro de 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 13.245/2016, que assegura a participação do advogado no interrogatório e nos depoimentos realizados na investigação criminal. **Revista Dizer o Direito**. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/comentarios-lei-132452016-que-assegura.html> acesso em 05 de fevereiro de 2021.

GRECCO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Disponível em:

<https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/879424/mod_resource/content/1/U8%20-%20Grinover%20-%20A%20iniciativa....pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2021.

KHALED JR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal Brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório?

Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/handle/1/3561>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2021.

LOBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA FILHO, E. C. L. Releitura Constitucional do sigilo da investigação criminal. **Canal Ciências Criminais**. 09 de Novembro de 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/sigilo-da-investigacao-criminal>. Acesso em: 28 de abril de 2019.

_____. Natureza inquisitivo-constitucional do Inquérito Policial. 08 de março de 2017. **Canal Ciências Criminais**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/natureza-inquerito-policial/>. Acesso em: 28 de abril de 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

_____. **Manual de Processo Penal**: volume único. 6. Ed., rev., amp. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOPES JUNIOR, A. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. A Lei 13.245/2015 não acabou com o caráter inquisitório da investigação. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-15/lei-1324516-exige-advogado-investigacao-criminal>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. A inconstitucionalidade da investigação defensiva instituída pela OAB. **Revista Consultor Jurídico**.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/cesar-dario-inconstitucionalidade-investigacao-defensiva#author>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Investigação preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei 13245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação. **Conjur**. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>> acesso em 24 de outubro de 2020.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. Inquisitorialidade no processo judicial brasileiro contemporâneo. **Revista SJRJ**.

Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/inquisitorialidade-no-processo-judicial-brasileiro-contemporaneo>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 10. ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

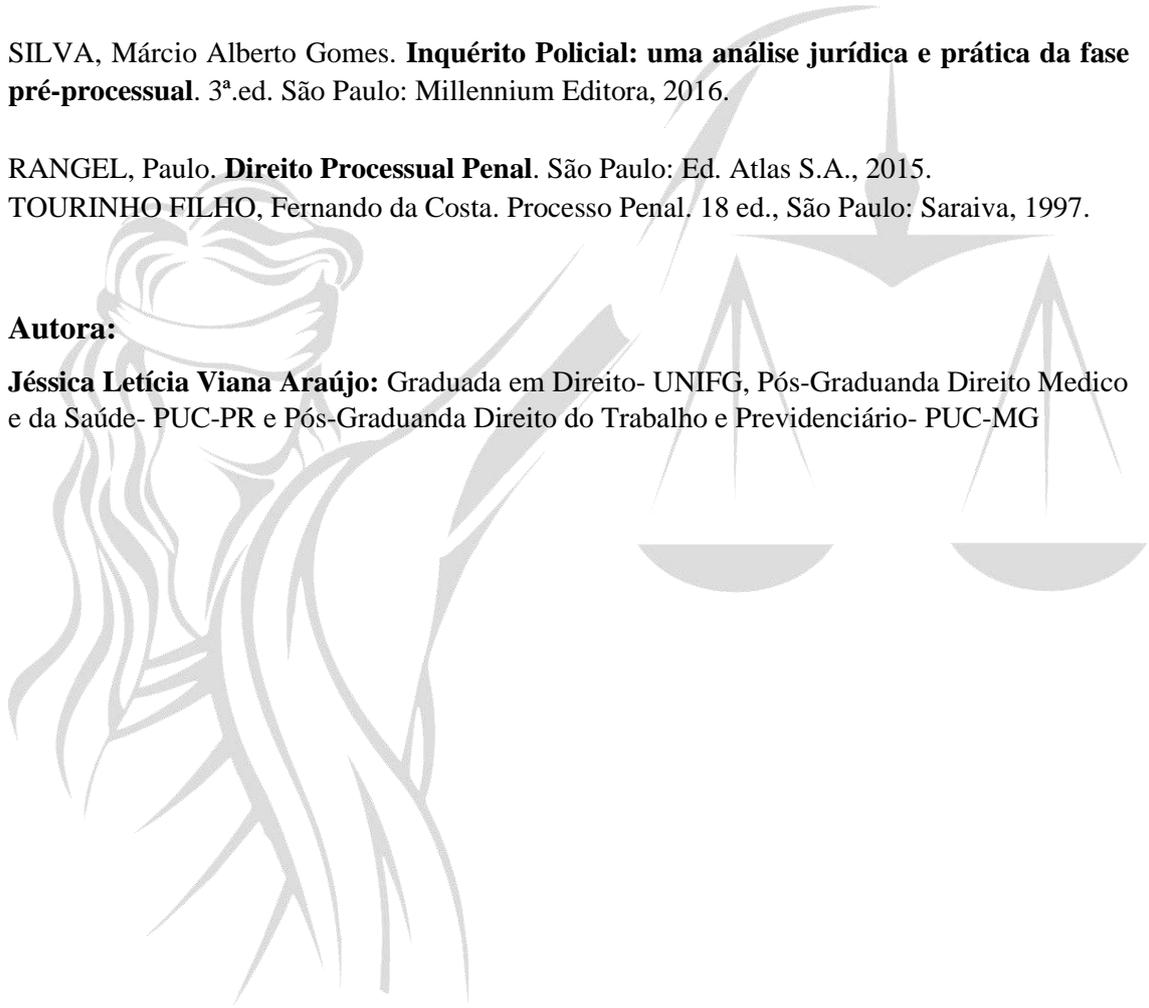
SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Inquérito Policial: uma análise jurídica e prática da fase pré-processual**. 3ª.ed. São Paulo: Millennium Editora, 2016.

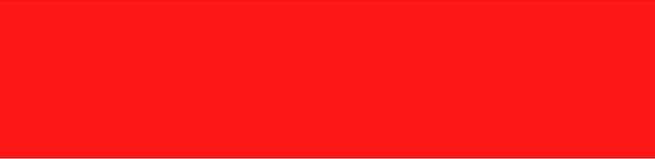
RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

Autora:

Jéssica Letícia Viana Araújo: Graduada em Direito- UNIFG, Pós-Graduada Direito Médico e da Saúde- PUC-PR e Pós-Graduada Direito do Trabalho e Previdenciário- PUC-MG





Capítulo 6

AVANÇOS E PERSPECTIVAS DO FEMINISMO JURÍDICO A PARTIR DO CASO PARADIGMA CAROLINA MARIA DE JESUS: DE 1980 AOS DIAS ATUAIS

DOI: 10.29327/543049.1-6

Rita de Cássia Batista Santana



AVANÇOS E PERSPECTIVAS DO FEMINISMO JURÍDICO A PARTIR DO CASO PARADIGMA CAROLINA MARIA DE JESUS: DE 1980 AOS DIAS ATUAIS

Rita de Cássia Batista Santana

RESUMO

O gênero feminino a muito tempo vem sendo reprimido não só pelo sexo masculino, mas no âmbito da sociedade em geral. A Constituição federal de 1988, prevê no artigo 5º a relação de direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, tendo como objetivo assegurar uma vida digna, livre e igualitária a todos os cidadãos do país. No entanto, as desigualdades existem, principalmente na causa social, racial e de gênero, persistindo devido a fatores históricos para determinados grupos sociais, como as mulheres, grupo que ainda sofre, sendo nítida a sobreposição de determinados grupos em detrimento a classe de mulheres principalmente das que vivem em situação de vulnerabilidade, sobretudo no contexto da educação, mercado de trabalho, da saúde e econômico. Deste modo, este trabalho buscará apresentar a situação social, política e jurídica das mulheres a partir do livro autobiográfico da Carolina Maria de Jesus “Quarto de despejo”, publicado em 1960. O livro traz relatos reais da autora, negra e em situação de vulnerabilidade social, em seu dia a dia, e nos permite reconhecer o caráter de denúncia exposto na narrativa, motivo pelo qual o objetivo deste estudo será o de (re)pensar avanços e perspectivas do feminismo jurídico a partir do caso paradigma Carolina Maria de Jesus de 1980 aos dias atuais, questionando o papel das vertentes do Feminismo Jurídico como alternativa possível à realidade vivenciada não só por Carolina, mas pelas mulheres no Brasil.

Palavras-chave: Quarto de despejo. Caso paradigma. Feminismo jurídico. Feminismo Negro.

ABSTRACT

The female gender has long been repressed not only by the male sex, but in the context of society in general. The Federal Constitution of 1988 provides in Article 5 the list of fundamental rights inherent to the human person, with the objective of ensuring a

dignified free and equal life for all citizens of the country. However, inequalities exist, mainly in the social, racial and gender causes, persisting due to historical factors for certain social groups, such as women, a group that still suffers, being clear the overlap of certain groups to the detriment of the class of women mainly of those who live in a situation of vulnerability, especially in the context of education, the labor market, health and economics. In this way, this work will seek to present the social, political and legal situation of women based on Carolina Maria de Jesus' autobiographical book "Storage room", published in 1960. The book brings real accounts of the author, black and in a situation of vulnerability day-to-day, and allows us to recognize the character of denunciation exposed in the narrative, which is why the objective of this study will be to (re) think about advances and perspectives of legal feminism based on the paradigm case Carolina Maria de Jesus of 1980 to the present day, questioning the role of legal feminism as a possible alternative to the reality experienced not only by Carolina, but by women in Brazil.

Keywords: Dump room. Paradigm case. Legal feminism. Black Feminism

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa analisará os avanços e perspectivas do feminismo jurídico a partir do caso paradigma Carolina Maria de Jesus: de 1960 aos dias atuais, mostrando a luta daquela que é vista como frágil e do lar, pelos seus direitos na sociedade, discussão que surge a partir do que se tem no feminismo, um movimento de mulheres que lutam pelo alcance de uma sociedade igualitária, buscando uma equiparação de direitos entre homens e mulheres, nessa perspectiva, o feminismo negro surge também como movimento de luta da mulher negra pelo reconhecimento social. As Carolinas do quarto de despejo da sociedade atual: como a revolução do feminismo negro e do feminismo jurídico vem recontando histórias de caráter atemporal, apresentando a batalha real daquelas que vivem nas favelas, nas ruas, nos lixões, as margens da sociedade, buscando o que lhes é de direito.

O livro diário de Carolina Maria de Jesus, em que ela descreve seu cotidiano e vida, traz uma denúncia real buscando chamar atenção de pessoas que poderiam mudar sua situação e de mais pessoas, que também viviam excluídas, esquecidas, ignoradas e que não tem condições dignas de vida, mesmo com todas as mudanças existentes na

sociedade em geral, o cenário atual não mudou muito, a desigualdade de gênero, violação de direitos, persiste em existir.

Contudo, em paralelo a esse cenário de ampliação de lutas e de esforços, gritantes eram as vidas nas ruas, e as realidades que essas vidas gritavam. Por isso, para clarear esta indicação, o livro da Carolina Maria de Jesus é o melhor lócus para verificarmos que em paralelo às lutas aqui descritas, havia também o cenário de luta para que essas mudanças alcançadas no “papel” alcançasse a “vida real”.

Portanto esse trabalho utiliza como proposta na literatura os relatos de Carolina, mais especificamente na narratologia, partindo do pressuposto de que a narrativa literária é uma criação imaginária, e comporta um mundo de suprarrealidade. Neste sentido, a abordagem utilizada de estudos dedicados à investigação das representações da justiça e do direito, analisada sobre os respectivos relatos de Carolina, por esta se encontrar na situação em que vivia, uma vez que não tinha conhecimento desse fato, mas deixou sua contribuição muito bem expressa para o feminismo, pois apresentou a vida de uma mulher solteira que buscava o melhor para si e para seus filhos em meio a uma sociedade a época tão injusta e desigual.

2. UM ESCURSO PELA (R)EVOLUÇÃO FEMINISTA NA DÉCADA DE 60

No Brasil Colônia, embora o fato de que os direitos das mulheres e as lutas por igualdade das minorias sempre estiveram entrelaçados, houveram pequenas conquistas. A época vivia-se a cultura de repressão das minorias, desigualdade e do patriarcado. As mulheres tinham “donos”, sejam qualquer que fossem os chefes de família, pais, maridos, irmãos, elas estavam sujeitas as vontades desses. Durante esse período a luta das mulheres era focada em algumas carências existentes nesse período, como direito a vida política, educação, ao divórcio e o livre acesso ao mercado de trabalho (FAHS, 2016).

Durante o Império não ocorreram grandes mudanças, o direito a educação da mulher foi reconhecido, e não havia de fato uma proibição para que as mulheres participassem da vida política, considerando que estas não eram reconhecidas como detentoras de direito pelos constituintes, por isso, ocorreram várias tentativas de alistamento eleitoral sem sucesso. Mudanças aconteceram no mercado de trabalho durante as greves ocorridas em 1907 e 1917 (greve das costureiras), sob influência de imigrantes europeus, buscando melhores condições de trabalho em fábricas, em sua

maioria têxtil em que a força do trabalho feminino predominava. Entre os direitos exigidos nas paralizações estavam a regularização do trabalho feminino, uma jornada de oito horas de trabalho e a abolição do trabalho noturno para mulheres (FAHS, 2016).

Reiniciadas as discussões a respeito da atuação feminina na política do Brasil no início do século XX, foi criada no ano de 1922, uma organização nominada de Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, que tinha o intuito de conquistar os direitos femininos, como voto, acesso das mulheres ao mercado de trabalho. E no ano de 1928 houve dois grandes acontecimentos, o primeiro foi, Celina Guimarães Viana se torna a primeira eleitora brasileira ao votar na cidade de Mossoró – Rio Grande do Norte, o segundo, Alzira Soriano de Souza foi eleita na cidade de Lajes – Rio Grande do Norte a primeira prefeita no país, atos esses que foram anulados, mas que abriu caminho e contribuíram para a discussão sobre o direito à cidadania das mulheres (FAHS, 2016).

Anos depois, no Governo Vargas, em 24 de fevereiro de 1932, é assegurado o sufrágio feminino, aditado no texto do Código Eleitoral Provisório - decreto 21076, o direito ao voto e à candidatura de mulheres. Após um ano do decreto de 1932, é eleita a primeira deputada federal brasileira, Carlota Pereira de Queiróz, membro da assembleia constituinte nos anos seguintes. No período anterior ao estado novo, as defensoras do feminismo transmitiam suas ideias através de reuniões, publicações em jornais, da arte, utilizavam todos os meios possíveis de divulgação das repressões sofridas pelas mulheres à época, algumas vezes essas militantes aproveitavam das greves e periódicos sindicalistas e anarquistas para revelarem sua luta e conquistas (FAHS, 2016).

Por sua vez, agora em um grande salto cronológico, em 1960 ocorreram grandes mudanças na sociedade. Nos Estados Unidos durante o pós-guerra com o empenho da nova geração de jovens empenhados na prosperidade material e tecnológica, surgiram grandes conquistas em áreas do campo do transporte, medicina, e da eletrônica, impulsionando a modernidade à época. Sendo observado a revisão de valores nos papéis exercidos entre homens e mulheres na sociedade. Durante o período da segunda guerra com a inserção da mulher no mercado de trabalho, vista como “rainha do lar” estabeleceu-se um novo campo de possibilidades para conquistas antes imaginadas (SOUZA, s. d).

Neste período foi lançada a pílula anticoncepcional, permitindo o movimento feminista no mundo não ser apenas configurado como uma luta só por espaço político e social, mas por uma nova forma de relacionamento entre homem e mulher. Paralelo a

esse, houve inserção de livros com escritos de autoras que desconstruíam o papel da mulher na sociedade no meio intelectual. A partir desse momento mulheres começaram a saírem nas ruas em protesto pelos seus direitos. Lutavam pela devida equiparação salarial entre homens e mulheres, se consolidando o feminismo enquanto movimento político integrado a outras bandeiras (SOUZA, s. d).

Como resultado a essas movimentações, foram adotadas várias políticas de igualdade no intuito de atender os anseios proclamados no período. Instituições de defesa aos direitos da mulher, órgãos de natureza governamental passaram a sensibilizar parcelas da sociedade a respeito dessa causa, tendo com resultado algumas bandeiras de lutas passaram a serem protegidas por lei específica (SOUZA, s. d).

Contudo, em paralelo a esse cenário de ampliação de lutas e de esforços, gritantes eram as vidas nas ruas, e as realidades que essas vidas gritavam. Por isso, para clarear esta indicação, o livro da Carolina Maria de Jesus é o melhor lócus para verificarmos que em paralelo às lutas aqui descritas, havia também o cenário de luta para que essas mudanças alcançadas no “papel” alcançasse a “vida real”.

2.1. O caso paradigma Carolina Maria de Jesus

Em 1960 foi publicado o livro “O Quarto de despejo” de Carolina Maria de Jesus, que em seu lugar de fala, descreve o seu dia a dia na favela de Canindé no estado de São Paulo. Trazendo uma relevante discussão sobre a miséria protagonizada por ela e seus filhos, a violência e a fome são personagens com bastante evidência no cotidiano da favela. Trabalhando como catadora de papel, Carolina vive e cuida dos filhos, com dificuldade para conseguir dinheiro para mantê-los, mas sempre procurando dar-lhes uma boa educação. Com relatos de violência doméstica, brigas entre vizinhos, vivenciando a desigualdade social, em que ela deixa claro a diferença entre quarto de despejo e sala de estar, o primeiro é onde fica tudo o que não serve agora, o que é deixado pra pensar depois, o que não tem importância, sendo a favela o quarto de despejo da cidade, e o segundo, a sala de estar encontra-se os poderosos, os que dominam. Ela comenta o descaso político, o fato de que somente em época de eleições a favela é lembrada, os políticos aparecerem nas favelas em busca de voto com falsas promessas, iludindo os que ali habitavam.

A década em que foi publicado o livro foi marcada por grandes conquistas na sociedade, como a revisão de valores entre o papel dos homens e das mulheres na sociedade, com o advento da segunda Guerra Mundial aquela que era vista como “rainha do lar” teve uma significativa inserção no mercado de trabalho abrindo caminho para novas oportunidades e conquistas. Houve a inserção de autoras mulheres no mundo intelectual que se interessavam em desconstruir o papel da mulher na sociedade; impulsionando o sexo feminino a saírem a rua para reivindicar seus direitos assegurados pela constituição liberal de seu país, lutando pela equiparação do salarial entre homens e mulheres (SOUZA, s. d).

A autora do livro “O Quarto de Despejo” se chama Carolina Maria de Jesus, uma mulher negra, pobre, mãe solteira com três filhos: Vera Eunice, João José e José Carlos. Estudou até o segundo ano do ensino fundamental, catadora de papel e moradora da Favela de Canindé no Estado de São Paulo.

A obra é um diário, escrito em primeira pessoa, composto pela junção de vinte cadernos em que Carolina escreveu o seu cotidiano na favela onde morava e suas impressões acerca do lugar. A proposta de Carolina de escrever um livro referente à favela foi justamente o de empregar um caráter de denúncia, real, espantoso, e que poderia chamar a atenção de pessoas importantes. Mostrando a luta diária de uma mulher negra e pobre vivendo as margens da sociedade de 1960, excluída, oprimida, esquecida, ignorada, que não tinha as condições mínimas de qualidade de vida, sendo obrigada fazer a parte de um ambiente desagradável como a favela que não oferecia condições mínimas de dignidade humana e saneamento básico, classificado como o pior dos cortiços pela autora. Carolina expressa que o seu descontentamento em morar em uma favela não é apenas uma questão de local, ela manifesta o desejo simples de andar limpa, de se vestir bem, de ter uma casa para morar: “Eu não estou descontente com a profissão que exerço. Já habituei-me a andar suja. Já faz oito anos que cato papel. O desgosto que tenho é residir em favela” (JESUS, 1960, pag.19).

A desigualdade social é um dos tenebrosos problemas que se faz presente nos relatos feitos por Carolina, vivenciando o descaso social tanto da sociedade quanto das autoridades, os administradores dos recursos públicos, e a violação de direitos básicos, como direito a saúde e moradia, prevalecendo a vulnerabilidade daqueles que ficam à mercê da sociedade. Dentro de todo esse cenário, Carolina dizia ter impressão de estar

vivendo no inferno, trazendo relatos impressionantes sobre a fome que vivenciava, apresentada por ela como escravidão atual: “A tontura da fome é pior do que a do álcool. A tontura do álcool nos impele a cantar. Mas a da fome nos faz tremer. Percebi que é horrível ter só ar dentro do estômago” (JESUS, 1960, p.39). Carolina ainda diz que a fome tem cor amarela: “Que efeito surpreendente faz a comida em nosso organismo! Eu que antes de comer via o céu, as árvores, as aves tudo amarelo, depois que comi, tudo normalizou-se aos meus olhos” (JESUS, 1960, p.40).

A autora tentava fugir da fome, trabalhava dia e noite para comprar alimentos, para não deixar seus filhos passarem fome, muitas vezes buscou recurso no lixo, mas a fome persistia em estar presente na sua família. O local no qual Carolina estava inserida e aparece como personagem principal, a favela, um lugar em que o perfume que se exalava era o da lama podre, dos excrementos e da pinga, e conceituado como um quarto de despejo da sociedade, o lugar onde se recebia os indivíduos de menor importância, os menos favorecidos pela sociedade. Nas palavras de Carolina dizia:

As oito e meia da noite eu já estava na favela respirando o odor dos excrementos que mescla com o barro podre. Quando estou na cidade tenho a impressão que estou na sala de visita com seus lustres de cristais, seus tapetes de viludos, almofadas de sitim. E quando estou na favela tenho a impressão que sou um objeto fora de uso, digno de estar num quarto de despejo. [...] Estou no quarto de despejo, e o que está no quarto de despejo ou queimase ou joga-se no lixo (JESUS, 1960, p. 33)

Assim, Carolina deixa clara e evidente a desigualdade social intitulada por ela de sala de visita – cidade, onde vivem os poderosos, os favorecidos e quarto de despejo – favela, local de despacho de tudo aquilo que não presta, sem valor, existente na década de 1960 e que perdura até hoje.

A questão a trazer aqui, é que o véu do passado e presente parece se dissolver quando realizamos a leitura dos relatos de Carolina. Não é segredo a situação das pessoas, em especial das mulheres negras e pobres, que vivem nas ruas, nas favelas, nos cortiços e nos lixões do Brasil. Não é segredo, mas o assunto parece ser ignorado há 60 anos, pois é uma realidade que não muda, uma doença crônica que temos no Brasil e que relega essas mulheres aos quartos de despejos da sociedade, é um problema de raça, gênero e classe.

3. AS CAROLINAS DO QUARTO DE DESPEJO DA SOCIEDADE ATUAL: COMO A (R)EVOLUÇÃO DO FEMINISMO NEGRO E DO FEMINISMO JURÍDICO VEM (RE) CONTANDO AS HISTÓRIAS

O quarto de despejo é uma denúncia literária atemporal uma vez que apresenta uma realidade vivida na década de 1960, mas que se perpetua até a atualidade. Carolina Maria de Jesus, personagem principal, apresenta a si mesmo, a sociedade, o meio em que vive e ainda aqueles que faziam parte do seu cotidiano nu e cru, que compartilhavam da sua mesma condição de subalternidade na sociedade brasileira, sendo moradores de favela. Carolina pertenceu a um meio social que a excluiu devido a sua baixa escolaridade, ser negra e pobre (SANTOS, BORGES, 2013). A autora escancarou as portas da favela, mostrando a todos a realidade vivida por todos moradores de baixa renda naquele ambiente, onde não teve medo de expor e apresentar sua fala desvalorizada pela sociedade apresentando-se como exemplo vivo da diferença e da desigualdade existente na época (SANTOS, BORGES, 2013). Esse cenário, que seria diferente se os seus direitos básicos inerentes a pessoa humana fossem assegurados, não somente o dela, mas de todas as Carolinas da época, se houvesse uma maior efetividade dos direitos das mulheres não obstante a idealização e realização de projetos para erradicação da pobreza, da desigualdade social que continua latente na sociedade atual.

O Quarto de despejo é um retrato da luta diária de muitas mulheres em situação de miserabilidade social, esquecidas e deixadas as margens do progresso existente na época de 1960, progresso esse, que trazia a ideia de desenvolvimento, riqueza e modernidade e que também possuía o intuito de camuflar as facetas da exclusão e a intensificação da segregação social. Sabe-se que a Constituição Federal do Brasil em seu artigo 5º, parágrafo 3º busca promover o bem de todos, como devem ser garantidos os direitos fundamentais a todos, presando também pela igualdade, requerendo ações práticas do estado, para uma efetiva concretização do que está escrito no texto constitucional. Carolina uma autêntica representante da mulher negra e pobre que buscava seu lugar de fala na sociedade da década de 1960, padecendo todo tipo de amargura que a pobreza ofertava a uma mãe solteira. Ela seria mais uma em meio a tantas mulheres que sofrem com o descaso da sociedade, mas recebeu a oportunidade de apresentar tudo o que tinha descrito para mundo (ALVES, 2018).

Apesar de ter escrito uma obra tão realista e concreta, vendido um milhão de cópias do seu diário, não foi reconhecida em vida como alguém que produziu literatura, para uns ela foi apenas o acaso, para outros precursora de uma literatura periférica. Mulher sem lugar, fazia parte do quarto de despejo, ambiente com o qual nunca se conformou, escolheu ser diferente, lutou por algo que nunca teve em sua vida, dignidade. Carolina por não saber o seu lugar buscou refúgio ao local dos poetas, sonhando em ser independente da favela, mudar de cidade, ter uma vida digna, mas não foi abrigada e reconhecida por aqueles que faziam parte dessa área, mesmo após o sucesso de sua obra continuou sem lugar, pobre e não aceita (ALVES, 2018).

No momento de notoriedade social de Carolina as histórias de exclusão social ganhavam notoriedade na mídia, ambas com limites de notoriedade social permitida para não atrapalharem a instalação do regime militar. O seu livro possuía ataques políticos, o que poderia promover revolta social. Na década de 60 mesmo momento de publicação do livro, iniciou-se o movimento do feminismo mulheres saíram às ruas para reivindicar seus direitos na busca por uma sociedade igualitária, aderindo a várias políticas de igualdade e a outras causas como igualdade salarial entre homens e mulheres; surgiu também durante a segunda onda do feminismo, o feminismo negro protagonizado por mulheres negras que buscava o reconhecimento social, do ser mulher e negra, mesmo com essa forte vertente do feminismo, de protesto, com todos os seus objetivos e interesses, a realidade de mulheres como Carolina permaneciam inertes, não havia mudança, mas se houvesse um feminismo de conexão que abrangesse todas as mulheres independente de classe e raça, a realidade dessas Carolinas poderiam ter possibilitado oportunidades diferentes (ALVES, 2018).

Nas palavras de Cândice Lisbôa Alves, o que falta na sociedade brasileira é a inclusão social:

Carolina, (...) foi apenas mais uma mulher negra e pobre. Todas as mazelas padecidas e descritas em Quarto de Despejo são naturalizadas como normas às condições de mulher pobre. Essa naturalização, pelo seu avesso, remete à uma crítica aos institutos jurídicos e também à (ausência) de políticas de inclusão da mulher negra no Brasil (ALVES, 2018).

3.1. Um panorama das revoluções feministas

O feminismo, um movimento social que se iniciou desde a década de 1960, que continua atual, pertinente, necessário e se atualiza constantemente e que objetiva a equidade de direitos entre homens e mulheres. No que se refere ao conceito de feminismo jurídico segundo escreveu Salete Maria da Silva, caracterizado pela pluralidade, heterogeneidade e ausência de consensos, trata-se de um conjunto de críticas, teorizações, proposições metodológicas e atividades práticas desenvolvidas por juristas feministas em face do fenômeno jurídico, dentro ou fora do sistema de justiça, tendo como proposta central desenvolver reflexões e ações que promovam transformações radicais no âmbito das normas, discursos e práticas jurídicas, tendo como foco a obtenção da igualdade de gênero. Considerado como o movimento social mais influente do século XX, o feminismo tem adentrado nas diversas áreas da ciência e produzido questionamentos que lançam luzes teóricas sobre diversos temas e problemas sociais; gerando transformações inovadoras e emancipatórias para as relações humanas de uma forma geral, e para o mundo das ciências em particular, dando força e utilidade na luta da defesa da cidadania e dos direitos humanos das mulheres (SILVA, 2018).

Bell Hooks por sua vez, expõe que o feminismo é um movimento que tem como objetivo principal acabar com o sexismo, exploração sexista e opressão, deixando claro que o movimento não tem a ver com ser anti-homem, um movimento de mulher contra homem, mas sim contra o sexismo. Sendo necessário entender primeiramente o que é sexismo, para então compreender o feminismo, mas a maioria das pessoas não entendem o sexismo, e quando entendem acreditam que ele não seja um problema. A grande maioria da sociedade, cita que Feministas são formadas, não nascem feministas; que uma pessoa não se torna defensora de políticas feministas simplesmente por ter o privilégio de ter nascido do sexo feminino (HOOKS, 2018). Para Ângela Davis, existe uma importante intersecção entre feminismo, antirracismo e luta de classes, e essa é uma união de debates importantes quando a pauta é pelo rompimento de assimetrias sociais (DAVIS, 2016).

O feminismo e o direito possuem relações muito intensas, pois as feministas ao longo da história transitam entre a denúncia e o uso estratégico do saber jurídico visando garantia da igualdade de gênero denunciando o sexismo presente nas leis e no discurso jurídico manifesto através da negação dos direitos civis e políticos para as mulheres uma vez que de acordo com o que expõe Salete Maria da Silva “o direito é uma das mais importantes

ferramentas dentro da luta das mulheres por alcançar o lugar que desejam dentro da sociedade” (SILVA, 2018. p.88).

O feminismo jurídico também pode ser conceituado como uma espécie de ativismo jurídico com a incorporação de gênero no direito, através de estratégias política femininas com demandas individuais e coletivas para atuar nesse campo, e também auxiliando nas lutas travadas na seara do direito, dentro e fora do sistema de justiça. Destacando-se em diversas contribuições de juristas femininas envolvidas em mudanças legislativas ou em construções de políticas públicas que buscam atender reivindicações de mulheres. Sendo o direito uma área propícia ao desenvolvimento de regras que possam favorecer/ ajudar/ beneficiar, tanto o sexo feminino como masculino (SILVA, 2018). No entanto o feminismo jurídico por meio de suas críticas, proposições teóricas, políticas e jurídicas, tem um legado que se estende não apenas as mulheres principais precursoras do movimento e as principais interessadas, mas para com a sociedade como um todo, com conquistas em diversas áreas da vida social. Podendo ser notadas na ampliação dos direitos inerentes a mulher, da paulatina expansão e fortalecimento da cidadania feminina, entre eles no sistema de justiça. Apresentando estratégias para área do direito proporcionando um olhar mais amplo para os défices existentes na sociedade, contribuindo ainda para as transformações da relação de gênero no país (SILVA, 2018).

3.2. Feminismo Negro

O feminismo negro é o movimento de luta da mulher negra pelo reconhecimento social. Surgiu entre as décadas de 1960 e 1980, a partir da segunda onda do feminismo por causa da fundação da National Black Feminist nos Estados Unidos, em 1973 e devido as feministas negras que passaram a criar e escrever sobre o tema, enquanto mulheres brancas lutavam pelo direito ao voto e ao trabalho, mulheres negras lutavam para serem consideradas pessoas, ganhando destaque no Brasil nos anos de 1980; A partir do III Encontro Feminista Latino-Americano ocorrido em Bertioga em 1985, surgindo a partir daí as primeiras coletivas com mulheres negras visando adquirir visibilidade política no campo feminista. Apesar de toda luta e a união de gênero, muitas feministas brancas tratam a questão racial como disputa ao invés de reconhecer seus privilégios, impedindo o movimento de avançar (RIBEIRO, 2018).

Em obras do feminismo brasileiro é comum não encontrar relatos sobre o feminismo negro, sendo algo assintomático. A teoria feminista incorpora o discurso de que mulheres brancas são dominantes tornando a mulher negra invisível e fazendo com que seus problemas ao menos sejam nomeados (RIBEIRO, 2018). Djalma Ribeiro aponta que “Numa sociedade de herança escravocrata, patriarcal e classista cada vez mais se torna necessário o aporte teórico e prático que o feminismo negro traz para pensarmos um novo marco civilizatório” (RIBEIRO, 2018, p.84).

O feminismo negro não possui o intuito de fazer separações entre as opressões raça, classe e gênero, sem a hierarquização de ambas as opressões uma vez que não se deve criar uma opressão em relação a outra. O feminismo negro busca romper com a cisão criada numa sociedade desigual, frente ao racismo, cis-heteropatriarcado e capitalismo, pensando em projetos, novos marcos civilizatórios e um novo modelo de sociedade, além disso divulgar a produção intelectual de mulheres negras, na condição de sujeitos e seres ativos, que historicamente vem fazendo resistência e reexistências (AKOTIRENE, 2019).

Ângela Davis diz que o feminismo negro emergiu como um esforço teórico e prático de demonstrar que raça, gênero e classe são inseparáveis nos contextos sociais em que vivemos (DAVIS, 2018, p.22). Que a época de seu surgimento as mulheres negras tinham que optar na maioria das vezes sobre o que eram mais importantes para elas, se o movimento negro ou o movimento de mulheres, se o mais adequado seria como compreender as intersecções as interconexões entre os dois movimentos. A sociedade atual ainda está diante do desafio de aprender sobre raça, classe, gênero, sexualidade, nacionalidade, categorias que se relacionam entre ideias e processos, mas que são interpretados isoladamente, dissociados (DAVIS, 2018).

Nessa linha de pensamento, a interseccionalidade é uma vertente mais que necessária, pois é considerada como um instrumento de ligação entre os direitos humanos entre questões de raça e gênero, uma vez que parte do projeto da interseccionalidade visa incluir questões raciais nos debates sobre gênero e direitos humanos. Ele procura também desenvolver uma maior proximidade entre diversas instituições. Sendo um desafio a incorporação à questão do gênero à prática dos direitos humanos e a racial ao gênero. A mulher deve ser protegida da mesma maneira que o homem quando vítimas de discriminação racial, e protegidas quando a discriminação for gênero/racial de maneira diferentes. Sugere ainda que a interseccionalidade lida não com grupos distintos de

peças mas sim com grupos sobrepostos, se sobreposto o grupo de mulheres com o das pessoas negras, pessoas pobres, e também os das mulheres que sofrem discriminação por conta da idade ou por serem portadoras de alguma deficiência, se encontram no centro, não sendo por acaso, as mulheres de pele mais escura, as mais excluídas da prática tradicional de direitos civis e humanos (CRENSHAW, 2002).

Neste plano, o que é de supra relevância destacar é que as desigualdades impostas às mulheres não se restringem ao âmbito racial e de gênero. Há uma tripla opressão inter-relacionada, composta por questões de raça, gênero e classe social, e essa tríade vem entrelaçada com diversas outras formas de opressão que se inter-relacionam dentro da realidade, a exemplo de religião, etnia, orientação sexual, etc. Aqui, a interseccionalidade trabalha de forma a inserir que o desempoderamento se constitui através de aspectos dinâmicos ou ativos que revelam como ações e políticas específicas geram opressões. Por apresentar esse viés expansivo, é que defende-se atualmente que não há como tratar do feminismo despido da interseccionalidade, e assim, “(...) atualmente, todo feminismo deve ser interseccional” (BOMFIM; ROCHA; BAHIA, 2019, p. 12).

Apresentado como constituinte do feminismo negro o “lugar de fala” não é somente o poder de falar, seu conceito não se restringe a legitimação de uma junção de qualquer palavras, mas o de revelar uma hierarquia de quem pode ou não falar, hierarquia essa, fruto da classificação racial, de gênero e de classe de grupos de pessoas, o seu surgimento problematiza e desmente os pressupostos de uma classe dominante, na medida em que possibilita o conhecimento de estrutura única e relacionada a branquitude no discurso dominante, olhar branco, masculino e europeu. Então a partir dessa tomada de consciência do uso de conceito proporciona, configura-se como possibilidade eficaz no enfrentamento do discurso dominante através da promoção das muitas vozes capazes de quebrar o discurso autorizado e que se pretende universal (LEAL, 2020).

Portanto o feminismo negro trata-se do desenvolvimento, do empoderamento das mulheres negras na coletividade, desenvolvendo um entendimento de sua condição social e política, de sua história e várias habilidades, e trilhando os caminhos de superação das condições impostas pela dominação, como desigualdades e opressão. Por fim, refletindo sobre o sistema opressivo, o feminismo negro não somente diversifica o debate como também o seu campo de atuação enquanto um movimento social e político (LEAL, 2020).

4. CONCLUSÃO

Este artigo serve de arcabouço pra mostrar e trazer algumas reflexões acerca do papel da mulher na sociedade enquanto cidadã e sujeita de direitos, a importância de sua luta para que atualmente pudesse gozar de direitos no âmbito da política, da educação, mercado de trabalho, mas ainda não se alcançou o mínimo de dignidade que as mulheres merecem principalmente daquelas sem lugar de fala. É nítido que os direitos inerentes a mulher não são vivenciados por todas num contexto geral, haja vista, que a grande maioria vive à margem da sociedade – nos quartos de despejo da sociedade –, o que dificulta ainda mais a concretização dos seus direitos.

Os movimentos feministas enquanto movimentos sociais e políticos, buscam a efetividade dos direitos inerentes a pessoa da mulher, enquanto ser humano, a equidade de direitos entre homens e mulheres nessa sociedade em que ainda existe muito preconceito e desigualdade. Contudo a obra “Quarto de Despejo”, escrita por Carolina Maria de Jesus, mulher negra, que não se calou diante da situação tenebrosa que vivenciava diariamente, ela como mulher pobre e semianalfabeta, relatou sua própria história e a de muitas mulheres, demonstrando seu caráter, crítica a sociedade, ao estado, o seu valor social e político na luta das classes menos favorecidas, dos ignorados pela sociedade.

Os relatos descritos por Carolina chamam a atenção para uma problemática que se demonstra como atemporal no Brasil, tomando como base reflexiva e sensibilizadora. Fomentando uma reflexão aprofundada na comunidade acadêmica e na sociedade em geral sobre o tema que possui relevante necessidade para esta e próximas gerações, sobretudo para que seja superado o histórico problema racial, social e de gênero no Brasil, que ainda diante de uma Constituição tão humana, não consegue promover a igualdade material a que se propõe.

5. REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ALVES, Cândice Lisboa. **Quarto de despejo: uma denúncia literária-jurídica e política acerca da invisibilidade e exclusão da mulher pobre e negra no brasil**. Anais do VI CIDIL. V.1, 2018. Disponível em: <http://seer.rdl.org.br/index.php/anacidil/article/view/393/pdf> Acesso em: 18/03/2021

ASSIS, Camila Vieira da Silva de. **Mulheres negras, opressões, feminismo negro e Entretenimento**. VI Seminário CETROS crise e mundo do trabalho no Brasil desafios para a classe trabalhadora. Itaperi, 2018. Disponível em: http://www.uece.br/eventos/seminariocetros/anais/trabalhos_completos/425-5124215072018-114301.pdf. Acesso em: 13/03/2021

BOMFIM, R.; BAHIA, A. G.; ROCHA, M. Pesquisa-ação como metodologia e interseccionalidade(s) como método-praxis. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 6, n. 02, p. e269, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/269>. Acesso em: 13/03/2021.

CRENSHAW, Kimberli. A Interseccionalidade na Discriminação de Raça e Gênero. **Estudos Feministas**, Salvador, n.1,2002.

DAVIS, Ângela. **A liberdade é uma luta constante** / Ângela Davis; organização Frank Barat; tradução Heci Regina Candiani. - 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2018.

DAVIS, Ângela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução Heci Regina Candiani. - 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2016.

FAHS, Ana C. Salvatti. **Movimento feminista: história no Brasil**. Politize, 16 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.politize.com.br/movimento-feminista/>

HOOKS, Bell. **O feminismo é para todo mundo**. Tradução Ana Luiza Libânio. - 1. - ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

JESUS, Carolina Maria de. **Quarto de Despejo – diário de uma favelada**. São Paulo: Francisco Alves, 1960

LEAL, Halina. **Feminismo Negro**. Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas: Mulheres na Filosofia, V. 6 N. 3, 2020, p. 16-23. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/mulheresnafilosofia/wp-content/uploads/sites/178/2020/03/PDF-Feminismo-Negro.pdf>

RIBEIRO, Djamila. **Quem tem medo do feminismo negro?** São Paulo: Editora schwarcz s.a.2018.

SANTOS, L. G. A.; BORGES, V. R. **Quarto de despejo: Considerações sobre o espaço na obra de Carolina Maria de Jesus**. Catalão UFG, v. 1, n. 1, 2013.

SILVA, Salete Maria da. Feminismo Jurídico: uma introdução. **Cadernos GenDiv**, Salvador, v. 4, n. 1 (2018). Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/25806/15668>. Acesso em: 10/04/2021.

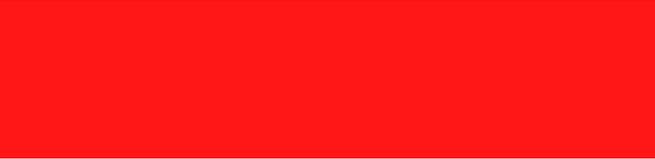
SOARES, G. A. V.; FONTANIVE, T. Diálogo entre Direito e Literatura: uma interdisciplinaridade promissora. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-21/diario-classe-dialogo-entre-direito-literatura-interdisciplinariedade-promissora>. Acesso em 20/04/2020.

SOUZA, Rainer Gonsalves. **Movimento Feminista**. Mundo Educação, s.d. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/movimento-feminista.htm>. Acesso em: 25/04/2021.

Autora:

Rita de Cássia Batista Santana: Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário UniFG. Endereço eletrônico: rita.matt201527@gmail.com



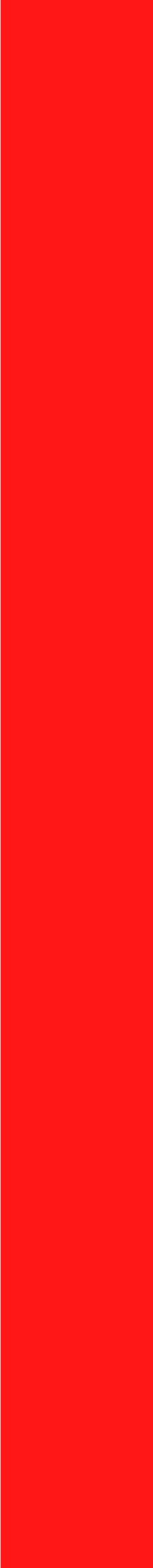


Capítulo 7

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DE ANIMAIS COM FULCRO NA TEORIA DA GUARDA: EXAME CRÍTICO NA MICRORREGIÃO DE GUANAMBI-BAHIA

DOI: 10.29327/543049.1-7

Welton de Souza Carvalho
Cinthia da Silva Barros



RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS DE ANIMAIS COM FULCRO NA TEORIA DA GUARDA: EXAME CRÍTICO NA MICRORREGIÃO DE GUANAMBI-BAHIA

Welton de Souza Carvalho

Cinthia da Silva Barros

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a possibilidade de responsabilizar civilmente os proprietários dos animais pelos atos ilícitos cometidos pelos animais soltos nas estradas. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo. O procedimento adotado é a técnica de pesquisa indireta e a pesquisa bibliográfica. De início são apresentadas noções gerais da responsabilidade civil com base na teoria na guarda, de que forma que abordamos o conceito, de breve histórico, iniciando um breve estudo acerca da responsabilidade civil frente aos danos causados pelos animais soltos nas estradas. Por fim verificar a possibilidades de os proprietários serem responsabilizados pelos atos ilícitos produzidos por estes animais.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Responsabilidade civil dos proprietários. Ato ilícito. Teoria da guarda.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the possibility of civilly holding the owners of animals responsible for the illegal acts committed by animals released on the roads. For that, the deductive method is used. The procedure adopted is the indirect research technique and bibliographic research. At first, general notions of civil liability are presented based on the theory of guarding, how we approach the concept, with a brief history, starting a brief study about civil liability in the face of damage caused by animals released on the roads. Finally, check the possibility of owners being held responsible for illegal acts produced by these animals.

Keywords: Civil responsibility. Civil liability of the owners. Illicit act. Guard theory

1. INTRODUÇÃO

Entende-se que com o aumento da população mundial, houve uma demanda desproporcional cada vez mais em consumo de automóveis, e aumento de estradas, com isso o número de acidentes com animais tendeu a crescer juntamente, onde nosso país está inserido em um grupo de 20 países que corresponde a 10% da superfície e possuem mais de 70% da biodiversidade do planeta. Apesar de sua grande relevância para o crescimento econômico e social, esse aumento em consumo de automóveis implica em sérios impactos negativos como os acidentes com animais nas estradas, tanto também pelo trânsito de animais irregular pelas estradas (SILVA, 2013).

Nosso país é constituído por uma dimensão territorial, onde devido este predomina o transporte rodoviário em grande escala, sendo um meio de utilização de grande relevância para a movimentação da economia do Estado, além disso a ausência desta pode complicar em grandes perdas de produtos perecíveis, como também empresa que necessitam de materiais para prosseguir com suas atividades, pois quando se fala em estradas e rodovias, a primeira ideia que ocorre é a de progresso e desenvolvimento (SILVA 2013).

Para quem necessita destes meios de transporte, precisa conviver com esse problema grave que é a presença constante de animais nas pistas. Essas e muitas vezes são triste realidade que deparamos no dia a dia quanto presenciam animais selvagens e domésticos.

Desta forma o constante número atropelamentos de animais solto nas estradas tenham uma parcela do ato, como bovinos e equinos. Um levantamento realizado pela Polícia Rodoviária Federal no ano de 2010, foram registrados 362 acidentes causados por animais soltos nas pistas que vitimaram cerca de 9 vítimas e totalizando uma apreensão de 1.503 animais que estavam solto em pistas (SILVA 2013).

Por estas e outras, abordam-se aspectos gerais da responsabilidade civil, a fim de verificar a responsabilidade civil frente aos danos provocados por animais na microrregião do município de Guanambi-BA investigando se a referida responsabilidade prescinde ou não da demonstração de culpa do agente detentor.

Neste artigo científico mostraremos o problema atual que impactam em grandes números de acidentes nas estradas com a circulação de animais bem como a

responsabilidade civil do proprietário onde tem o dever de ressarcir o indivíduo lesado por estes animais, pois partindo do pressuposto que muitos animais estão sendo abandonados em estradas em constante circulação.

Este artigo científico tem como tema demonstra os danos causados por animais em circulação em ambientes proibidos, e como a ausência de reparação dos danos pelos proprietários. Nestas predominâncias, considerando que este trabalho tem como demonstrar os aspectos de exame crítico na microrregião de Guanambi, trataremos que a uma porcentagem ausência de fiscalização do poder público que influência nos acidentes.

O instituto da responsabilidade civil evoluiu e vem se adaptando em conformidade com a realidade social na qual se insere, que neste cenário o artigo aborda a previsão da responsabilidade civil dos proprietários nos termos do art. Art. 936. *“O dono, ou o detentor animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”*.

A investigação descreve: a) a possibilidade de indenizar o dono ou detentor do animal, b) a solução de controle do problema com políticas públicas voltadas a educação dos proprietários donos dos animais.

O artigo científico demonstram as considerações acerca dos possíveis impactos a serem sentidos no lado social e econômico. Ao ponto que possa considerar quando houver um acidente entre automóveis e animais soltos pelas estradas, quando lesionarem a esfera jurídica patrimonial de terceiros, a passo a quem possa competir a responsabilidade culposa da relevância do fato ocorrido, apontando como o proprietário ou responsável da concessionária em seu grau de culpabilidade, também como objetivo discutir a análise de quem incube a responsabilidade civil do ato lesionado referente a posse e guarda de animais e danos de naturezas diferentes que possa vir lesionar.

O que pretende colocar em discussão é a amplitude de danos causados por estes animais, bem como o desamparo sofrido pela sociedade também será abordada as possíveis formas de prevenir, a fim de melhorar estes impactos negativos. Neste artigo científico, demonstramos responsabilidade civil do proprietário por omissão no cuidado de proteção dos animais, especialmente no desempenho de suas funções que lhe são próprias para a realização dos fins almejados.

Desta forma, após verificar a análise da responsabilidade civil do proprietário de maneira geral, pretende posicionar que o proprietário tem o dever de indenizar o indivíduo que é lesado por estes animais, diante da teoria da guarda.

Nesta discussão, apesar de ser um tema contemporâneo e atual, o estudo pouco explorado pelas doutrinas, restringem-se ao posicionar onde existem poucos casos sobre este tipo de responsabilização. Diante do cenário este tema é muito relevante que pela sistemática, muitas vezes as vítimas ficam sem ressarcimento devido danos por animais onde não acabam encontrando seu dono, considerando a falta de conhecimento.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

Na elaboração e desenvolvimento deste trabalho acadêmico, foi necessário adotar meios legislativos para assim o problema seja de forma clara solucionado.

Na sua classificação, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, onde tem uma preposição geral em relação a responsabilidade civil, onde tem finalidade chegar até a responsabilização do proprietário do animal causados por estes.

Em relação ao método de procedimento, o utilizado no presente trabalho será o bibliográfico, tendo em vista que, para o desenvolvimento deste estudo, serão utilizadas doutrinas civis, administrativas e ambientais, jurisprudência e legislação.

3. EXAME DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM BASE NA TEORIA DA GUARDA

Reconhece-se em palavras tradicionalmente, este tema já é bem antigo quando se trata de responsabilidade, como a atual legislação em vigor, e doutrinadores espoem a culpa exclusiva em face do proprietário do animal que é o guardião presumido e quando não encontrado responderá o estado ou concessionaria que administra aquele local.

Os animais têm natureza de bem moveis por se movimentar denominados também semoventes que podem deslocar por força própria, sendo suscetível a partilha em ocasião da dissolução da sociedade conjugal, levando em conta o regime de bens e a livre convenção das partes mediante acordos entres as partes. A denominação “fato da coisa” passa a fazer parte do termo responsabilidade civil tendo por base a presunção da culpa (PEREIRA, 1995, p. 102).

Não se pode afastar do fato que, em relação aos direitos dos animais, algumas indagações surgem com distintas respostas. São correntes que, com diferentes fundamentos, uns mais radicais outros menos, buscam ultrapassar o antropocentrismo conferir direitos aos animais. (LIMA FILHO, E. 2015. Pag. 25)

Com estudos aprofundados, de acordo com Hironaka (2005, p. 28), a responsabilidade civil é um instituto contemporâneo, que teve sua formulação expressa no sistema jurídico francês codificado, no final do século XVIII. Porém no mesmo caminho Hironaka (2005, p. 28) também afirma que existe uma evolução da responsabilidade civil que se confunde com a história do direito em si, considerando que o seu marco inicial foi o período de Talião.

A responsabilidade civil, segundo Nader (2010, p. 47), surgiu com a Lei de Talião e consolidava que “pelo princípio estabelecido, haveria igualdade entre o mal infligido e a consequência a ser aplicada ao agente”.

Para ter a guarda de uma coisa, este está obrigado a cuidar e a vigiar, impedindo assim que traz prejuízo a terceiros, neste sentido o dono ou detentor deve ter maiores cuidados nos casos de guarda de coisas perigosas a fim de não oferecer qualquer tipo de riscos á outros, pois em ausência destes cuidados, gera inúmeras vítimas com repercussão geral, a fim da vítima ser responsabilizados pelos donos destes animais TARTUCE (2018)

Ainda, no entendimento deste doutrinador Tartuce (2013, p. 294) afirma que a responsabilidade civil constante do nosso atual ordenamento jurídico tem como base os elementos previstos no Código Napoleônico, consistindo em elementos tradicionais do referido instituto “a conduta do agente (comissiva ou omissiva), a culpa em sentido amplo (englobando o dolo e a culpa strictu sensu), o nexu de causalidade e o dano causado”.

O código civil de 1916, hoje vetado, já consagrou e apresentou em seu art. 1.527, a faculdade de indenização caso houvesse um acidente com relevância aos citados, o dono ou detentor do animal podia se eximir alegando os cuidados e vícios com os animais, neste haveria possibilidade inversão do ônus da prova, responsabilidade esta presumida, como inc. I que o guardava e vigiava com cuidado preciso, este era um dever de prova de inexistência de culpa, neste caso o autor provava a fuga do animal que não teve culpa, pelo inc. II que o animal foi provocado por outro, inc. III que houve imprudência do ofendido, inc. IV que o fato resultou e caso fortuito ou força maior (BRASIL, 1916).

O novo código civil de 2002, adotou a culpa como também a possibilidade responsabilidade objetiva: “art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior” (BRASIL 2002).

Cumprir observar, para melhor ilustrar como o legislador personificou a coisa no animal, que, ao lado do fato da coisa (art. 937 do Código Civil) está a responsabilidade civil indireta pelo fato do animal (art. 936 do Código Civil), ou seja, a responsabilidade civil é chamada de indireta porque ela se dá por meio da coisa ou do animal – ambas andam juntas e são fundamentadas pela mesma teoria. (LIMA FILHO, E. 2015, pag. 26)

É notável que o novo código civil trouxe mais facilidade em sentido da vítima, passando a responsabilidade ser objetiva, não necessitando a culpa do dono ou detentor do animal, prescrevendo assim a excludente da responsabilidade, mas repetindo a presunção de responsabilidade do dono ou detentor.

Tem em vista, portanto a existência do nexo de causalidade entre o dano verificado e o comportamento do animal, podemos apontar o dever de indenizar, essa é a regra geral aplicável pelos prejuízos morais e patrimoniais sofridos, pois independentemente da verificação de culpa, é, no entanto, presunção absoluta, onde não se admite prova ao contrário, só é elidível mediante anteposição de umas das verdadeiras causas de excludentes da responsabilidade. (TARTUCE 2018)

Em sua obra, Maria Helena Diniz (2006 p.47-50) classifica a culpa em função do dever violado, quanto à sua graduação, relativamente aos modos de sua apreciação e quanto ao conteúdo da conduta culposa.

Neste novo código vigente, a responsabilidade civil será apenas exonerada quando constatar umas das excludentes; culpa exclusiva da vítima ou força maior presentes no art. 936 do CC/2002, onde não reproduziu a excludente do cuidado preciso, o que traz a conclusão de que a prova de ausência de culpa não é mais excludente de responsabilidade civil. (BRASIL 2002)

Há doutrinadores como Flavio Tartuce e Maria Helena Diniz que atribui seu entendimento que a responsabilidade é pertence do dono do animal, cabendo responder por todos os prejuízos adquiridos causados pelo animal, mesmo que possua em mãos de terceiros com a guarda ou vigilância (TARTUCE, 2018).

Deste modo, para Diniz (2010, p. 476), a responsabilidade civil é, em poucas palavras, um instituto jurídico que serve para reparar um dano, que possui nexo causal

com o ato ilícito praticado por alguém. A legislação civil também entende que aquele que estiver a posse do animal, quando este não sendo o dono, ele tem dever de controle do animal tomando todas as medidas indispensáveis para evitar que o animal produza danos a terceiros, a fim de atribuir responsabilidade (TARTUCE, 2018).

Pode-se aplicar a responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor para acidentes causados por animais, em diálogo das fontes com o Código Civil (BRASIL 1990). Ilustrem-se os acidentes com animais em circos, hotéis, clubes, parques de diversão e rodeios. Nessa linha, a jurisprudência superior tem subsumido a Lei 8.078/1990 para os acidentes causados por animais em rodovias, respondendo a concessionária pelos danos causados aos usuários ou terceiros (TARTUCE, 2018).

Com base em nosso Código de Trânsito Brasileiro, lei 9.503 de 1997, (art. 60, CTB), existe em nosso território brasileiro um artigo que diferenciam entre os conceitos de “estrada” e de “rodovia”, de modo que estrada é conceituada como via rural não pavimentada, enquanto as rodovias seriam vias rurais pavimentadas (BRASIL 1997).

Porém existem alguns aspectos desequilibrados em relação a este meios de locomoção com referência a circulação destes animais como eles devem circular sem oferecer nenhum perigo, desta forma a luz do art. 53 do CTB¹, determina a forma como eles devem circular para que não impunha nenhum risco a segurança (BRASIL 1997).

É de suma importância que os animais não devem permanecer sozinhos em vias sem o devido cuidado por parte de um guia e ainda qual das formas que devem circular. Desta forma em caso de acidentes presume a responsabilidade do dono do animal, bastando a vítima provar o dano ou nexos para configurar o direito de indenização (TARTUCE, 2018).

Transferindo se para o presente e o que mais nos interessa O novo código civil de 2002, adotou a culpa como também a possibilidade responsabilidade objetiva: “art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior” (BRASIL 2002).

¹Art. 53. Os animais isolados ou em grupos só podem circular nas vias quando conduzidos por um guia, observado o seguinte – para facilitar os deslocamentos, os rebanhos deverão ser divididos em grupos de tamanho moderado e separados uns dos outros por espaços suficientes para não obstruir o trânsito;II – os animais que circularem pela pista de rolamento deverão ser mantidos junto ao bordo da pista.

Tendo em vista que o código civil presenteou com mais oportunidades em sentido da vítima, passando a responsabilidade ser objetiva, não necessitando a culpa do dono ou detentos do animal, prescrevendo assim a excludente da responsabilidade, mas repetindo a presunção de responsabilidade do dono ou detentor.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, caso existisse uma vingança coletiva nos tempos primórdios, existia uma forma de reagir grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes, após, passou de certa forma a prevalecer vingança de modelo privada, na qual era feita justiça pelas próprias mãos, sob a vigência da Lei de Talião – “olho por olho, dente por dente”.

Para ter a guarda de uma coisa, este está obrigado a cuidar e a vigiar, impedindo assim que traz prejuízo a terceiros, neste sentido o dono ou detentor deve ter maiores cuidados nos casos de guarda de coisas perigosas a fim de não oferecer qualquer tipo de riscos á outros, pois em ausência destes cuidados, gera inúmeras vítimas com repercussão geral, a fim da vítima ser responsabilizados pelos donos destes animais TARTUCE (2018), e ainda cita que afirma que a responsabilidade civil constante do nosso atual ordenamento jurídico tem como base os elementos previstos no Código Napoleônico, consistindo em elementos tradicionais do referido instituto “a conduta do agente (comissiva ou omissiva), a culpa em sentido amplo (englobando o dolo e a culpa stricto sensu), o nexo de causalidade e o dano causado”.

4. PRESSUPOSTOS LEGISLATIVOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO DONO

É possível, de uma certa forma demonstrar pressupostos da responsabilidade civil, que são imprescindíveis para um melhor entendimento do conteúdo. De acordo o art. 186 do código civil, de 2002 “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Porem o art. 936 deste mesmo código art. *Art. 936. “O dono, ou o detentor animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”*

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves ele traz em seus estudos 4 elementos essenciais para a responsabilidade civil, “ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e dano”.

Por sua vez Maria Helena Diniz em seu entendimento transcreve três pressupostos necessários indispensáveis para configurar da responsabilidade civil, quais sejam: ação comissiva ou omissiva, com qualificação jurídica – apresentada sobre um ato lícito ou ilícito –, onde risco ao lado da culpa está presente; ocorrência de um dano moral ou patrimonial à vítima; e o nexo de causalidade entre o dano e a ação.

5. APONTAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROPRIETÁRIO POR OMISSÃO FRENTE AOS DANOS OCACIONADOS PELOS ANIMAIS ABANDONADOS.

Este capítulo é de suma importância no desenvolvimento deste artigo científico, pois trataremos de temas que foram abordados anteriormente, onde passamos a verificar se o proprietário pode ser responsabilizado pelos danos causados por animais, e de mais importância para esta obra em caso de positivo qual teoria ser aplicada.

De certa forma o capítulo será finalizado com uma resposta da responsabilização do proprietário em razão da sua omissão ou ação.

5.1. Responsabilidade Civil

Este é um tema que é utilizado e trabalhado no nosso ordenamento jurídico brasileiro atualmente, que predomina e trabalhado de duas formas: contratual e extracontratual ou aquiliana. Neste tópico, será abordado de modo superficial o contexto histórico da responsabilidade, entendendo até as classificações que abarcam os principais elementos.

5.1.1. Evolução Histórica da Responsabilidade Civil do Proprietário

Inexiste um marco histórico para a responsabilidade civil, porém entende-se que no direito romano, um índice de preparação deste direito, ao qual baseavam em fatos concretos e decisões onde romanos extraíam princípios e levantavam conceitos. A partir daí passaram a surgir vinganças coletivas que acabavam reagindo a um grupo agressor pela ofensa a um de seus componentes. No entanto passou a valer a vingança privada que era feita justiça pelas próprias mãos, sob a vigência da lei de talião. Por outro lado o poder público podia intervir para proibir abusos, explicando qual a maneira de punição teria direito.

No entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, a pena e a reparação só começaram a ser diferenciadas na época dos romanos, distinguindo delitos públicos dos delitos privados os primeiros eram mais graves e perturbavam a ordem, sendo a pena econômica imposta recolhida aos cofres públicos; nos delitos privados a pena em dinheiro era revertida para a vítima.

Tempos passando, forma surgindo novos princípios, que estabeleceram corrente de influência com outros povos, para Carlos Roberto Gonçalves, o direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência. Era a generalização do princípio aquiliano: *in lege Aquilia et levíssima culpa venit*, ou seja, o de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar

Porém existem alguns aspectos desequilibrados em relação a este meios de locomoção com referência a circulação destes animais como eles devem circular sem oferecer nenhum perigo, desta forma a luz do art. 53 do CTB², determina a forma como eles devem circular para que não impunha nenhum risco a segurança (BRASIL 1997).

É de suma importância que os animais não devem permanecer sozinhos em vias sem o devido cuidado por parte de um guia e ainda qual das formas que devem circular. Desta forma em caso de acidentes presume a responsabilidade do dono do animal, bastando a vítima provar o dano ou nexos para configurar o direito de indenização (TARTUCE, 2018).

5.1.2. Responsabilização em caso de vítimas dos acidentes com animais

Reconhece tantas ponderações, quanta a responsabilidade pelos danos, é preciso analisar caso a caso, com isso o setor jurídico em certas situações sofrem para definir de quem é a responsabilidade via de regra, pois aquele que se opõem a vida ou a saúde do outro em perigo direto ou eminente, como deixando animais soltos nas estradas além de

²Art. 53. Os animais isolados ou em grupos só podem circular nas vias quando conduzidos por um guia, observado o seguinte – para facilitar os deslocamentos, os rebanhos deverão ser divididos em grupos de tamanho moderado e separados uns dos outros por espaços suficientes para não obstruir o trânsito;II – os animais que circularem pela pista de rolamento deverão ser mantidos junto ao bordo da pista.

ser um ato irresponsável, configura crime previsto em algumas legislações presente no país, que podemos citar como o Código de Transito Brasileiro (CTB), também como no atual Código Civil Brasileiro de 2002 ambos com caráter de punição.

Figura 01 - Acidente entre carro e cavalo deixa uma pessoa morta e três feridas na BR-153.



Fonte: <https://www.jornalopcao.com.br>.

Figura 2: Cavalo vai parar dentro do carro em acidente grave em São Paulo



Fonte: correio24horas.com.br

Na perspectiva a problemática em questão é de grande relevo, visto que nem todos os casos o Estado brasileiro consegue acompanhar no território nacional. De acordo com dados disponibilizados pela Superintendência Regional da Policial Federal na Bahia entre

os anos de 2017 a setembro de 2019 foram totalizados cerca de 29 (vinte e nove) mortes envolvendo animais (PRF-BA).

ANO	Nº DE ACIDENTES COM VITIMAS FATAIS NAS ESTRADAS FEDERAIS DA BAHIA
2017	10 vítimas
2018	8 vítimas
Janeiro a setembro de 2019	11 vítimas

Acerca do tema, verifica-se o entendimento do Tribunal de Justiça de Distrito Federal:

CIVIL. DANOS MATERIAIS. ANIMAL SOLTO NA PISTA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO DONO DO ANIMAL. CULPA PRESUMIDA. 1. O DONO, OU DETENTOR, DO ANIMAL RESSARCIRÁ O DANO POR ESTE CAUSADO, SE NÃO PROVAR CULPA DA VITIMA OU FORÇA MAIOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 936 DO CÓDIGO CIVIL. 2. NÃO DEMONSTRANDO O RÉU, ORA APELAÇÃO, A OCORRÊNCIA DE CAUSAS EXCLUDENTES DE SUA RESPONSABILIDADE, DEVERÁ RESSARCIR OS PREJUÍZOS ORIUNDOS DA COLISÃO DO CAMINHÃO COM O ANIMAL DE SUA PROPRIEDADE. CUIDA-SE, INCASU, DE CULPA PRESUMIDA. 3. APELO NÃO PROVIDO

(TJ-DF – AC: 20040110861773: RELATOR; FLAVIO ROSTIROLA, data de julgamento: 14/03/2007, 1º Turma Cível, Data de Publicação: DJU 10/04/2007 pag.: 69)

EMENTA APELAÇÃO RESPONSABILIDADE CIVIL INDENIZAÇÃO DANO MATERIAL- ACIDENTE OCACIONADO POR ANIMAL SOLTO, DE PROPRIEDADE DE RÉU – DANOS NO VEICULO DO AUTOR- RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO DONO DO ANIMAL- IDENIZAÇÃO DEVIDA. – A responsabilidade do dono de animais pelos danos por ele causados é objetiva, podendo ser elidida somente se comprovada a culpa da vítima ou força maior (artigo 936 do Código Civil). – A satisfatória demonstração, por parte do autor, dos danos materiais suportados e do nexos causal entre estes e a conduta da parte ré conduz a procedimento do pleito deduzido. (TJ-MG – AC:

10134100142733001 MG, RELATOR: MARÇIO IDALMO SANTOS MIRANDA, Data de Julgamento: 17/11/2015, Data de Publicação: 11/12/2015)

Nas jurisprudências acima, assim como a anteriormente elencada, o dono foi responsabilizado pelos danos causados devido a acidente envolvendo animais soltos pelas estradas. Assim sendo temos em mente que acidentes de trânsito são bem discutidos nos tribunais no que diz respeito a este ato, onde cumpre destacar que devido a omissão do dono, os animais soltos são uma realidade na maioria das estradas.

Realizados os apontamentos necessários pertinentes e sua importância para o direito para o intuito da responsabilidade civil, analisam pelo direito contemporâneo enfatizando a responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio.

5.2. Elementos da Responsabilidade Civil

Analisamos neste momento alguns pressupostos que está relacionada a responsabilidade civil, onde se suma importância apontamos os fatores dos elementos que está relacionada ao dever de indenizar. Desta forma analisamos os pressupostos: ação ou omissão voluntária; culpa ou dolo; dano; e nexa causal. Neste interim, a classificação dos pressupostos da responsabilidade civil, se encontra no art. 186do Código Civil, que assim dispõem: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

5.2.1. Ação ou Omissão Voluntária

Este pressuposto, é o que Nader (2010, p. 65) denomina de ato ilícito onde caracteriza em uma ação ou omissão do agente, relatando em uma modalidade de ato jurídico, onde o ato ilícito é caracterizado por uma manifestação de vontade que violou ou viola a lei de um ato. E desta forma causa dano ao direito daquele patrimônio daquela pessoa alheia.

Desta forma, tendo em mente que a ação ou omissão do agente deve estar revestida de voluntariedade, é essencial que “a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem” (GONÇALVES, 2010, p. 59).A ação configura a conduta positiva, que se caracteriza por uma prática de um ato positivo, enquanto na omissão é de que está se caracteriza quando há o dever jurídico de praticar determinado

fato, bem como a demonstração de que, praticando-o, o dano poderia ser evitado Gonçalves (2010, p. 60).

De forma clara, este ato ilícito, constitui um elemento indispensável da ação, (conduta comissiva) ou omissão do agente. Neste caminho, com base nas ideias de Nader (2010, p. 67): “O ilícito decorre de uma ação quando o agente não se abstém de uma prática vedada em lei ou em ato negocial. Se, em lugar de respeitar a incolumidade alheia, como a lei ordena, agride, física ou moralmente, incide em ilícito civil e penal”. Diante dos argumentos, posicionamos a conduta humana seja esta comissiva ou omissiva, pontuamos que só pode ser indenizada ao ponto de atuação lesiva ao ponto de atribuir consequências danosas para a vítima.

5.2.2. Culpa e Dolo

Este elemento tem entre si uma diferença, pelo entendimento dos autores que abaixo explanarão, compreende o dolo como o ato pelo qual o agente procura intencionalmente o resultado, por sua vez na culpa em sentido estrito é a parte que ocorre o ato em decorro de uma imprudência, negligência ou imperícia. Desta maneira um ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica.

Perante estas palavras, podemos posicionar extraindo do art. 186 do Código civil (BRASIL, 2002), “a expressão ‘ação ou omissão voluntária’ está diretamente ligada à vontade consciente de agir ou de não agir do agente, caracterizando assim o dolo; enquanto que a ‘negligência ou imprudência’ está diretamente ligada à culpa” ou seja, há um fato ligado que estabelece esta conjunção de vontade de agir ou não.

O dolo nas palavras do ilustre Paulo Nader (2010, p. 97) expressa sua opinião que este é “sinônimo de intenção, deliberação do consciente do espírito”. Tartuce (2013, p. 347) por sua vez levanta o argumento que o dolo é a intenção de violar o direito de outrem, praticando determinado ato ilícito. Além disso, pode-se afirmar que, havendo dolo, o agente será obrigado a pagar integralmente o valor da indenização. Já nos casos em que existe culpa em sentido estrito, principalmente no que tange à culpa concorrente da vítima ou de terceiros, poderá haver a redução por equidade do valor da indenização (TARTUCE, 2013, p. 348).

5.2.3. Dano

Este por sua vez, conceitua como um elemento essencial para a caracterização da responsabilidade civil, desta forma o próprio Código Civil estabelece que somente haverá ato ilícito quando estiver os presentes o dano moral e material (NADER, 2010, p. 73). pela sua lógica, este entende que o dano suscetível é o dano injusto para o direito, mas os que são causados no exercício regular de direito, em legítima defesa, e para afastar o perigo eminente, não se configura dano (Nader 2010, p.73).

Para adquirir a indenização, é necessário obter o dano que dá este direito. Com isso, Gonçalves (2010, p. 357) expõem:

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o status quo ante isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária. (GONÇALVES, 2010, p. 357).

Desta forma, classificamos o dano como uma lesão a um bem jurídico protegido, que tecnicamente leva prejuízo ao patrimônio, onde exige no mínimo uma gravidade, de modo que prejuízo insignificante não caracteriza descumprimento de dever pelo agente.

5.2.4. Nexo causal

O nexos causal está entre o ato ilícito produzido e o dano lesionado, portanto trata de uma ligação, onde ambas ausências de algum, não se pode dizer em nexos causal, pois este é um elemento imaterial da responsabilidade civil (Tartuce2018, p. 358).

O nexos causal está separado de duas formas, que caracteriza elemento indispensável na área civil, uma é pela forma da responsabilidade civil subjetiva, está o nexos causal é formado pela culpa em sentido (sentido estrito e dolo) e na conduta do agente, já as responsabilidade civil objetiva, preserva pela culpa do agente (TARTUCE, 2018, p. 359).

Neste interim, apontam em momento oportuno aprofunda se o nexos causal dos danos provocados pelos animais, que objetiva estudar a responsabilidade dos proprietários, que verifica a culpa ou não destes.

5.3. A Guarda

Primeiramente, vale destacar que o termo animal se refere a todos os seres vivos que sentem e movem -se por seu próprio impulso, distinguindo -se do ser humano tanto pela falta de razão, por sua incapacidade de raciocinar.

Ter a guarda de uma coisa, presume-se como o dono daquele bem, e nessa linha este estar obrigado a vigiar, cuidar, criar artifícios para protegê-la impedindo que cause quaisquer tipos de danos.

Para haver o descumprimento com a guarda, devem ser levados em conta que não configura qualquer animal, serão aqueles que levam e oferecem perigo constante a sociedade, a segurança alheia. Devido a esses descumprimento, a guarda desses animais merecem cuidados dobrados de seus possuidores, desta forma, basta salientar que Não cabe nestes casos apenas a justificativa, a alegação de que o animal se libertou e atingiu sua vítima contra a vontade de seu dono, pois é de responsabilidade, de competência do proprietário, na ação de guarda, encontrar meios eficazes de manter a vigilância do animal.

Animais em rodovias quando são atropelados é uma realidade que lesiona eles mesmos e humanos, que produzem danos materiais e morais, porém não sendo um local adequado onde os animais deveriam estar, estes geram risco para si e para os motoristas. Existem alternativas deste para se locomoverem de lado para o outro, porém são pouco eficientes, como os corredores, dutos, potes e barreiras (SILVA 2013)

5.4. Da Expressão da Responsabilidade Pelo Fato da Coisa

Responsabilidade pelo fato da coisa é inoportuno uma vez nada tão incongruente como expressar em responsabilidade por fato da coisa a que deriva de acidentes ocorridos principalmente com automóveis ou objetos de nossa propriedade ou sob nossa guarda, porque a coisa não é eficiente de realizar fatos, e todos os que ocorrem, causando danos a terceiros, por intermédio da coisa, são realmente fruto de falta de vigilância ou prudência por outro lado. A responsabilidade civil, segundo Nader (2010, p. 47), surgiu com a Lei de Talião e consolidava que “pelo princípio estabelecido, haveria igualdade entre o mal infligido e a consequência a ser aplicada ao agente”.

A especificação é imprópria porquanto compreende as coisas aos animais, sabendo-se que as coisas são entes inertes ou passivos, enquanto que os animais são dotados de sensibilidade e capacidade de reagir; em resumo, o animal pode causar o dano por si só, a coisa não pode, a não ser intervindo causa estranha ou fato do homem que a impulse para o evento danoso.

Nesta situação o homem situa no centro para responder pelos atos, não sendo cabível responder pelos prejuízos causados por coisas alheiras, a não ser que existe um vínculo de relação. Todavia, existem certas coisas mais perigosas que outras, como o automóvel, e a imperfeição da ação humana se caracterizará por elementos de distinção, quando o homem utiliza força estranha, ele aumenta sua força e este aumento rompe o equilíbrio que antes existiu entre o autor do acidente e a vítima.

No entanto, a maioria dos acidentes nas estradas presente atualmente, estão gerenciadas por fatores relacionados a má fiscalização, falta de consciência dos proprietários de animais, falta de fiscalização e imprudência de motoristas. Nas áreas rurais, esta está mais propícia aos acidentes envolvendo equinos e bovinos, toda via, a uma culpa presumida ou falta na guarda, demonstrando uma filiação ao ordenamento da responsabilidade por fato próprio do homem. Quando classificar a culpa, os autores costumam aludir a dois elementos que lhe são inerentes: O dever violado (elemento objetivo) e a imputabilidade do agente (elemento subjetivo), a culpa seria a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar pré existente.

5.4.1. Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

Por se tratar de nomes parecidos, existem entre estas diferenças, que determinará a forma que o agente irá ser responsabilizado, e há casos que a culpa é elemento indispensável para condenação.

Partindo do pressuposto, o Código Civil optou por adotar a responsabilidade civil subjetiva, esta que está presente no art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Desta maneira faz necessário analisar e comprovar os elementos anteriores estudados, para impor a responsabilidade civil subjetiva para apontar o dever de indenizar. Nas palavras de Gonçalves, estes expõem como;

Diz-se, pois, 'subjéitiva' a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (GONÇALVES, 2010, p. 49)

Por sua vez, a responsabilidade objetiva se caracteriza pela sua previsão em lei, no próprio desenvolvimento de ato que compromete perigo de risco. O art. 927, parágrafo único, do Código Civil (BRASIL, 2002) dispõe: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

5.4.2. Da responsabilidade civil dos proprietários

Outrossim, quem responde pelos danos causados a terceiros nas rodovias? A legislação deixa claro que depende da situação, pois pode haver duas possibilidades, em caso de animal silvestre e animal doméstico. Na situação do animal ser silvestre, esta a responsabilidade passa a ser do Estado, ou da concessionária que administra aquela rodovia.

Por outro lado, caso o animal seja doméstico, esta será de responsabilidade do guardião (este caso seja o proprietário ou quem estar na guarda do animal). O guardião responde de forma objetiva independente de culpa, com base no Código Civil de 2002, no art. 936.

Proprietário da coisa animada ou inanimada, em matéria de responsabilidade civil, responde pelos prejuízos causados pela mesma coisa, quer haja culpa, quer não, e essa obrigação só tem o limite da força maior ou caso fortuito. Dessa forma o proprietário tem sua obrigação de cuidar, vigiar a fim de não trazer sérios problemas.

Ter a guarda de um animal pressupõe o senhor da guarda, ao ponto de ser obrigado a vigiar, cuidar, criar artifícios para protegê-los impedindo que cause quaisquer tipos de danos

A Lei das XII Tábuas como um antigo exemplo, determinava que os animais e coisas deviam responder pelo prejuízo causado a outrem, e o lesado podia reter o animal ou a coisa até que o respectivo dono ressarcisse o dano. Neste exemplo podemos

confirmar que não se trata de problema contemporâneo, mas desde a antiguidade já vem se demonstrando este fato.

Quando refere a guarda deve se levar em consideração não apenas a vigilância, como também as características ligados tanto aos animais como os meios e locais utilizados na manutenção dos mesmos, como por exemplos muros baixo, cercas que permitam ao animal atacar fora da propriedade, e outros amparos que não cumpram as exigências determináveis.

Ligando os conhecimentos, o Código Civil não deixou de desejar e trouxe caso o dano ocorra, estando o animal em poder do proprietário, este serão responsáveis pela obrigação de reparar, já que este se constitui o guardião presuntivo, não existindo dúvida em relação ao ato.

5.5. A Falta de Motivação de Um Código Defensor Nacional Para os Animais.

Embora essencialmente antropocêntrica, existem dispositivos que tutelam alguns direitos dos animais, onde que livram de torturas, maus tratos e sofrimentos absolutamente desnecessários. em medidas efetivas de proteção dos direitos dos animais, destaca-se o decreto 24.645/34.

A princípio, no século VI A.C. existiam pensadores capazes de intensificar o problema e posicionar como Pitágoras que já estudava do assunto, ao fazer considerações sobre o que ele entendia por ser a transmigração de almas, defendendo o respeito aos animais no meio da sociedade em que convivia. Mas com o passar dos tempos, meados anos de 1641 surgiu uma reflexão significativa para o início da ideia de direito animal, trazida pelo filósofo René Descartes. Apesar de ter origem nos tempos mais remotos, a primeira legislação contra a crueldade animal só foi aprovada no território Europeu no país da Irlanda, em 1635, desta legislação resultou na proibição arrancar os pelos das ovelhas e amarrar arados nos rabos dos cavalos (DIAS 1999).

Mas foi apenas em 1641, que veio aprovação do primeiro código legal que protegia os animais domésticos na América, baseada no texto legal “The BodyofLiberties”, compilado pelo clérigo puritano Nathaniel Ward. Um dos artigos do código dizia “Nenhum homem exercerá qualquer tirania ou crueldade contra qualquer criatura bruta que seja mantida para o uso humano”.

Durante a República Puritana, na Inglaterra, foram proibidas as brigas de galo, de cachorros e as touradas (DIAS 1999). No entanto, após a Restauração, quando Charles II retornou ao trono em 1660, as touradas voltaram a ser legais por 162 anos, até serem proibidas novamente em 1822. Seguindo o passo da filosofia, pelo estudioso Jean Jacques Rousseau argumentou em seu “Discurso sobre a Origem e Fundamentos da Desigualdade Entre Homens” (1754) que os animais devem fazer parte da lei natural; não porque eles são racionais, mas porque são seres senscientes. Também Voltaire, posicionou de forma a ironizar de forma enfática o posicionamento de Descartes sobre os animais. Em sua obra “*Dictionnaire Philosophique*”, publicada em 1764. no século XX, mais exatamente em 1933, o partido nazista aprovou uma série de leis de proteção animal na Alemanha (DIAS 1999).

Viajando por nossa legislação, O início da proteção legalista no Brasil contra a violência aos animais foi o Decreto 16.590 de 1924, que regulamentou as Casas de Diversões Públicas, e proibiu dentre outros atos de crueldade, as corridas de touros, garraios e novilhos, brigas de galos e canários. Em 1979, com a Lei Federal 6.638, esta apontava a vedação de vivisseção sem que ministre anestesia ao animal para uso de experimentos de cientistas.

A constituição de 1988, não deixou de passar em branco, que dispõe em seu art. 225 § 1º VII - *proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.*

Por se manifestar muitas possibilidades a respeito de defender os animais, e com algumas legislações presentes, sente se quer ainda a um vácuo no nosso sistema jurídico, possibilidade de esta ser mais rigoroso que precisam ter recebidos mais proteção.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em meio a tantos problemas, desta que existem possibilidades de nascer possíveis soluções, em tanto para a vida animal como do ser humano. Neste sentido uma das possíveis soluções é a marcação de animais por seus próprios proprietários. De exemplo, no Nordeste sendo uma atividade muito praticada, é uma forma eficiente e segura, onde se consegue identificar a qual proprietário que aquele animal pertence. O ferrete ou ferro em brasa, é uma ferramenta usada para marcar animais, madeira ou couro, este marcador

é composto por uma ferramenta de metal, normalmente ferro, onde está é aquecida com a intenção de ser prensada sobre uma parte pequena do animal, a partir então o animal passa a carregar uma tatuagem do símbolo do seu proprietário com as letras iniciais. Porém este fato é bem pouco utilizada por proprietários de animais, muitas das vezes sendo um ato de pouco custo, e de baixo teor de problemas para o animal.

Outra maneira de marcar o animal seria através do brinco de plástico numerados, que se trata de uma prática bem esquecida pelos proprietários, os brincos numerados podem ser encontrados em lojas agropecuárias e são fixadas na orelha com o alicate “brincador”.

Caso ocorra acidentes com animais soltos pelas estradas e vias, tanto o ferrete como o brinco seriam uma das possíveis soluções para encontrar o responsável fazendo com que ele possa pagar por seus atos de descuido. Quanto a este tipo de acidente, surge a responsabilidade civil pelo fato do animal, de natureza objetiva, na forma do art. 936 do CCB/2002. Essa responsabilidade pelo fato do animal independe de culpa, e compreende danos de qualquer natureza.

Acontece que existem também quando os animais são deixados soltos na selva, e termina por chegar ao acostamento da via por muitas vezes estarem com pastagens típicas para estes. Muito comum, inclusive, observado por quem costuma viajar à noite, é a visualização do animal deitado na pista de rolamento, atraído pelo calor do asfalto. Isto podemos citar como um ato perigoso, sendo muito relevante para o alto índice de acidentes.

Acerca da responsabilização, o que necessita é de uma política pública educadora de modo amplo voltada constantemente na prevenção de acidentes de trânsito incluindo a retirada destes animais das estradas, realização de comandos educativos com proprietários, e em caso de não identificação do proprietário, o animal possa ser leilado conforme consta o § 13 do art. 328 do CTB, sendo passível de recolhimento do animal simples a manifestação do poder público a fim de recolher estes animais para assim não interromper o trânsito e nem vidas que são tiradas.

Com fundamento ao ilustre código civil sobre a responsabilidade objetiva, houve um avanço nas legislações ao passar dos tempos com a alteração servindo para reprimir de forma eficaz os acidentes ocasionados por animais, e tornando assim mais responsável aquele que possui a guarda. Neste interim, a responsabilidade

surge a partir do momento que a vida alheia passa a ser perturbada, não apenas pela circunstância patrimonial e pela função de reparar o dano a vítima, mas pelo que estar em jogo a vida em sociedade requer vontade de viver em harmonia, ao passo que número de normas para disciplinar seus indivíduos ao ponto daqueles que praticam um ato ilícito, devem ser responsabilizados por seus atos e suportar as consequências, sendo que a responsabilidade civil surge não só pelo fato da coisa e do animal ao responder o dono, com também por lógica moral e ética.

7. REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, D. **Direito dos animais**. São Paulo: Themis, 2001.

Animais na pista causam riscos de acidentes nas estradas baianas, disponível em: acordacidade.com.br/noticias/82896/animais-na-pista-causam-riscos-de-acidentes-nas-estradas-baianas-.html acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. Código civil brasileiro (revogado). Lei 3.071/16. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Socio biodiversidade. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Código civil brasileiro. Lei 10.406/02. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 02 de abr. de 2020.

Dias, E. **Crimes Ambientais**. Belo Horizonte: Editora LitteraMacielLtda, 1999.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev. atual. aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

A responsabilidade civil pelo fato da coisa ou animal. Disponível em: www.arco.org.br/artigos/responsabilidade-civil-pelo-fato-da-coisa-ou-anim/. Acesso em 02 de abr. de 2020.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único, 8º. ed. São Paulo: método, 2018.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev. atual. aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Volume IV**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERNARDES, Luana. Código Napoleônico. **Todo Estudo**. Disponível em: <https://www.todoestudo.com.br/historia/codigo-napoleonico>. Acesso em: 28 de out. de 2020.

LIMA FILHO, E. Exploração animal. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 1, n. 01, p. 23-28, 14 out. 2015.

Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Institui o Código de Trânsito Brasileiro**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 24 set. 1997. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br>. Acesso em 28 out. 2020.

MARCHI, Cristiane de. A culpa e o surgimento da responsabilidade objetiva: evolução histórica, noções gerais e hipóteses previstas no Código Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 964, p. 215-241, fev. 2016. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/search/widget/run/multi> Acesso em: 04 maio. 2019

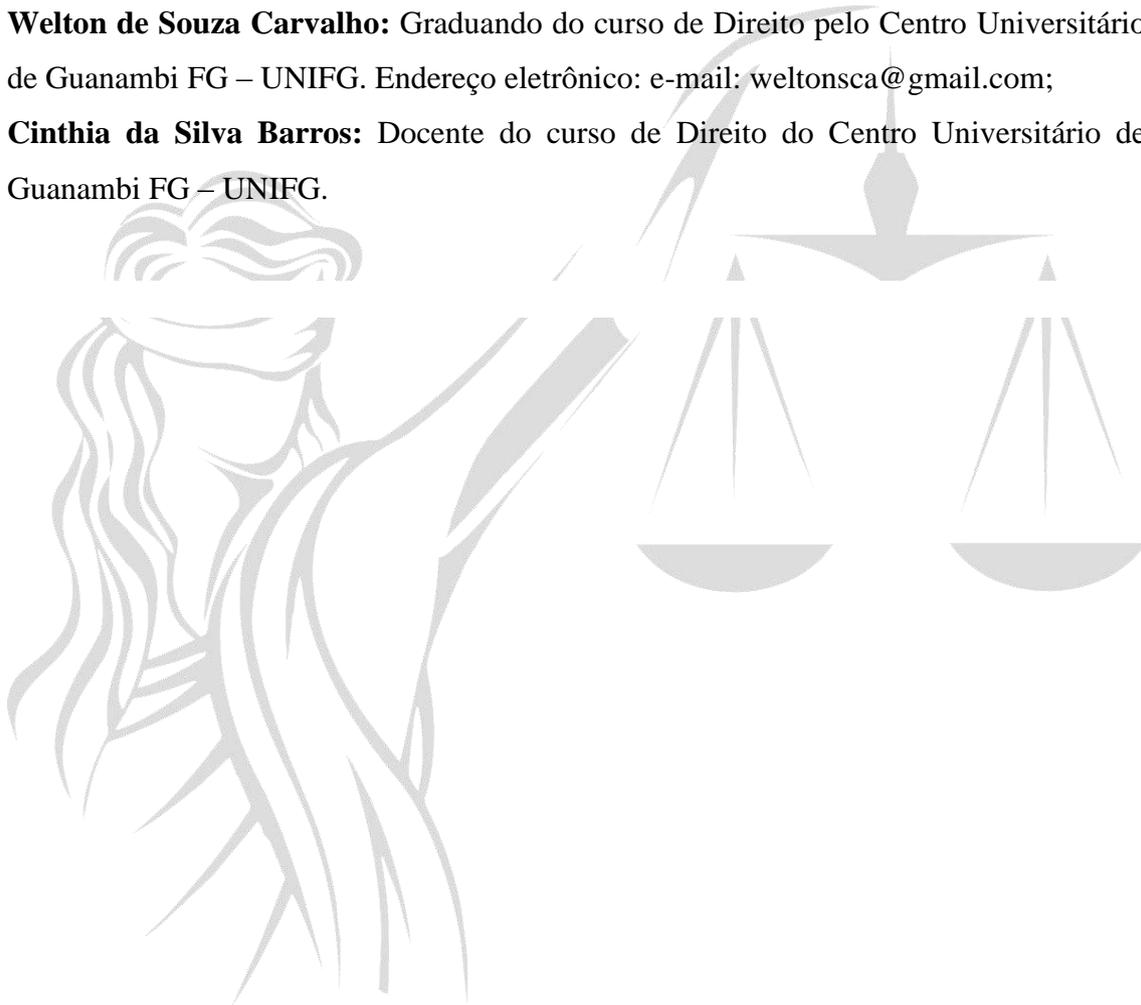
Cavalo vai parar dentro do carro em acidente grave em São Paulo Correio24horas.com.br disponível <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/cavalo-vai-parar-dentro-do-carro-em-acidente-grave-em-sao-paulo>

Acidente entre carro e cavalo deixa uma pessoa morta e três feridas na BR-153 disponível: <https://www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/acidente-entre-carro-e-cavalo-deixa-uma-pessoa-morta-e-tres-feridas-na-br-153-172626/>

Autores:

Welton de Souza Carvalho: Graduando do curso de Direito pelo Centro Universitário de Guanambi FG – UNIFG. Endereço eletrônico: e-mail: weltonasca@gmail.com;

Cinthia da Silva Barros: Docente do curso de Direito do Centro Universitário de Guanambi FG – UNIFG.





Capítulo 8

UMA ANÁLISE DA COAUTORIA NO CRIME DE INFANTICÍDIO

DOI: 10.29327/543049.1-8

Camila Da Silva Machado
Francielle Monique Ferreira Batista



UMA ANÁLISE DA COAUTORIA NO CRIME DE INFANTICÍDIO

Camila Da Silva Machado

Francielle Monique Ferreira Batista

RESUMO

O presente artigo busca refutar a possibilidade de coautoria no que diz respeito ao chamado infanticídio, delito previsto no artigo 123 do Código Penal Brasileiro. É notório, que se aproveitando da fragilidade da mãe sob o estado puerperal, o terceiro não deveria se valer da benesse envolvendo a temática, isto é, não deve enquadrar-se no tipo penal correspondente ao infanticídio, mas sim no crime de homicídio, previsto no artigo 121 do referido código. Dito isso, cumpre assinalar que quando se trata de crimes com concurso de pessoas, o Código Penal Brasileiro adota a teoria monista. Todavia, o crime em questão é considerado pelos doutrinadores como crime próprio. Isto é, somente a mãe pode cometê-lo. Além disso, para que a genitora responda pela pena mais branda, esta deve estar sob o estado puerperal (elementar do crime). Fato é, o indivíduo que tem a audácia de utilizar-se do estado em que se encontra a genitora, visando aniquilar a vida da criança, não deve ser penalizado com uma pena mais branda do que aquela cominada para o homicídio.

Palavras-chave: Infanticídio, Estado Puerperal, Vida.

ABSTRACT

This article seeks to refute the possibility of co-authorship with regard to the so-called infanticide, an offense provided for in article 123 of the Brazilian Penal Code. It is notorious that, taking advantage of the mother's fragility under the puerperal state, the third party should not take advantage of the benefit involving the theme, that is, it should not fall under the penal type corresponding to infanticide, but rather in the crime of homicide, provided for in article 121 of that code. That said, it should be noted that when it comes to crimes involving the participation of people, the Brazilian Penal Code adopts the monist theory. However, the crime in question is considered by scholars as a crime of its own. That is, only the mother can do it. In addition, for the mother to respond for the mildest penalty, she must be in the puerperal state (elementary of the crime). The fact is, the individual who has the audacity to use the state in which the mother is, aiming to

annihilate the child's life, should not be penalized with a lesser penalty than that imposed for murder.

Keywords: Infanticide, Puerperal State, Life.

1. INTRODUÇÃO

O crime de infanticídio é aquele em que a mãe ceifa a vida do seu próprio filho, podendo ocorrer durante ou logo após o parto, sob a influência do estado puerperal, na qual somente a mãe é o sujeito ativo/agente, nesse raciocínio é o entendimento da doutrina majoritária penalista.

No Código Penal Brasileiro de 1940, a prática do delito é punível com a pena de detenção de 2 a 6 anos, contudo, o que se busca com o presente artigo é refutar/demonstrar que não é cabível aplicar a mesma tipificação penal (pena) para o suposto coautor do referido crime, consoante ao artigo 123.

Tendo em vista, que o crime é próprio e exige uma elementar, ou melhor, reclama que seja a mãe o sujeito ativo e que esta esteja sob o estado puerperal, assim, é possível afirmar que o estado puerperal supracitado não é transferível para terceiro. Biologicamente falando, não é possível que uma mesma criança tenha duas mães, conquanto, conjectura-se, que aquele terceiro (coautor) tem de ser penalizado pelo delito de “homicídio”.

Sendo assim, é cristalino, bem como é viável que o terceiro coautor seja punido pelo crime de homicídio, conforme será demonstrado no presente artigo.

2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL - DO DIREITO À VIDA

Para entrarmos na discussão central do tema, o tipo penal do infanticídio e seu alcance, se faz necessário evidenciar algumas considerações sobre alguns princípios.

Destaca-se, que a Constituição Federal de 1988 preconiza em seu art. 60, § 4º, algumas cláusulas pétreas, dentre elas, podemos citar os direitos e garantias individuais. É cediço, que as cláusulas pétreas, são um dispositivo constitucional inalterável, que não pode sofrer revogação, e tem por objetivo impossibilitar o surgimento de inovações imprudentes.

Dito isso, preceitua o art. 60, §4º da Constituição Federal que a proposta de emenda constitucional tendente a abolir este preceito não será objeto de deliberação. In verbis.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I- a forma federativa de Estado;

II- o voto direto, secreto, universal e periódico; III- a separação dos Poderes;

III- os direitos e garantias individuais.

Nesse viés, é importante mencionar, que uns dos direitos mais relevantes são os direitos individuais, estes que são os direitos ligados ao ser humano e à sua personalidade, como à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade.

Nas palavras do ilustríssimo doutrinador Paulo Gustavo Gonet Branco, conceituando vida.

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. (BRANCO, 2010, p.441).

Ato contínuo, o doutrinador Alexandre Moraes, dispõe que “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”. (MORAIS, 2003, p.63).

Perpassa, que o direito à vida, é o responsável pela existência dos demais direitos, todavia, desde os primórdios da humanidade, percebe-se a luta pela manutenção desse direito, na medida em que o direito a vida é considerado uns dos direitos mais violados da atualidade, vez que é observado pelos jornais, revistas, noticiários, dentre outros, o ceifamento de vidas de forma cotidiana.

Isto posto, o direito à vida, não pode ser desrespeitado, e uma vez desrespeitado, o agente que o viola, incorre na responsabilização criminal.

Diante do explanado, averigua-se, que no Código Penal Brasileiro está disposto em seu art.121, a pena por matar alguém, in verbis “matar alguém: pena- reclusão, de seis há vinte anos”.

Sendo assim, resta evidente que o agente/autor do supracitado crime, além de responder criminalmente, viola preceito de direito fundamental.

2.1. Do Homicídio

Em síntese o crime de homicídio que está previsto no Código Penal em seu artigo 121 no Capítulo I- Dos Crimes Contra a Vida, na qual dispõe “*matar alguém: pena - reclusão, de seis a vinte anos*”.

Tal crime contra a vida é subjetivo, isto é, podendo ocorrer por dolo ou culpa do agente ativo, ao contrário do crime de infanticídio que prevê somente o dolo pelo agente ativo contra o agente passivo. Além disso, é dividido em três espécies, quais sejam: simples, privilegiado e qualificado.

Nesse diapasão, impende destacar o entendimento do ilustre doutrinador Guilherme Nucci, ao relembrar a importância do direito à vida:

Lembremos que a história do homicídio é, no fundo, a mesma história do direito penal. Com efeito, em todos os tempos e civilizações e em distintas legislações, a vida do homem foi o primeiro bem jurídico tutelado, antes que os outros, desde o ponto de vista cronológico, e mais que os restantes, tendo em conta a importância dos distintos bens. (Nucci, 2014, pág.509).

Portanto, é nítido que a vida é o bem maior tutelado pelo Estado, por conseguinte, o art. 121 do Código Penal, traz a sanção para aqueles que violarem o direito a vida de outrem, contudo, tal normativa não incide aos partícipes e coautores no crime de infanticídio, ainda que que esses tenham violado o direito à vida de outrem, conforme já explanado anteriormente.

3. DO CRIME DE INFANTICÍDIO

3.1. Breve Apanhado Histórico

Preliminarmente, cabe mencionar que nos primórdios da humanidade, mais precisamente, no Direito Romano quando a mãe praticava o crime, tal conduta era considerada parricídio, “parricídio consiste no ato de um filho matar seu próprio pai”.

No entanto, quando se tratava do pai, segundo Fustel de Coulanges, esse não incidia em delito, já que era titular do jus vitae acnecis, a lei das XII Tábuas (Séc. V a.C), este tinha o direito de matar, até porque vivia-se em uma sociedade patriarcalista, o pai era considerado o superior, o chefe hierárquico. Como se não bastasse, os filhos eram submissos à autoridade paterna, que podia fazer o que bem entendesse com estes, o que é ultrajante.

Por esse ângulo, o crime de infanticídio era visto como um direito, na medida em que se autorizava a morte do filho nascido disforme ou monstruoso.

Posteriormente, o crime passou a ser punido de forma cruel, como preceitua Magalhães Noronha (Direito Penal, v.2, p.42):

[...] Para casos tais (infanticídio), lembra Magalhães Noronha que o passado previa punições atrozes, como coser o condenado em um saco com um cão, um galo, uma víbora e uma macaca, lançando-o ao rio, ou, como estatuído na Ordenação de Carlos V, o sepultamento do criminoso em vida, o seu afogamento, empalhamento ou dilaceração com tenazes ardentes. (Direito Penal, v. 02, p. 42, apud CUNHA, 2015, pág. 78).

Contudo, atualmente o crime é denominado pela doutrina como crime privilegiado do homicídio, vez que se observa os sintomas fisiopsicológicos da gestante.

3.2. Infanticídio

Adentrando-se, no foco da pesquisa, ou melhor, no crime de infanticídio, é imprescindível salientar, que o infanticídio, é regido pelo artigo 123 do Código Penal.

Averiguando suas características principais, percebe que, trata-se de uma verdadeira privilegiadora do tipo penal de homicídio em sua forma dolosa, já que, assim como o relevante valor social ou moral, refere-se de verdadeira cláusula de exigibilidade diminuída legalmente, concretizada quando há o assassinato de outro ser humano, isto é, o neonato.

Deve-se ressaltar, entretanto, que é tipo próprio e autônomo, tendo status equivalente ao de homicídio privilegiado.

Vejamos, o tipo penal:

Artigo 123: Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:
Pena – detenção, de 2 a 6 anos.

Não é demais esclarecer, que é necessária a configuração de diversos requisitos para a sua consumação, na medida em que o sujeito ativo deve ser a mãe do sujeito passivo, estar passando por um processo fisiopsicológico denominado “estado puerperal”,

e que mate o filho dentro de um curto período de tempo que abrange a duração do parto ou logo após a sua ocorrência.

Sendo assim, entende-se que se algum desses elementos constantes na figura típica for excluído, falaríamos que tal crime se refere ao crime de homicídio.

Nesse diapasão, destaca-se que para que haja o crime em questão é imprescindível, os requisitos inafastáveis do infanticídio: que o sujeito ativo seja a mãe, que a mãe/autora esteja sob a influência do estado puerperal; e que o crime seja cometido durante o parto ou logo após.

Quanto aos dois limites temporais, quais sejam, a) durante o parto; e, b) logo após o parto, conclui-se, que no primeiro somente no início do parto há a possibilidade de configurar o infanticídio, já que antes desse marco temporal, falaríamos do crime de aborto, quanto ao segundo, diz a doutrina que o ideal seria interpretar a luz do princípio da razoabilidade, (GRECO, 2012, p. 296).

Segundo o entendimento do doutrinador Victor Eduardo R. Gonçalves, o estado puerperal faz com que a mãe-autora do crime-objeto reduza sua capacidade:

A perturbação psíquica da mulher decorrente do estado puerperal apenas reduz sua capacidade de entendimento e, por essa razão, ela é punida, porém, com uma pena menor. (GONÇALVES, 2017, pág. 60).

Frente ao explanado, é importante salientar, que o objeto jurídico do infanticídio é o direito à vida do infante que está nascendo com vida ou que já nasceu com vida, conforme ensinamentos de Damásio de Jesus:

O objeto jurídico do crime de infanticídio é o direito à vida. Nos termos do art. 123 do CP, o fato é cometido pela mãe durante o parto ou logo após. Diante disso, o direito à vida que se protege é tanto o do neonato como o do nascente. Neonato, o que acabou de nascer; nascente, o que é morto durante o parto. (JESUS, 2010 , p. 138).

Desta maneira, não é necessário, segundo a doutrina de Bitencourt:

A existência de vida autônoma para sua caracterização, bastando a biológica: É indiferente a existência de capacidade de vida autônoma, sendo suficiente a presença de vida biológica, que pode ser representada pela existência do mínimo de atividades funcionais de que o feto já dispõe antes de vir à luz, e

das quais é o mais evidente atestado a circulação sanguínea. (BITENCOURT, 2003, pág. 139).

Por essa perspectiva, basta que o indivíduo, ora filho(a), nasça com vida para se tornar a possível vítima da própria genitora, que extermina a vida deste, ante o estado puerperal.

4. CLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE INFANTICÍDIO SEGUNDO A DOUTRINA

A doutrina majoritária classifica o crime de infanticídio como crime próprio que deve ser praticado pela mãe, mas permite o concurso de pessoas; de forma livre, pois admite qualquer meio de execução; comissivo ou omissivo; material, pois somente se consuma com a morte do infante, instantâneo, uma vez que se consuma em determinado momento, sem continuidade no tempo de dano; unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual, já que pode ser cometido por uma pessoa, mas admite o concurso; progressivo, tendo em vista que antes da morte da vítima deve obrigatoriamente experimentar lesões.

Todavia, perpassa que o crime de infanticídio é tema de decorrentes debates por diversos doutrinadores, dado que a coautoria pode ser equiparada ao crime de homicídio privilegiado.

Neste sentido, é importante observar a definição dada por Nucci em seu livro Manual do Direito Penal - Ed.15 - 2019, sobre a coautoria da qual é aquela que “é a pessoa, que juntada com outras, ingressa no tipo penal, em qualquer de seus aspectos”, ou seja, o partícipe/cúmplice.

Neste passo, perfaz a ideia de que a participação do coator é como se fosse uma semi- imputabilidade, da qual fora tratada “como criação de um tipo especial”.

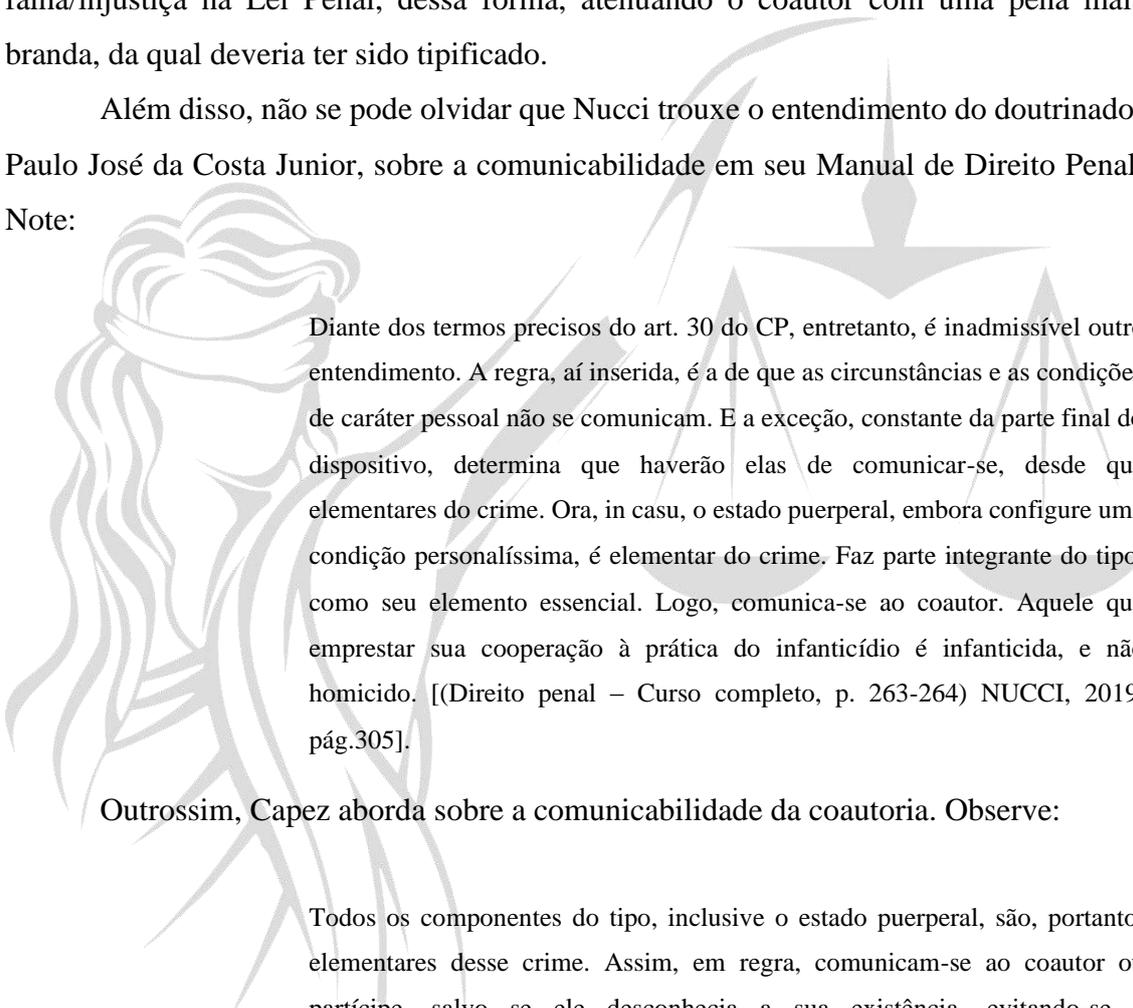
Dessa forma, preceitua Guilherme Nucci:

Seja cometida durante o parto ou logo após, embora sem fixar um período preciso para tal ocorrer [...] Levamos em consideração que a expressão “logo após” encerra imediatidade, mas pode ser interpretada em consonância com a “influência do estado puerperal”, embora sem exageros e sem a presunção de que uma mãe, por trazer consigo o inafastável instinto materno, ao matar o filho, estaria ainda, mesmo que muitos dias depois do parto, cometendo um infanticídio. (NUCCI, 2019, pág.519).

E ainda, segundo os ensinamentos de Fernando Capez, o crime de infanticídio é aquele composto pela “mãe (crime próprio); matar; o próprio filho; durante o parto ou logo após; sob influência do estado puerperal. É o crime em que a mãe mata o próprio filho, durante o parto ou logo após, sob influência do estado puerperal” (CAPEZ. 2011. pág.383)

A decorrência dos debates acerca do crime de infanticídio trazida por Nucci é quanto à coautoria, tendo em vista que os legisladores teriam cometido uma falha/injustiça na Lei Penal, dessa forma, atenuando o coautor com uma pena mais branda, da qual deveria ter sido tipificado.

Além disso, não se pode olvidar que Nucci trouxe o entendimento do doutrinador Paulo José da Costa Junior, sobre a comunicabilidade em seu Manual de Direito Penal. Note:



Diante dos termos precisos do art. 30 do CP, entretanto, é inadmissível outro entendimento. A regra, aí inserida, é a de que as circunstâncias e as condições de caráter pessoal não se comunicam. E a exceção, constante da parte final do dispositivo, determina que haverá elas de comunicar-se, desde que elementares do crime. Ora, in casu, o estado puerperal, embora configure uma condição personalíssima, é elementar do crime. Faz parte integrante do tipo, como seu elemento essencial. Logo, comunica-se ao coautor. Aquele que emprestar sua cooperação à prática do infanticídio é infanticida, e não homicida. [(Direito penal – Curso completo, p. 263-264) NUCCI, 2019, pág.305].

Outrossim, Capez aborda sobre a comunicabilidade da coautoria. Observe:

Todos os componentes do tipo, inclusive o estado puerperal, são, portanto, elementares desse crime. Assim, em regra, comunicam-se ao coautor ou partícipe, salvo se ele desconhecia a sua existência, evitando-se a responsabilidade objetiva. Diferentes, porém, poderão ser as consequências, conforme o terceiro seja autor, coautor ou partícipe. (CAPEZ. 2011. pág.383).

Dessa forma, resta límpido que doutrinadores entendem que havendo a comunicabilidade das elementares do crime, será aplicado o art. 123, qual seja, o infanticídio.

O que é infame, e controverso, levando-se em consideração que somente a genitora pode configurar com o sujeito ativo (crime próprio), sob a influência do estado

puerperal, esta que é uma circunstância elementar do crime, e durante o parto ou logo após.

Como se não bastasse, além dos requisitos supramencionados, é imprescindível a vontade livre e consciente da mãe de produzir o resultado morte, ou até mesmo assumir o risco de culminar a vida do próprio filho. Não cabe, portanto, modalidade culposa, uma vez que o estado puerperal influencia a vontade do sujeito ativo.

Em razão disso, é possível afirmar que está presente um erro quanto à coautoria do crime de infanticídio, vez que o tipo penal traz circunstâncias únicas para o tipo, bem como é conceituado pela doutrina que no referido tipo, há existência de elementares personalíssimas, que não se confunde com os pessoais, já que essas seriam transmissíveis.

Para corroborar com esta explanação, contemple o entendimento de Guilherme de Souza Nucci “é delito próprio (só pode ser cometido por agente especial, no caso a mãe).

No caso presente co-autores e partícipes respondem igualmente por infanticídio, embora presente a injustiça, que poderia ter sido corrigida pelo legislador. (NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, 5 ed., Revista dos Tribunais, 2005).

Igualmente nesse prisma o respeitável Fernando Capez, doutrinou a corrente arguida por alguns autores em que não há a comunicabilidade das circunstâncias pessoais das personalíssimas, observe:

Para essa corrente, o estado puerperal, apesar de elementar, não se comunica ao partícipe, que responderá por homicídio, evitando que se beneficie de um privilégio imerecido. Apesar de aparentemente mais justo, esse entendimento não tem amparo legal, pois o art. 30 não distingue entre elementares pessoais e personalíssimos. Sendo elementar, comunica-se, salvo quando desconhecida. (CAPEZ, 2012, pág. 382).

Logo, é evidente que o estado puerperal é um estado pertencente somente a mãe, isto é tecnicamente, uma circunstância pessoal, restando controverso a possibilidade de extensão a terceiro, que irá se beneficiar do tipo penal infanticídio.

A incomunicabilidade sustentada por alguns doutrinadores, é fundamentada na teoria extraneus, na qual o partícipe ou coautor irá responder pelo tipo penal do homicídio, haja vista se tratar de uma condição pessoal (que teoricamente deveria ser somente da mãe):

O estado puerperal é uma condição pessoal e, não uma elementar normativa, portanto, diante do art. 30 do Código Penal, o extraneus participe ou coautor, responderá pelo injusto de homicídio. (CAPEZ, 2012, pág. 252).

Destarte, que nas circunstâncias personalíssimas, importam ao autor um privilégio, por isso a influência do estado puerperal, como também ser a mãe a autora do crime, caracteriza o privilégio do crime, que não deveria se comunicar com os cooperadores, assim, estes deveriam responder pelo tipo comum do crime, isto é, pelo homicídio.

4.1. Influência do Estado Puerperal

Estado puerperal, é o tempo em que a mulher se recupera do parto, é cediço que com o nascimento do filho ocorre várias mudanças físicas, psicológicas, isso faz com que a mãe tenha uma mudança repentina de atitudes, segundo o Jorge de Rezende, obstetrícia:

(...) e o período cronologicamente variável, de âmbito impreciso, durante o qual se desenrolam todas as manifestações involutivas e de recuperação da genitália materna havidas após o parto. Há, contemporaneamente, importantes modificações gerais, que perduram até o retorno do organismo às condições vigentes antes da prenhez. A relevância e a extensão desses processos são proporcionais ao vulto das transformações gestativas experimentadas, isto é, diretamente subordinada à duração da gravidez (...). (REZENDE, 1998, pág. 373).

Levando-se em consideração este posicionamento, indaga-se, como é possível constatar este estado puerperal? Existe um modo correto de se constatar este referido estado? É cediço, que nos processos judiciais quando o juiz carece de algum conhecimento específico para dizer a quem pertence o direito alegado, utiliza-se dos auxiliares do júízo, isto é, de peritos.

Em que pese tal informação, é importante salientar que a jurisprudência dispensa a perícia médica para a constatação do estado puerperal, sob o argumento de que este é efeito normal e corriqueiro de qualquer parto. Dirceu Barros, diz:

(...) o entendimento da jurisprudência majoritária é no sentido da dispensa da perícia médica para a constatação do estado puerperal, visto que este é efeito normal e corriqueiro de qualquer parto. O que na realidade existe é uma

presunção *iuris tantum*, ou seja, até que se prove ao contrário, a mulher após o parto tem perturbações psicológicas e físicas, geralmente normais, mas, quando intensas causa um distúrbio tão grande que a mulher pode eliminar o neonato. (...). (BARROS, 2007, p.125).

Diante do exposto, resta evidente a dificuldade em se constatar o estado puerperal, todavia, pode-se afirmar que em nenhum momento doutrinadores, como também o obstetra mencionou se este supramencionado estado é transmitido a terceiros, aqui traz uma referência clara da mãe estar sob o estado puerperal durante ou após o parto.

5. CONCURSO DE PESSOAS

É cediço que os crimes podem ser cometidos por uma ou mais pessoas que concorrem para a concretização do tipo penal. Nos casos em que há participação de duas ou mais pessoas, afirma-se que estamos diante do chamado Concurso de Pessoas, circunscripto pelo art. 29 do Código Penal, entreveja:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

O concurso de pessoas tem como definição a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal. Não é necessário acordo prévio de vontades: basta que sejam uniformes e que conjuntamente busque o mesmo fim, isto é, a concretização do tipo penal.

Segundo Nucci, o concurso de pessoas é aquele em que há "cooperação desenvolvida por mais de uma pessoa para o cometimento de uma infração penal" (Manual do Direito Penal, pág. 294), logo, trata-se de uma modalidade em que há existência de mais de um agente, para mais há existência de coautores (aquele manda executar o crime) ou partícipes (aquele agente que colabora para o resultado, sem ter praticado o crime).

Nesse diapasão tem-se a existência de três correntes, três teoria no que concerne ao concurso de pessoas, quais sejam: teoria unitária, teoria pluralista e a teoria dualista. Observe do entendimento do professor Nucci, quanto a cada uma das teorias supracitadas:

Teoria unitária (monista ou monística): havendo pluralidade agentes, com diversidade de condutas, mas provocando-se um resultado, há somente um delito; Teoria pluralista (cumplicidade de delito distinto ou autonomia da cumplicidade): havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, ainda que provocando somente um resultado, cada agente responde por um delito; Teoria dualista: havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, causando um só resultado, deve-se separar os coautores, que praticam um delito, e os partícipes, que cometem outro. (Nucci, 2014, pág. 294).

Diante disso, ressalta-se que a primeira teoria, qual seja, teoria unitária/monista é aquela adotada, em regra, pelo Código Penal Brasileiro. Damásio de Jesus, também preceitua a referida teoria, qual seja, monista. Observe:

O dispositivo emprega o termo crime no singular, demonstrando que todos os concorrentes respondem por fato típico único. (Jesus, 2014, pag. 453).

De mais a mais, é necessário que esteja presente os seguintes requisitos para sua caracterização: - existência de dois ou mais agentes, - relação de causalidade material entre as condutas desenvolvidas e o resultado, - vínculo de natureza psicológica ligando as condutas entre si, - reconhecimento de prática da mesma infração para todos e - existência de fato punível.

5.1. Concurso de Pessoas no Crime de Infanticídio

Cumpra evidenciar, que a análise do crime de infanticídio à luz do concurso de pessoas, é um tema muito complexo e contravertido, como se não bastasse percebe-se muita dissensões na doutrina quanto sua aplicação.

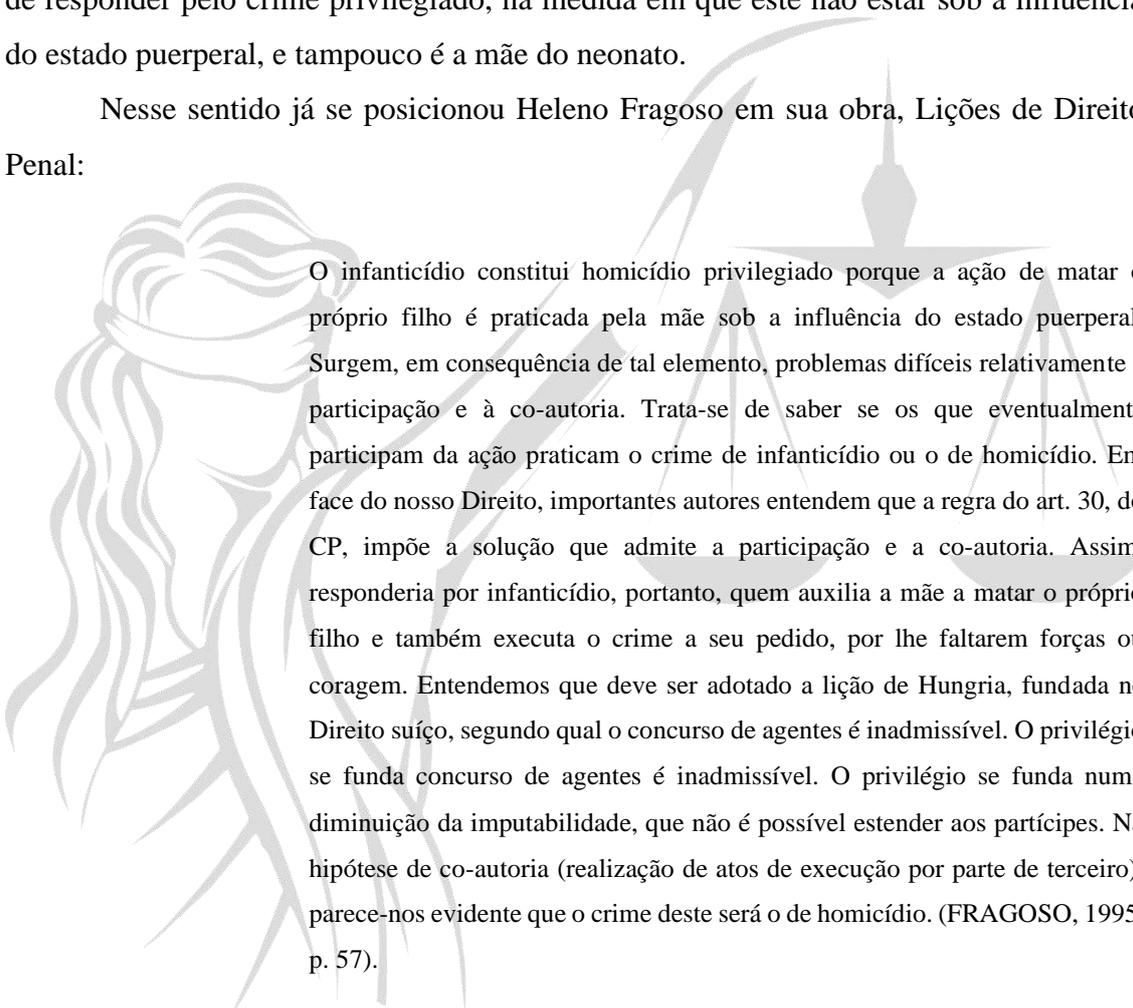
Frente ao exposto, a problemática diz respeito ao delito, “matar sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante ou logo após o parto. Pena – detenção de dois a seis anos”, deixando-o como tipo autônomo no Código Penal, o que é uma

controversa já que, o ordenamento jurídico fez com que outros indivíduos se beneficiassem da privilegiadora quando em concurso com a genitora.

Diante disso, surge a problemática, mais precisamente a definição *sui generis* criada por Nelson Hungria em sua defesa da não comunicabilidade da elementar, qual seja: sob a influência do estado puerperal, que é um caráter personalíssimo não transmitido a terceiros, o que evita a incidência do art. 29, Código Penal.

Ante o exposto, conclui-se que aquele terceiro não pode se valer da benesse, a fim de responder pelo crime privilegiado, na medida em que este não estar sob a influência do estado puerperal, e tampouco é a mãe do neonato.

Nesse sentido já se posicionou Heleno Fragoso em sua obra, *Lições de Direito Penal*:



O infanticídio constitui homicídio privilegiado porque a ação de matar o próprio filho é praticada pela mãe sob a influência do estado puerperal. Surgem, em consequência de tal elemento, problemas difíceis relativamente à participação e à co-autoria. Trata-se de saber se os que eventualmente participam da ação praticam o crime de infanticídio ou o de homicídio. Em face do nosso Direito, importantes autores entendem que a regra do art. 30, do CP, impõe a solução que admite a participação e a co-autoria. Assim, responderia por infanticídio, portanto, quem auxilia a mãe a matar o próprio filho e também executa o crime a seu pedido, por lhe faltarem forças ou coragem. Entendemos que deve ser adotado a lição de Hungria, fundada no Direito suíço, segundo qual o concurso de agentes é inadmissível. O privilégio se funda concurso de agentes é inadmissível. O privilégio se funda numa diminuição da imputabilidade, que não é possível estender aos partícipes. Na hipótese de co-autoria (realização de atos de execução por parte de terceiro), parece-nos evidente que o crime deste será o de homicídio. (FRAGOSO, 1995, p. 57).

Neste seguimento, chega-se à conclusão de ser imprescindível a modificação do tipo penal, modificando o texto legal do art. 123, Código Penal, para que passe a constar, que aquele que concorre com a mãe, responderá pelo crime de homicídio, e/ou passar a incidir no art. 121, Código Penal a privilegiadora do infanticídio, o que já é defendido por grandes doutrinadores, como por exemplo, Rogério Greco e Damásio de Jesus, senão vejamos:

Para nós, a solução do problema está em transformar o delito de infanticídio em tipo privilegiado de homicídio. Assim, na definição do art. 121, CP teríamos duas formas de atenuação da pena. A primeira, já contida no §1º, referentes aos motivos de valor moral ou social e domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. A segunda causa do privilégio seria a do infanticídio. Dessa forma, o delito autônomo do art. 123 seria transformado em causa de atenuação de pena do homicídio, no lugar onde se encontra hoje o homicídio qualificado (§2º). Assim, a influência do estado puerperal e a relação de parentesco não seriam mais elementares do crime, mas circunstâncias de ordem pessoal ou subjetiva. E, nesse caso, incomunicáveis na hipótese do concurso de pessoas. (JESUS, 2010, p. 143).

Perante o exposto, acredita-se que a justiça seria finalmente alcançada com maestria, de modo que aquele terceiro não se beneficia com a pena mais branda, tendo em vista que por esta concepção não seria permitido a comunicabilidade das elementares!

6. CONCLUSÃO

Este artigo teve por objetivo primordial refutar a ideia de que se possa existir concurso de pessoas no crime de infanticídio, bem como buscar uma possível resolução da problemática relacionada ao supramencionado crime.

O crime de infanticídio, de modo sucinto, nada mais é, do que o crime de homicídio privilegiado, e quando analisado de forma isolada, apresenta uma incongruência de problemas, vez que o estudo realizado evidenciou um conflito entre o direito escrito, legislado e frio, e a justiça como princípio moral.

Tal conflito, pode ser percebido pela probabilidade de haver concurso de pessoas no referido tipo penal, por ter um caráter de homicídio privilegiado, qualquer um que recebesse o benefício da pena imposto no crime de infanticídio, por unir esforços com a mãe, estaria recebendo uma condenação injusta aos olhos da sociedade.

Dito isso, faz-se-àr necessário solucionar este impasse, já que, conforme visto anteriormente, entende-se descabido a possibilidade de se existir concurso de pessoas no infanticídio pela incomunicabilidade das elementares.

Diante do exposto, conclui-se que a solução ideal para o caso seria à alteração legislativa do próprio tipo (infanticídio), tornando o crime de infanticídio uma privilegia dora do homicídio, onde a mãe, tão somente esta, sob o estado puerperal, ceifando o próprio filho, durante ou logo após o parto, recebesse a benesse da pena mais branda, e/ou

ainda, acrescentar no tipo penal de infanticídio um parágrafo único, que positivasse a todo aquele que de alguma forma concorresse para o crime, respondesse pelas penas cominadas no crime de homicídio, respeitando sua culpabilidade.

Alcançando, assim, a justiça com virtuosidade!

7. REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Penal - Parte Especial. Vol. 1**, Rio de Janeiro: Campus, 2007. Pág. 125

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1**. Ed 24. Brasil, Saraiva, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral** : (arts. 1º a 120) / Fernando Capez. — 16. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. 1. Direito penal I. Título.

CÓDIGO PENAL, **Comentado Doutrina e Jurisprudência**/Acacio Miranda da Silva Filho...[et al.]; coordenadores Mauricio Schaun Jalil, Vicente Greco Filho, 3.ed. — Barueri São Paulo.

CÓDIGO PENAL, **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 1940.

DA, COSTA, Álvaro M. **Direito Penal - Parte Especial - Vol. IV, 6ª edição**. Grupo GEN, 2008.

FARHAT, Alfredo. **Do Infanticídio**. Ed 2. Brasil, 1970, São Paulo.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte especial. V.1**, ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995. P. 57.

GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Coleção Sinopses Jurídicas 8 -Direito penal** : dos crimes contra a pessoa. Editora Saraiva, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial, Volume II**. Ed 6. Brasil, Revista ampliada e atualizada, 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal. Vol. V, 4 ed.**, Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 266.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: parte geral. Vol. 1, 31**. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal, 2º volume: parte especial: dos crimes contra pessoa a dos crimes contra o patrimônio**; 30ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010, pág. 143.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a Morte Culposa do Recém – Nascido**. Ed 1. Brasil, 2004, Millennium.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**, 5 ed., Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Ed 15. Brasil, Saraiva, 2019.

REZENDE, Jorge de. **O puerpério, Obstetrícia**. 8ª Ed, Rio de Janeiro, Guanabara Koogan, 1998.

RIBEIRO, Gláucio Vasconcelos. **Infanticídio. Crime Típico, Figura Autônoma, Concurso de Agentes**. Ed 1. Brasil, 2004, Pillares.

Autoras:

Camila Da Silva Machado: Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário UNA Betim. Endereço de e-mail: ofcamilamachado@gmail.com;

Francielle Monique Ferreira Batista: Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário UNA Betim. Endereço de e-mail: francielemonique23@gmail.com.

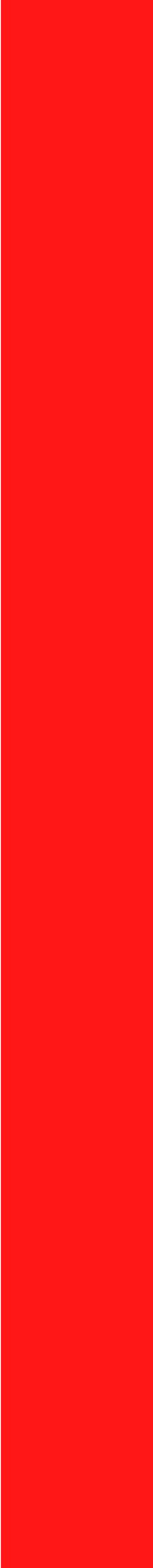


Capítulo 9

DIREITO SISTÊMICO: UMA NOVA ABORDAGEM DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO JURÍDICO

DOI: 10.29327/543049.1-9

André Filipe Nepomuceno Miranda Leite
Victor dos Santos Bruce



DIREITO SISTÊMICO: UMA NOVA ABORDAGEM DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO JURÍDICO

André Filipe Nepomuceno Miranda Leite

Victor dos Santos Bruce

RESUMO

Este trabalho discute a necessidade de aplicação de novos métodos para solucionar conflitos da sociedade, pois a interação humana provoca grande variedade de desentendimentos, os quais surgem a partir de muitas circunstâncias. Como alternativa, tem-se a Constelação Sistêmica ou Constelação Familiar que consiste em uma técnica terapêutica breve, com visão sistêmica e transgeracional, na qual se faz uso da representação e de imagens mentais com o objetivo de promover a solução consensual de litígio; o que, por sua vez, expõe a lentidão e a insatisfação dos usuários e dos operadores do Direito com o método tradicional na sentença judicial, reconhecidamente moroso. O direito sistêmico surge de um novo olhar aplicado ao Direito, uma forma de realizar ciência, com uma advocacia humanizada, sólida e entrosada com outras pessoas, fruto da intervenção interdisciplinar na resolução de situações de conflito. Embora ainda não seja consenso no ambiente jurídico, a Constelação familiar já conta com reconhecimento de suas contribuições na legislação brasileira quando se trata de práticas de conciliação e mediação.

Palavras-chave: Direito de Família. Constelação Familiar. Direito Sistêmico. Advocacia Humanizada.

ABSTRACT

This work discusses the need to apply new methods to solve conflicts in society, as human interaction causes a great variety of misunderstandings, which arise from many circumstances. As an alternative, there is the Systemic Constellation or Family Constellation, which consists of a brief therapeutic technique, with a systemic and transgenerational view, in which representation and mental images are used in order to promote the consensual solution of disputes; which, in turn, exposes the slowness and dissatisfaction of users and operators of the Law with the traditional method in the court ruling, which is admittedly time-consuming. Systemic law arises from a new look applied

to law, a way of doing science, with a humanized, solid and intertwined advocacy, the result of interdisciplinary intervention in the resolution of conflict situations. Although it is not yet a consensus in the legal environment, the Family Constellation is already recognized for its contributions in Brazilian legislation when it comes to conciliation and mediation practices.

Keywords: Family Law. Family Constellation. Systemic Law. Humanized Advocacy.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta estudos sobre as constelações familiares e o direito sistêmico, com destaque para a conciliação e a mediação judicial. O estudo tem interesse na seguinte questão: quais são as características do Direito Sistêmico como uma nova abordagem de solução de conflitos no âmbito jurídico e sua (in) eficácia como um meio extrajudicial?

A constelação familiar é uma técnica que humaniza o tratamento dos processos, porque salienta a origem verdadeira do referido problema, para que se possa solucioná-lo com eficácia e harmonia entre as partes.

O método considerado terapêutico foi criado por Bert Hellinger (2001), na década de 1970, quando era padre da Igreja Católica, desenvolveu esta técnica durante o período de permanência na África do Sul.

No Brasil, na Bahia, em 2012, o juiz de direito, Sami Storch, do Tribunal de Justiça da Bahia, implantou essa abordagem no ordenamento jurídico brasileiro, dando-lhe o nome de “Direito Sistêmico”. A partir da constatação do acúmulo de processos em vários setores, o juiz resolveu aplicar a Constelação Familiar para possibilitar aos magistrados e às partes envolvidas uma compreensão familiar em uma dada situação conflituosa. (STORCH, 2015).

O direito já possui várias normativas que amparam o desenvolvimento do método da constelação familiar, tais como: Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que objetiva consolidar os mecanismos consensuais de solução de conflitos (Brasil, CNJ, 2010); Lei da Mediação nº 13.140/ 2015, dispõe que um terceiro imparcial escolhido ou aceito resolvem a questão através dos meios consensuais, facilitando o diálogo entre as partes; o Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 (BRASIL, 2015); Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, que apresenta os princípios e garantias, as regras do procedimento e as responsabilidades, sanções e outros.

O objetivo geral para as reflexões aqui traçadas é demonstrar o recurso terapêutico da constelação familiar sistêmica como método alternativo no âmbito do Direito de Família, descrever sua contribuição na humanização e no descongestionamento do fluxo de processos, efeitos e reflexos na legislação, além de apresentar os posicionamentos de doutrinários a esse respeito no âmbito jurídico. Os objetivos específicos são: apresentar a história e a (in) aplicabilidade da prática da constelação familiar como meio alternativo de solução dos conflitos no ordenamento jurídico, no contexto humanitário e no social; evidenciar o estímulo de práticas conciliatórias, sua classificação, etapas, as várias normativas e fases que amparam o método e a advocacia no direito brasileiro; analisar a visão humanística no contexto do advogado sistêmico e do processo judicial para a eficácia da resolução do problema; analisar a aplicação da Constelação Familiar; por fim, a analisar como a defensoria pública sistêmica, a conciliação e a mediação judicial fazem uso do método.

A metodologia utilizada neste estudo é a teórica, descritiva e bibliográfica dedutiva, com as quais se busca refletir sobre a Constelação Sistêmica e relacioná-la a uma fundamentação, sem, contudo, esgotar o assunto. A abordagem adotada é a qualitativa, pois

utiliza dados coletados para buscar entender o problema de uma forma interdisciplinar, dialogando com outros conteúdos disciplinares.

A exposição do conteúdo está organizada em três partes: por esta introdução, onde se apresenta o tema a ser tratado e os objetivos do estudo; o tema foi desenvolvido em itens que tratam sobre as Constelações Familiares e o Direito Sistêmico, a Metodologia das Constelações Familiares, Advocacia Sistêmica e a interdisciplinaridade e, por último, a Defensoria Pública Sistêmica e a Conciliação e Mediação Judicial; por fim, à guisa de conclusão sobre a temática, tem-se as considerações finais.

2. AS CONSTELAÇÕES FAMILIARES E O DIREITO SISTÊMICO

Bert Hellinger nasceu em 1925 e, aos 16 anos, foi desenvolver um trabalho, como membro de uma ordem de missionários da Igreja católica, na África com os Zulus, onde procurou administrar organizações com amor aos mais velhos, conduzindo escolas para as pessoas da comunidade. Sua meta era observar os relacionamentos, focando em pontos significativos como, por exemplo, o respeito aos pais, a tomada de decisões comunitárias, evidenciando a primazia do senso comum e não da maioria, seus estudos focalizavam o

ocorrido. Quase não havia conflitos familiares, mas, quando surgiam, os Zulus faziam rituais, celebrando perante a comunidade, demonstrando que havia com a pessoa algo de errado. Essa experiência estimulou Hellinger a preocupar-se com os sistemas de relacionamentos humanos (RIBES 2013).

Ao participar de uma dinâmica em um curso inter-racial com os sacerdotes da igreja anglicana, o facilitador de dinâmicas coletivas questionou: o que era mais importante entre as pessoas e os valores morais? Bert Hellinger refletiu intensamente sobre qual era a importância das pessoas perante o sistema, direcionando profunda análise dos três princípios que regem os relacionamentos humanos: pertencimento, hierarquia e equilíbrio de trocas, que foram chamadas "as ordens do amor", as leis naturais que atuam em todo e qualquer sistema humano (RIBES, 2013).

Ao ser transferido para a Alemanha, tornou-se diretor do Seminário da Ordem de Marianhiller Pius em Wurzburg. Em 1971, deixou a Ordem dos Missionários, e se casou com sua primeira esposa, iniciando um trabalho como psicoterapeuta, nessa época, foi considerado o principal profissional de grupos na Europa (RIBES, 2013).

Em 1990, Hellinger participou de um Congresso de Psicólogos, no qual a psiquiatra Thea Louise Schonfelder apresentou sua recente abordagem para jovens e, pela primeira vez,

demonstrou o método de constelação familiar. Inspirado pelo trabalho apresentado, Hellinger pesquisou mais a fundo todo o processo, iniciando a aplicação do método para pequenos grupos (RIBES 2013).

Em 1995, Gunthard Weber transcreveu alguns cursos de Hellinger, publicando o livro "A simetria oculta do Amor". Em 2003, Hellinger casou-se novamente, agora com Sophie, dessa união possibilitou grandes estudos e avanços nas Constelações Familiares. Em 2004, ela recebeu o prêmio Nobel alternativo para medicina integrativa (RIBES 2013).

Em 2005, nasceu a Hellinger Sciencia, fundada por Bert e Sophie Hellinger, uma ciência do amor do espírito, das relações humanas, das ordens universais do convívio humano, regente da vida em todos os sentidos. Dá-se o início das relações familiares, entre homem e mulher, entre pais e filhos, avançando para relações humanas, e a maior experiência, entre povos e culturas (RIBES 2013).

Conforme Ribes (2013), a constelação visa todas as searas da vida, sendo aplicada nas áreas da psicoterapia, medicina, educação, consultoria empresarial, economia,

política e atualmente, na justiça. Desde o seu surgimento, encontra-se em ascensão e aplicação em vários países.

A contextualização histórica do nascimento do método foi para demonstrar o valor da técnica no Brasil. Um dos maiores responsáveis pela introdução dessa psicoterapia no judiciário foi Sami Storch, juiz da segunda vara de família em Itabuna - Bahia, que, após ficar encantado com método de Hellinger, começou a estudá-lo, especificamente fase por fase, quando sentiu a importância de colocar em evidência o pensamento sistêmico para ajudar nos conflitos que surgiam no dia a dia da área jurídica. Uma nova visão se iniciava na legislação brasileira, com objetivo de ajudar na dignidade humana e na resolução de conflitos nas varas de família e nos centros de solução de conflitos e cidadania.

Para melhor análise do método, é importante saber o que é o direito sistêmico.

2.1. Direito Sistêmico

Storch (2010), após seu primeiro contato com a terapia das Constelações Familiares, verificou a sua eficácia na solução de questões pessoais, revelando que era uma ciência de grande potencial na área jurídica.

Nos tempos atuais, tornou-se inviável a aplicabilidade de processo e julgamento das ações conferidas ao Poder Judiciário, tanto pela estrutura de pessoal e material quanto pelos

inúmeros processos acumulados, sem possibilidade de realizá-los por meio de resolução extrajudicial.

Esse novo método tornou-se, então, algo viável no meio judiciário e na sociedade, visto a necessidade de se buscar novos métodos para tratamento dos conflitos, procurando neles solução específica, fundamentada na proximidade, na demonstração de que as partes possuem direitos e obrigações, direcionando as partes para a paz e, principalmente, enfatizando o respeito mútuo, ajudando os envolvidos na construção de um futuro bom relacionamento, de forma amigável, além de outras abordagens que, porventura, se façam necessárias. (STORCH, 2010).

Storch (2010) argumenta, ainda, que a forma tradicional de lidar com os conflitos, não pode ser mais vista como eficiente, pois em vários casos, uma sentença de mérito, proferida pelo juiz, quase sempre desagrada e traz inconformidade às partes.

Assim, para melhor atender os aspectos vigentes do âmbito judicial, a legislação brasileira, pensando desafogar o sistema, atender melhor e chegar a resultados

satisfatórios, deu origem ao direito sistêmico, ou seja, a inserção de um novo paradigma da ciência por meio de uma mudança de visão de mundo e de uma nova concepção de fazer ciência no meio jurídico.

Muitos conflitos são gerados pela exposição do homem em suas relações interpessoais, embora cada um sempre alegue ter suas razões, essas podem não ter uma decisão positiva, podendo transformar-se em desavenças legais que, atualmente, podem vir a ser resolvidas, mais facilmente, pelo método da Constelação familiar, uma nova forma de ver a Ciência e não uma nova ciência que se traduz em pensamento sistêmico. A palavra sistema deriva-se do grego e significa “colocar junto”, o que leva a uma mudança de perspectiva das partes para o todo, colocando-o em um contexto de restabelecimento da natureza das relações envolvidas no problema (CAPRA, 2014).

O paradigma sistêmico, enquanto ciência, rompe uma doutrina de que o conhecimento científico é algo objetivo e absoluto. A influência do processo de conhecimento e a carga valorativa do pesquisador devem ser afastadas. Há a mudança de uma ciência objetiva para uma ciência epistêmica, em que a epistemologia – o método de investigação – torna-se parte integrante das teorias científicas (CAPRA, 2014).

O pensamento é um novo modo de pensar que implica complexidade, instabilidade e a intersubjetividade. Assim, faz-se necessário ir além, procurar o reconhecimento das inúmeras verdades de forma transdisciplinar e trabalhar o objeto em seu contexto, ambiente e relações

envolvidas, com um olhar amplo, compreendendo que todas as ações do mundo são conectadas e únicas. (VASCONCELLOS, 2016).

Houve várias descobertas e experimentos de pensadores, cientistas, filósofos e matemáticos que desbravaram caminhos para o desenvolvimento sistêmico em prol da sociedade. Por isso, um profissional sistêmico acredita que sua missão deve ser humanizada, estratégica, com sabedoria, reconhecendo que seu papel não é o da rigidez tradicional, e, sim de conciliador, desenvolvendo seu trabalho de acordo com a legislação vigente, conhecedores que, na maioria das vezes, os conflitos são delicados, tanto para compreender quanto para desenvolver o trabalho.

Para aplicar o método, faz-se necessário saber acolher as ordens do amor, crendo em um processo mais harmonioso entre as partes, complementa Aguiar et al (2018, p.161):

Na Advocacia Sistêmica, o profissional deverá contribuir para a dissolução do conflito do seu cliente, atuando numa advocacia mais humanizada e mais consensual, ajudando e colaborando ao longo do processo judicial ou extrajudicial de resolução da disputa.

Oldoni, Lippmann e Girardi (2018, p. 46) confirmam que:

O advogado sistêmico acredita na advocacia humanizada e estratégica, possuindo um perfil pacificador, sendo o ser humano e a forma como o advogado se relaciona com as partes o grande diferencial do mesmo. Esclarecem que algumas de suas habilidades são a empatia, a escuta ativa e a comunicação eficaz, atuando com foco no cliente e nos sistemas que este integra. Também busca entender os demais envolvidos e seus sistemas, ampliando assim sua consciência, percepção e visualização do todo.

Os autores continuam afirmando “que o advogado sistêmico é um técnico e um facilitador e não se sente maior que seu cliente. Adota uma postura respeitosa, sistêmica e fenomenológica, considerando as leis de Bert Hellinger que regem todos os sistemas vivos.” (2018, p. 46).

Logo, faz-se necessário também alterar a situação conflituosa na qual a parte está inserida, transformando o conflito, ressignificando o contexto apresentado, assumindo uma postura de amor, inclusiva e sem nenhum julgamento.

A partir desses parâmetros, o magistrado criou o conceito de “Direito Sistêmico”, baseado na aplicação das “Ordens do Amor” no âmbito do direito jurídico brasileiro nas áreas de guarda de filhos, separações, divórcio, abandono, violência, entre outros (STORCH, 2015)

E essa técnica sistêmica foca a fonte do problema e com a terapia ajuda a resolver de forma a impedir o conflito iniciado, proporcionando aos envolvidos uma conciliação permanente (STORCH, 2015).

As ordens do amor ou as leis sistêmicas, como são juridicamente conhecidas e apresentadas, são as seguintes: hierarquia, pertencimento e equilíbrio de troca, conforme descrição apresentada no Quadro 1, que teve como base Hellinger (2003).

Quadro 1 - As ordens do amor ou leis sistêmicas

LEIS SISTÊMICAS	CARACTERÍSTICAS
HIERARQUIA	Observar a precedência das gerações - os mais velhos merecem receber mais respeito e atenção, pois é a origem do sistema familiar. Depende de todos para sobreviver e ter um bom relacionamento, quando um é desrespeitado ou não é reconhecido, o componente sofre consequências.
PERTENCIMENTO	É a prerrogativa de pertencer, em que todos têm iguais direitos e necessidade de serem reconhecidos e respeitados como membros dentro dos sistemas aos quais estão vinculados. Sentir-se integrado a um grupo é uma necessidade social do ser humano e que, caso frustrada, acarreta, entre outras coisas, no desenvolvimento inadequado de sua autoestima. Ninguém pode ser excluído de seu lugar dentro de um sistema, sem importar suas características ou atitudes.
EQUILÍBRIO DE TROCA	Os relacionamentos humanos são baseados em uma troca, em que o amor é essencial. O equilíbrio entre dar e receber é vital para o funcionamento e a manutenção do sistema. Todos os indivíduos exercem a sua capacidade de troca nos sistemas, oferecendo seu tempo, sua dedicação, dinheiro, cuidado, tolerância, trabalho, empenho, entre outros. O desequilíbrio, ao contrário, gera um conflito no sistema, um emaranhamento, que é transferido de uma geração para outra, até que se equilibre no sistema outra vez, para que a corrente da vida possa fluir livremente.
Essas leis são princípios que regem os relacionamentos humanos e a constituição dos sistemas familiares ou grupos sociais, tais ordens são constantemente colocadas à prova por aqueles que praticam as constelações familiares e, através das constelações, as ordens do amor são confirmadas, adaptadas ou, até mesmo, invalidadas pela técnica fenomenológica, que se permite ser arbitrária. Como as leis da física, da biologia ou da química, as leis do amor estão em constante evolução.	

Fonte: Adaptado de Hellinger (2003, p.60)

É uma tomada de consciência de uma nova forma do Direito a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, relacionados com a liberdade, a solidariedade, a tolerância, o pluralismo, a diversidade cultural e o respeito ao próximo.

As ordens do amor valorizam cada pessoa em particular, porque pertence a um sistema a sua posição, a sua dor ou outro pertencente ao grupo.

2.2. Constelação Familiar e a Interpretação das Relações Humanas

A Constelação Familiar, denominada como interpretação das relações humanas, inspira-se na imagem de grupos de estrelas próximas umas das outras, conforme a visão que se tem da terra, entrelaçadas por linhas imaginárias com formações variadas e nomes específicos que as levam transportar para o mundo real pessoas brilhantes, notáveis. Os

estudiosos formam um grupo de pessoas para desenvolver sessões que possam possibilitar o amadurecimento da alma (SCHNEIDER 2007).

Hellinger e Hovel (2006, p.11) afirma que na terapia familiar sistêmica deve-se “[...] averiguar se, no sistema familiar ampliado, existe alguém que esteja emaranhado nos destinos de membros anteriores dessa família. Isso pode ser trazido à luz através do trabalho com constelações familiares [...] a pessoa consegue se libertar mais facilmente deles.”

O autor, ainda, afirma que o método auxilia as pessoas a identificar o que deve ser feito, utilizando as reações dos representantes para mudar a dinâmica familiar para estabelecer as ordens sistêmicas ocultas do amor, permitindo maior fluidez no andamento dos casos (HELLINGER, 2003).

Hellinger e Schneider (2007) afirmam que o método é simples e básico, uma terapia breve, em que o cliente escolhe pessoas para representar os membros da família (pai, mãe e outros), colocando-se no lugar do membro familiar. O processo busca vivenciar os problemas de forma real, com a impecabilidade do geral para o específico de forma equilibrada e sem interferência pessoal.

2.3. (In)aplicabilidade da Constelação Familiar como Ferramenta na Resolução de Conflitos

As constelações familiares trazem uma luz para o ingresso de outro caminho até a consciência oculta do saber por meio da participação. O cliente escolhe sem fundamento lógico “[...] participantes de um grupo, representantes para si e para outros membros de sua família [...] posiciona os representantes no recinto, relacionando-os entre si [...] no processo da configuração da família, colocando-o em contato com um saber que antes lhe estava vedado.” (HELLINGER, WEBER BEAMONT, 2003, p.17).

Entretanto, só há eficácia quando a escolha é realizada conforme a ação, identificação dos sentimentos e as demais circunstâncias que fizeram surgir o conflito que deu origem ao encontro para a busca de uma solução viável, que, às vezes, é impossibilitada por diversos motivos.

A constelação familiar, como processo terapêutico, é complexa, profunda e precisa trazer o constelado ao equilíbrio, às vezes, pode ir além da realidade, surgindo novos conflitos.

O advogado, para obter eficácia na aplicação do método, necessita de profissionais bem estruturados em sua equipe, manter sempre os estudos, análises, observações, acompanhamento das legislações, evolução da sociedade, além de um espaço adequado para realização das sessões.

Embora aplicada no Brasil, ainda há muito a se fazer, principalmente, nos casos de ineficácia conjunta (ou em parte) dos estudos realizados, da aplicação do método e da legislação brasileira, ou, ainda, participação de profissionais com a formação inadequada, como funcionários, para a ação da constelação sistêmica. Ela apresenta uma nova ética, frente ao conflito familiar, proporcionando às partes uma forma efetiva e humanizada para a resolução de conflitos, como o homem merece, pois perante a lei, todos são iguais.

3. METODOLOGIA DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES, A ADVOCACIA SISTÊMICA E A INTERDISCIPLINARIDADE

Hellinger (2003) analisou várias abordagens terapêuticas, das quais o estudo experimental lhe fez descobrir algumas leis que governam o nosso dia a dia, colocando as provas de formas variadas, adaptadas e até negadas pelo método fenomenológico.

As constelações podem ser utilizadas como ferramenta por juízes, advogados, mediadores, conciliadores, membros do Ministério Público e por profissionais que possam auxiliar a solucionar situações e conflitos, basta acreditar e ter conhecimento técnico para desenvolver o método com primazia (Storch, 2010).

Para dar andamento ao processo, o cliente fala para o terapeuta a questão a ser trabalhada, escolhe e posiciona os representantes de acordo com vínculos e relações entre eles. É importante salientar que devem ser pessoas que tenham um papel significativo no que se vai posicionar (Storch, 2010).

Os desenvolvimentos equilibrados, espirituais e sensíveis do ser humano fazem necessários para sua aplicação.

É importante esclarecer como será definido o problema, como escolher os representantes, como é feita a montagem da constelação e o desenvolvimento da possível solução.

A Constelação familiar, segundo Hellinger (2001), acontece sobre o enfoque fenomenológico, dessa forma, o cliente escolhe de forma aleatória, entre os participantes

de um grupo, representantes para si e para os outros membros de sua família, como seu pai, sua mãe e seus irmãos. Centrado, o cliente posiciona os representantes no local, relacionando-os entre si. Nesse processo, o cliente é surpreendido por algo que vem à luz e a configuração realizada da família, chama para si, o saber, que antes estava na obscuridade.

3.1. Etapas da Constelação Familiar

Para melhor entendimento da Constelação Familiar, são apresentadas as descrições de suas etapas e dos respectivos pontos significativos, de acordo com Manne (2008), no Quadro 2, a seguir

Quadro 2 – Etapas da Constelação Familiar

ETAPA	DESCRIÇÃO	PONTO SIGNIFICATIVO
1 Definição do problema	Qual é o problema? (concentrar fatos e métodos fenomenológicos).	O terapeuta deve perguntar também o que o leva a buscar ajuda.
2 Escolha dos representantes	De acordo com a problemática dada pelo cliente, o terapeuta solicita-lhe que escolha um dos participantes para representar os membros selecionados da família para representá-lo. O terapeuta, no início, prende-se a um número mínimo e, depois, no decorrer do processo, poderá aumentar os representantes.	No decorrer da aplicação do método, quanto menos os participantes souberem melhor. Cada constelação é única
3 Montagem da constelação	Algumas orientações são dadas para o cliente pelo terapeuta. O cliente concentra-se profundamente, colocando-se atrás de cada representante e, depois, senta-se entre os participantes, observando o que se passa.	O terapeuta mostra a atenção e as reações do cliente.
4 Processo de solução	Existem duas formas: na primeira, traz a intervenção do terapeuta que pede a cada	De uma maneira lenta e de forma delicada.

	um dos representantes que descreva o que lhe acontece; na segunda, os clientes representam a si mesmos.	
5 Encontrando a solução	Após, todos os representantes estarem satisfeitos, confortáveis e todo o grupo estar tranquilo com a situação relatada.	Agora, finalizado com cada membro da família.
6 Ritual de encerramento	É o momento de encerramento da constelação, no qual cada representante deixa o seu papel. Quando se encontra o equilíbrio, brotando um conforto físico ou emocional, é o final.	Neste momento, evitam-se comentários, ações presenciadas, resultados observados e a confiabilidade das questões que foram apresentadas.

Fonte: Adaptado de Manne (2008)

O constelado deve ter autoconhecimento e ser conhecedor do próprio sistema para ajudar no processo e aos profissionais; conhecimento da metodologia e domínio da área jurídica

para atuar em qualquer tipo de conflito.

As práticas sistêmicas estão presentes em diversas searas do sistema de justiça, como, por exemplo, na Defensoria Pública, para dar direito ao homem em apaziguar o conflito que o aflige.

Ao buscar a justiça, o cidadão quer vislumbrar um tratamento humano, e não se enxergar apenas como mais um número nas estatísticas; com o advento da aplicação da Constelação familiar, o indivíduo vê que há outras soluções viáveis. É salutar frisar que só se aplica a constelação quando existe um conflito e um terapeuta especializado, ainda assim, podem participar as pessoas de fora, as pessoas que tenham passado por algo semelhante ou pessoas que possuam processos tramitando na justiça.

Até agora, buscou-se salientar a aplicação da constelação familiar em termos gerais, torna-se necessário entender alguns pontos significativos para a advocacia, a fim de se obter melhor fluidez e resultado na aplicação do método.

3.2. A Advocacia Sistêmica

Na maioria das vezes, os conflitos entre os indivíduos envolvem questões delicadas, por isso, exigem para a compreensão e para o desenvolvimento do trabalho, o entendimento desses casos como oriundos de causas complexas.

Acredita-se, entretanto, que os advogados capacitados em Constelações Familiares atuem com visão sistêmica aplicada ao Direito, reunindo sensibilidade e profundidade no trato com o método e conhecimento significativo na área jurídica, transformando a lei fria num olhar humano e igualitário, buscando encontrar uma solução sustentável e equilibrada para os envolvidos, analisando o sistema como um todo. Cabe ao advogado, nesses termos, colocar em ação as etapas da Constelação, acolher as ordens do amor, acreditando num processo harmonioso entre as partes, fazendo de cada encontro uma certeza de paz.

É importante alterar a situação conflituosa, transformando-a, ressignificando o contexto, assumindo uma postura de amor, inclusiva e sem nenhum julgamento, conforme já exposto.

O art. 2º do Código de Ética e Disciplina da OAB, afirma que “o advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.”

É importante frisar que a utilização da Constelação Familiar no Judiciário brasileiro, em casos de processo de solução de conflito, só se faz presente por causa do advogado sistêmico.

3.3. A interdisciplinaridade no Direito

Os casos abordados no meio jurídico exigem o envolvimento de diversas áreas do conhecimento para se chegar a uma correta avaliação e interpretação da legislação, aos direitos de cada parte e a solução do problema, de forma que ajude ao operador do direito a apresentar um resultado à luz da lei, mas também fruto da sabedoria, da coragem e do amor.

Considerando-se que a interdisciplinaridade é baseada na relação pluridisciplinar e transversal entre as várias formas de se enxergar o mundo, ou seja, as várias áreas do conhecimento, pode-se dizer que essa relação promove novas opções e formas de

cooperação entre os pares, a fim de se obter uma visão mais precisa de casos sob o crivo judicial.

O trabalho jurídico é árduo, cuidadoso e analítico, alterna o rigor das leis e a vivência histórica do conflito em julgamento com o olhar interdisciplinar, recupera a mágica das práticas, de novos movimentos que induzem a superação e reformulação do pensar das pessoas.

Daí a importância da troca, para que o trabalho não seja individual e, sim, coletivo, de forma a levar a sociedade a ver que o ser, o agir e o saber não são fragmentados, precisam acontecer na perspectiva da totalidade.

Precisa-se ter em mente que o mundo mudou, as transformações são várias e as velhas maneiras de estar no mundo foram superadas. Compreender que a vida possui muitas facetas, as quais precisam ser consideradas de modo mais abrangente pelo mundo jurídico.

Para tanto, o advogado precisa estar atento e usar as novidades dos tempos atuais, seja em uma perspectiva individualizada seja dialogal. A perspectiva individualizada está relacionada com o objeto, suas características e singularidades na busca da realidade que vai se apresentando de forma lenta, obtendo-se os conhecimentos básicos para resolução do problema. A perspectiva dialogal é fundamental para compartilhar com os pares as angústias, inquietações e as vivências, em favor de uma construção de um saber ágil, consensual e operacionalmente aceito.

O Código de Ética da OAB denota, em algumas partes, a compatibilidade dos princípios que têm a advocacia sistêmica com orientações generalizadas aos profissionais da área, como: empenhar-se, permanentemente, no aperfeiçoamento pessoal e profissional; contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis; estimular a qualquer tempo, a conciliação e mediação entre litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.

A transdisciplinaridade vai além, pois é uma dialética entre os diversos ramos do saber que juntos produzem novos conhecimentos. É importante mecanismo jurídico estando em constante evolução e transformação, principalmente, acompanhando as transformações sociais.

Essa prática requer um advogado apto a dialogar propostas em direção a uma articulação em torno de um projeto, exigindo um trabalho coletivo e que interaja com seus

pares e, em conjunto, exponha as condições na transgressão das fronteiras, interpretando a cultura e reconhecendo o contexto em que se deu o conflito (CUNHA, 2007).

É benéfico criar no grupo de trabalho uma atmosfera emocional-racional para o desfecho positivo da situação de conflito. Para isso ocorrer, os instrumentos já apresentados estão aptos a aproximar o jurídico da realidade social e dos fins almejados pelo Estado.

Como afirma Fazenda (1988, p.13), a adoção de práticas interdisciplinares requer novas posturas, a saber:

O primeiro passo para a aquisição conceitual interdisciplinar seria o abandono das posições acadêmicas prepotentes, unidirecionais e não rigorosas que fatalmente são restritivas, primitivas e "tacanhas", impeditivas de aberturas novas, camisas-de-força que acabam por restringir alguns olhares, taxando-os de menores. Necessitamos, para isso, exercitar nossa vontade para um olhar mais comprometido e atento às práticas [...] rotineiras menos pretensiosas e arrogantes [...]

Para aplicar a técnica da Constelação, precisa-se estar seguro de seu conteúdo teórico em consonância com os outros profissionais, representantes e clientes, incorporando sempre contribuições da psicologia, da filosofia, aplicando as técnicas sistêmicas e a didática em prol de todos.

A sociedade precisa ser mais livre, justa e solidária, de modo que transcenda à busca do ser que está dentro de cada um, livre para expor e, principalmente, escutar o que o outro tem a dizer. É colocar-se no lugar do outro, com maturidade, sabedoria e direção na construção do seu EU e do OUTRO, solidários e livres.

4. A DEFENSORIA PÚBLICA SISTÊMICA E CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO JUDICIAL

O poder judiciário e os defensores públicos iniciaram e acompanharam os estudos e os avanços proporcionados pelas constelações familiares. Chegaram à conclusão que os conflitos trabalhados de forma tradicional levam muito mais tempo para serem resolvidos, enquanto que o resultado com o emprego do método da Constelação Familiar dá-se de forma ágil e harmoniosa, economizando tempo e devolvendo paz ao cliente.

4.1. A Defensoria Pública Sistêmica

Para aplicar a Constelação Familiar, é necessário estar atento à Legislação Brasileira: o Art. 134 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRF), afirma que a “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”. Na forma do art. 5º, LXXIV, ele define que “mesmo àquele que não tenha condições financeiras de pagar pelos serviços de um advogado seja garantido o direito ao acesso à justiça. Dessa forma, cabe ao Estado custear as despesas necessárias para que esse direito não seja violado” (BRASIL, CRF, 1988).

A lei complementar nº 80/1994 organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos territórios, prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. (BRASIL, 1994). Conforme o artigo 4º, redação da lei complementar nº132/2009, de 07 de outubro, que delinea as funções institucionais.

Além das medidas judiciais, nos espaços nacional e internacional, sobre a importância da defesa dos respectivos grupos, a mesma descreve: Inciso III – “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”; Inciso IV – o atendimento interdisciplinar e Inciso II, “a promoção prioritária da solução extrajudicial, dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflitos de interesses por meio da mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas da composição e administração de conflitos.”

O arcabouço legal, de acordo com o papel da Defensoria Pública, sugere várias atuações e permite visualizar olhares novos sobre os conflitos.

Como já afirmado, a Defensoria Pública Sistêmica é uma instituição em que “os profissionais atuantes agem como ajudantes, mesmo sem cargo, olham de maneira consciente para o assistido, como membro da família que possuem seu desentendimento e boa consciência.” (HELLINGER, 2015, p. 53).

Os ajudantes, através de posturas éticas e práticas sistêmicas, procuram ajudar ao olhar o conflito de uma forma ampla, iluminada à “luz das ordens do amor”, dando-lhe a oportunidade de obter mais que uma “homologação de transação extrajudicial”, a paz e a harmonia entre os envolvidos, de acordo com o que é direito para vivência neste mundo.

O juiz Storch (2011), quando observou que as constelações familiares, além de ser uma terapia que consegue solucionar questões pessoais, visualizou que o método

estaria de acordo com a área jurídica, constituindo-se em um instrumento poderoso no auxílio dos julgamentos, nas audiências e Conselho Nacional de Justiça (CNJ), alinhada à resolução nº 125/2010, o Sistema Único de Saúde (SUS), em 2018, que considerou o processo como uma prática da saúde.

Assim, começou-se a aplicá-la, obtendo-se o retorno positivo esperado. A constelação familiar foi consolidada em forma de terapia no Brasil, seguindo: o Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, enfatiza os meios consensuais de pacificação dos conflitos sociais, tendo como foco a mediação, buscando reduzir em 50% o tempo de trâmite de uma ação no Judiciário, permitindo mais rapidez e celeridade aos processos (BRASIL, 2016). O Ministro Fux (STJ, 2015) esclareceu sobre o desafio de “[...] resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”.

Os juristas focaram no projeto do Novo Código de Processo Civil, da seguinte maneira:

[...] a coerência, especialmente no que tange à Constituição Federal; a simplificação; a segurança jurídica; eficiência no âmbito do contexto social (estimulando a mediação e conciliação); o rendimento processual, e o equilíbrio saudável entre conservação e inovação sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado. (BRASIL, 2015).

O projeto de lei nº 9444/2017 dispõe sobre a inclusão da Constelação Sistêmica, como o instrumento de mediação entre particulares, para assistir à solução de controvérsias.

Gagliano e Pamplona Filho (2011) apresentaram a Constelação Familiar como ferramenta que auxilia a prática de resolução de conflitos nas varas de família e, quando aplicada ao plano tático processual, permite identificar as partes a serem usadas, mas quem decide sobre a aplicação são os envolvidos.

Infere-se que a Constelação familiar contribui para ajudar na resolução de situação de conflitos, transformando e ressignificando o contexto que gerou a situação, assumindo uma nova postura de amor, sem nenhum julgamento.

4.2. Conciliação e Mediação Judiciais

Uma das inovações significativas do Novo Código de Processo Civil, sem dúvida, são a conciliação e mediação, pois o legislador está promovendo a solução consensual dos conflitos (BRASIL, 2015).

A Nova Carta Constitucional passa a apresentar um amplo conteúdo normativo que constitui uma variedade de princípios e valores que servem de base à atuação dos agentes estatais, irradiando seus efeitos a todo o sistema jurídico.

Nas palavras de Piovesan (2013), cria-se um novo paradigma jurídico: “A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduce também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira.”

O conceito para a mediação encontra-se na Lei n.º 13.140 /2015, artigo Art. 1º [...], onde se lê que: “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

A partir dessa Lei de Mediação, a constelação familiar tem sido aplicada ao Direito brasileiro, como uma técnica extrajudicial autocompositiva, destinada a uma solução pacífica de conflitos.

Por isso, desde o início, o Código já demonstra o apreço que o legislador teve pela “conciliação e mediação”, conforme dispõe o artigo 3º, §§ 2º e 3º, amparado pela Resolução 125/10 do CNJ, a saber:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
[...]

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.
(BRASIL, 2015, p. 02).

Passou a ser dever do Estado brasileiro adquirir meios para a realização da conciliação, alcançando o consenso entre as partes, fazendo-os sentir que é a melhor forma, realizada por conciliadores, mediadores, juízes, defensores públicos, entre outros.

Para se chegar à celeridade de forma eficiente só pode ser por meio do consenso e de comum acordo com as partes. A esse respeito, ressalta-se que o Ministro Fux (2015, p. 05), realizou de forma significativa os estudos do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), e colocou em evidência a nova prática de conciliação, como uma contribuição para dar celeridade aos processos.

Os deveres dos conciliadores e mediadores judiciais devem seguir os princípios éticos e as regras de conduta constantes do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, instituído no Anexo III, da Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, bem como os contidos nos artigos 166 e 170 a 173, do Código de Processo Civil, e ainda, nos artigos 2º, 5º, 6º e 7º da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015).

Destacam-se os princípios da informalidade, oralidade, confidencialidade, busca do consenso, boa-fé, imparcialidade, independência, isonomia entre as partes, autonomia da vontade, decisão informada, empoderamento, validação, respeito à ordem pública e às leis vigentes e competência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como objeto a Constelação Sistêmica ou Constelação Familiar, como técnica consensual de solução de conflitos, enfatizados na 125/2010 do CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos.

A pergunta de partida que norteou o trabalho apresentou resultados significativos, atendendo às pretensões iniciais.

O objetivo geral de demonstrar o recurso terapêutico da constelação familiar sistêmica como método alternativo no âmbito do Direito de Família na humanização e no descongestionamento do fluxo dos processos, seus efeitos e reflexos na legislação, além dos posicionamentos de doutrinários no âmbito jurídico foi alcançado.

A conciliação e mediação são técnicas consensuais de solução de conflitos, regulamentadas pela Constituição Federal, várias normas infraconstitucionais e pela própria Resolução 125/2010, priorizam o diálogo entre as partes, para que todos tenham seu espaço para falar e escutar ativamente. Sabe-se que a Constelação Sistêmica é uma nova abordagem, que não considera apenas o indivíduo que compõe o litígio, mas todo o sistema em que esse indivíduo está inserido, influenciando de forma direta a resolução do conflito, já que o objetivo central do método é a busca incessante pela conciliação e mediação.

Através das considerações apresentadas, pode-se também verificar que as famílias têm passado por várias transformações e se faz importante desenvolver melhorias na legislação, surgindo a Constelação Familiar como uma nova alternativa para resolução dos conflitos e ajudando que as partes envolvidas sejam protagonistas de suas próprias histórias.

A pluralidade e complexidade das relações sociais requerem um profissional do Direito dinâmico e capaz de se harmonizar com os anseios e as transformações sociais, esse novo perfil só se efetivará se a ciência do Direito sair de seu isolamento e abandonar suas ideias de supremacia, construindo e reconstruindo as novas dinâmicas da sociedade, formando equipes multidisciplinares, visando alcançar a transdisciplinaridade.

Busca-se através de um Projeto de Lei de iniciativa popular a uniformização da técnica de Constelação Sistêmica nos Tribunais, a regulamentação como um instrumento de mediação prévia. É importante salientar que o Projeto de Lei 9.444, de 2017, que trata da Constelação Sistêmica, tem as mesmas diretrizes da Lei 13.140, de 2015, que dispõe sobre a Mediação entre os particulares.

Ao concluir o estudo considerou-se que um dos entraves da aplicação plena da referida técnica, no Brasil, é a carência de profissionais especializados, mas já é possível visualizar mudanças, visto que essa terapia já é considerada como forma de desafogar o judiciário.

Notou-se também que os conflitos são diferentes entre si e necessitam de instrumentos adequados para cada espécie de litígio.

Esta pesquisa não possui a pretensão de esgotar a questão, mas foi uma forma instigante de estimular mais estudos sobre um método humanizador e célere que pode ajudar o Judiciário brasileiro a encontrar novos meios de promover a justiça e a paz.

6. REFERÊNCIAS

AUN, Juliana Gontijo. In: VASCONCELLOS, Maria José Esteves. *Pensamento Sistêmico: o novo paradigma da Ciência*. 10. ed. Campinas, São Paulo: Papirus, 2013.

AGUIAR, Ana Cecília Bezerra et al. *Direito Sistêmico: o despertar para uma nova consciência jurídica*. Rio de Janeiro: Lumena Juris, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Ministério Público do Direito Federal e Territórios (MPDFT). AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. 5. ed. Brasília (DF): MPDFT, 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Diário Oficial da União (DOU).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125/2010, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br > uploads > 2014/04](https://www.cnj.jus.br/uploads/2014/04). Acesso em: 20 Fev. 2021.

BRASIL. Ordem dos Advogados do. Código de Ética e Disciplina da OAB. Brasília, DF: OAB, 2020.

BRASIL. Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais. Disponível em: [https://ww2.trt2.jus.br > o-trt-2 > portal-da-conciliacao](https://ww2.trt2.jus.br/o-trt-2/portal-da-conciliacao). Acesso em: 10 Maio 2021

CAPRA, Fritjof. A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. Trad. Mayara Teruya Eichenberg ; Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2014.

CUNHA, M. I. Reflexões e práticas em pedagogia universitária. Campinas (SP): Papiros, 2007.

FAZENDA, Ivani. Interdisciplinaridade – transdisciplinaridade: visões culturais e epistemológicas. In: O que é interdisciplinaridade? São Paulo: Cortez, 2008.

GAGLIANO, A. S; PAMPLOMA, FILHO. R. Novo Curso de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HELLINGER, Bert. O amor do Espírito. Belo Horizonte (MG): Atman, 2015.

HELLINGER, Bert SCHNEIDER .Ordens do Amor: um guia para o trabalho com constelações familiares. Tradução Newton de Araújo Queiroz. Revisão técnica Eloisa Giancoli Tironi, Tsuyuko Jinno-Spelter. São Paulo: Cultrix, 2007.

HELLINGER, Bert; HOVEL, Gabriele Ten. Um lugar para os excluídos: conversa sobre os caminhos de uma vida. Patos de Minas (MG): Atman, 2006.

HELLINGER, B, WEBER, G, BEAMONT, H. À Simetria oculta do amor: por que o amor faz os relacionamentos darem certo. São Paulo: Cultrix, 2003.

HELLINGER, Bert. Ordens do amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares.
12. ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

HELLINGER, Bert. Ordens do Amor. São Paulo: Cultrix, 2001.

MANNE, Joy. As Constelações Familiares em sua vida diária. Tradução Rosanne Albert. São Paulo: Cultrix, 2008.

OLDONI, Fabiano; LIPPMAN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito Sistêmico: aplicação das Leis de Bert Hellinger ao Direito Penal. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBES, Brigitte. Constelações de doença / doença constelação: a partir dos entendimentos de Hellinger e Hamer. São Paulo: Gaia, 2013.

SILVA, José Gomes. Dos princípios e das garantias como diretrizes do Novo Código de Processo Civil. In: Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, v.16, n.30 Jul./ dez.2013.
Disponível em: <https://www.unigran.br> > 30 > artigos > artigo02. Acesso em: 10 Maio de 2021.

SCHNEIDER, Marília. Justiça e política na primeira república: história do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo: Singular, 2007.

STORCH, Sami. Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário. In: Filosofia, Pensamento e Prática das Constelações Sistêmicas – nº 4. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015.

STORCH, Sami. O que é o direito sistêmico? In: Blog do Sami Storch, [S. l.], 19 nov. 2010. Disponível em: <https://direitosistêmico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>. Acesso em: 14 Abr. 2021.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Pensamento Sistêmico: o novo paradigma da ciência. 10. ed. Campinas, São Paulo: Papirus, 2016.

AUTORES:

André Filipe Nepomuceno Miranda Leite: Bacharelado do Curso de Direito da Faculdade Una –Contagem.MG. Estágio: Tribunal Regional Eleitoral de Contagem Procon Contagem, 1ª vara Municipal de Contagem.

Estagiário: 6ª vara cível de contagem. Endereço eletrônico: afnmleite@gmail.com

Victor dos Santos Bruce: Bacharelado do Curso de Direito da Faculdade Una – Contagem. MG. Estágio: Prefeitura de Belo Horizonte (Junta Militar), Tribunal Regional Eleitoral de Contagem, Tribunal Regional Eleitoral de Nova Lima.

Endereço eletrônico: victor.s.bruce@gmail.com

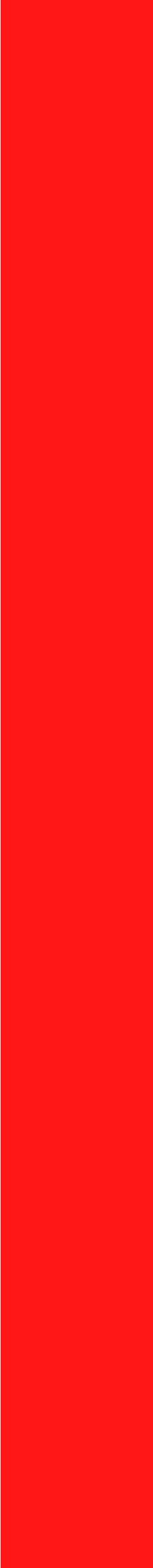


Capítulo 10

ADOÇÃO: EFEITOS JURÍDICOS E PSÍQUICOS DO NOVO ABANDONO DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE ANTES DA SENTENÇA TRANSITAR EM JULGADO

DOI: 10.29327/543049.1-10

Maria Luisa Prates Donato
Grazielle Lopes Santos Maia



ADOÇÃO: EFEITOS JURÍDICOS E PSÍQUICOS DO NOVO ABANDONO DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE ANTES DA SENTENÇA TRANSITAR EM JULGADO

Maria Luisa Prates Donato

Grazielle Lopes Santos Maia

RESUMO

A adoção é um processo complexo, que exige comprometimento por partes dos adotantes e do Poder Judiciário em fazer com que esse atinja a sua finalidade: acolher uma criança ou adolescente. Entretanto, ocorrem situações em que este menor é abandonado durante ou após o processo de adoção. O presente artigo tem por objetivo central discutir acerca dos efeitos jurídicos e psíquicos decorrentes da desistência ou devolução do menor na adoção, fazendo o estudo através de artigos científicos e análise jurisprudencial em diversos Estados, em períodos indeterminados. Conforme será demonstrado, a atitude insensata dos adotantes decorre de uma série de fatores, muitas vezes imotivados, que por trás demonstra apenas a falta de preparação, conscientização, informação e orientação destes adotantes, e em consequência disto, a criança revive o trauma do abandono, gerando danos psíquicos, morais, patrimoniais e existenciais. Logo, é imprescindível que se entenda que, é dever não somente da família, como também do Estado e da sociedade, garantir a proteção dos direitos fundamentais e do melhor interesse da criança ou do adolescente, bem como a convivência familiar e toda assistência necessária para o seu desenvolvimento físico e psíquico, buscando sempre evitar desestruturas como estas. Em razão disso, é perceptível e ao mesmo tempo, de grande indignação, como um assunto é tão presente nos casos de adoção, mas pouco discutido e debatido em termo de dados estatísticos. Nesse sentido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, trazem como possíveis sanções para a prática da „rejeição“ do menor na adoção, a destituição do poder familiar (quando já adotado) e a responsabilização civil, tanto no abandono durante o estágio de convivência (período de adaptação), quanto no período de guarda e pós-adoção. Entretanto, se faz jus e necessário que, a submissão dos adotantes á condenação civil, seja avaliada através das peculiaridades do caso concreto, mas sempre objetivando priorizar a parte mais vulnerável da relação, ou seja, a criança ou o adolescente.

Palavras-chave: Apadrinhar; Culpabilização; Impactos; Origem; Reabandono.

ABSTRACT

Adoption is a complex process, which requires commitment by parts of adopters and the Judiciary to make it achieve its purpose: to adopt. However, there are situations in which the child or adolescent is abandoned, however, during or after the adoption process. The main objective of this article is to discuss about the legal and psychic effects resulting from the abandonment or return of the minor in adoption, making the study through scientific articles and jurisprudential analysis in several States, in indeterminate periods. As will be demonstrated, the adopters' unreasonable attitude stems from a series of factors, often unmotivated, which behind demonstrates only the lack of preparation, awareness, information and guidance of these adopters, and as a result, the child relives the trauma of abandonment. , generating psychological, moral, patrimonial and existential damages. Therefore, it is essential to understand that, it is the duty not only of the family, but also of the State and society, to guarantee the protection of fundamental rights and the best interest of the child or adolescent, as well as family life and all necessary assistance for their physical and psychic development, always seeking to avoid disruptions like these. For this reason, it is noticeable and at the same time, of great indignation, as such a common subject, in fact, it is unusual in terms of discussion and void in terms of statistical data. In this sense, both the doctrine and the jurisprudence, bring as possible sanctions for the practice of 'rejection' of the minor in adoption, the removal of family power (when already adopted) and civil liability, both in abandonment during the coexistence stage (adaptation period), as well as the custody and post-adoption period. However, it is necessary and necessary that the adoption of the adopters to civil condemnation be evaluated through the peculiarities of the specific case, but always aiming to prioritize the most vulnerable part of the relationship, that is, the child or adolescent.

Keywords: Abandonment; Blame; Impacts; Origin; Patronize;

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 227, que todas as crianças e adolescentes têm direito à convivência familiar e comunitária, ou seja, o Estado, a família e a sociedade devem prover estes direitos a estas. Entretanto, quando a família

natural (biológica) não possui condições de assegurar estes direitos ou por algum motivo diverso a criança e adolescente não puder estar junto a esta, utiliza-se de medidas para que possam ser colocadas em uma família substituta, tais como, a guarda, a adoção e a tutela (art. 28, do ECA).

A adoção tem como princípios basilares previstos constitucionalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF), que caminha lado a lado com a questão moral e dos direitos inerentes à pessoa, e o princípio do melhor interesse do menor, em que a Constituição Federal trata os menores como seres humanos em pleno desenvolvimento e por isso os mesmos merecem uma tutela maior por parte do Estado.

Também pautada nos artigos de 39 a 52-D do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), na Lei nº 12.010/09 e nos artigos 1.618 e 1.619 do Código Civil de 2002, a adoção, nos termos do art. 41 do ECA, “atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”

Sendo um dos processos mais polêmicos que existem, devido à carga afetiva que carrega, a adoção, em algumas situações, não é bem-sucedida e ocorre um novo abandono do adotando por parte dos possíveis pais adotivos, e muitas vezes este novo abandono não ocorre somente na adoção, como também na tentativa de reintegração familiar, e que conseqüentemente gera a destituição do poder familiar.

Todas as etapas rigorosas do processo de adoção possuem como fundamento a proteção da criança ou adolescente para que não ocorram devoluções, pois esta, quando ocorre, aumenta as dificuldades para uma próxima adoção, com uma barganha de medo e insegurança, que devem ser prevenidas.

O ECA prevê que a adoção é medida irrevogável, entretanto, há situações excepcionais em que esta se torna revogável (art. 39, §1º, do ECA), pois a preocupação do Poder Judiciário é verificar se os adotantes são capazes de dar uma vida digna ao adotando, visando tutelar juridicamente a igualdade entre os adotados e os filhos biológicos, e quando isto não é cumprido da forma que se deve, não há outra alternativa se não, revogar a guarda e punir juridicamente os adotantes.

Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo estudar o que é a adoção e seus requisitos, os fatores que levam a desistência ou devolução da criança ou adolescente e

as consequências jurídicas e psíquicas desta decisão, bem como discutir acerca dos termos “desistência”, “devolução” e “novo abandono”, e fazer uma análise jurisprudencial do tema.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, documental, com abordagem exploratória e explicativa e de caráter qualitativo, no qual propiciou discutir e analisar os efeitos jurídicos e psíquicos decorrentes da desistência ou devolução da criança ou adolescente na adoção. A pesquisa obedeceu ao recorte temático.

A pesquisa bibliográfica tem como finalidade “colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto, (...) propiciando o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras”. (MARCONI & LAKATOS, p. 183, 2007)

De acordo Severino (2007, p. 123-4), a pesquisa exploratória busca apenas levantar informações sobre um determinado objeto, delimitando assim um campo de trabalho, mapeando as condições de manifestação desse objeto.

Por fim, para Minayo (2008, p. 57), o método qualitativo é adequado aos estudos da história, das representações e crenças, das relações, das percepções e opiniões, ou seja, dos produtos das interpretações que os humanos fazem durante suas vidas, da forma como constroem seus artefatos materiais e a si mesmos, sentem e pensam.

Para aplicação da temática abordada neste projeto, selecionou-se como área de estudo todo o Brasil, em virtude da escassez de dados estatísticos e oficiais acerca do tema pelo Conselho Nacional de Justiça, em Estados específicos, como por exemplo, na Bahia. Fato este que influenciou na escolha do método dedutivo como forma de abordagem, tendo em vista que parte-se de fatos comprovados, ocorridos.

Segundo Servilha e Mezzaroba (2019, p. 87), “o método dedutivo parte de argumentos gerais para argumentos particulares. Primeiramente, são apresentados os argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais (...)”.

Para realizar a presente pesquisa, foi necessário realizar duas etapas: Na primeira etapa, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental, que utilizou periódicos, artigos científicos, legislação e jurisprudência, fazendo-se uma leitura exploratória com o intuito de verificar a relevância das obras consultadas para o estudo.

Em seguida, realizou-se uma leitura seletiva das informações, de modo a elegeer elementos capazes de responder aos objetivos da pesquisa, para posterior análise, contextualização, discussão, resultado e conclusão do problema em estudo.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1. Do Processo de Adoção e Suas Exigências

A adoção é uma filiação que resulta de uma sentença judicial, do qual os pais adotantes passam a ter o adotado na condição de filho, sem existir uma relação biológica entre eles. (VENOSA, 2017).

Para o autor Cristiano Chaves de Farias (2017), a adoção é um mecanismo pautado no critério socioafetivo (afeto, ética e dignidade), em que o Poder Judiciário concede à criança ou adolescente a possibilidade de ser colocada em família substituta, visando o seu melhor interesse e proteção. Logo, “a família contemporânea se forma pelo amor familiar, consubstanciado na união afetiva pautada em comunhão plena de vida e interesses (...)”. (VECCHIATTI, 2020, p.4)

O Direito brasileiro possui duas modalidades distintas de adoção e cada uma destas possui uma natureza jurídica própria. A adoção, prevista no ECA terá a natureza de ato jurídico, dado a sua matéria de ordem pública. O Código Civil de 1916 tratava a adoção como negócio jurídico, com escritura pública. (VENOSA, 2017) Entretanto, Pablo Stolze a caracteriza como “ato em sentido estrito, complexo, irrevogável, excepcional e personalíssimo”. (GAGLIANO, p. 774, 2017)

Com o advento da Lei nº 3.133/57, houve uma alteração significativa no instituto da adoção, em que este se afasta do objetivo de beneficiar a família, perpetuar os bens e proclamar o nome, e passa a ter como centro o benefício à criança ou adolescente adotada. (GONÇALVES, 2018)

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, tutela juridicamente a igualdade entre os adotados e os filhos biológicos, em todos os seus âmbitos (VENOSA, 2017). Atualmente, o instituto da adoção é regulamentado especialmente pelo ECA, aplicando-se subsidiariamente ao Código Civil de 2002 quando necessário, isso se deu a partir do advento da Lei nº 12.010 de 2009, conhecida como Lei Nacional de Adoção, que dispõe sobre o referido instituto, cria, altera e revoga artigos do código e do estatuto. (BRASIL, 2009)

Dito isto, percebe-se que, a legislação atual é mais completa em que pese à

questão da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança ou adolescente, ao tratar da adoção, pois a preocupação do judiciário é verificar se os pretendentes pais são capazes de dar uma vida digna ao adotado, cumprindo seus deveres e obrigações como se pais biológicos fossem.

O processo de adoção exige certas condições, ou seja, etapas e requisitos para que a mesma seja possível e efetivada. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves,

Os principais requisitos para o processo de adoção, exigidos pelo ECA, são: a) idade mínima de 18 anos para o adotante (ECA, art. 42, caput); b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado (art. 42, § 3º); c) consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar; d) concordância deste, se contar mais de 12 anos (art. 28, § 2º); e) processo judicial (art. 47, caput); f) efetivo benefício para o adotando (art. 43). (...) cresça-se que, embora não explicitado no Código Civil, é necessário também, para aperfeiçoamento da adoção, o consentimento dos adotantes. (GONÇALVES, 2018, p.191-192)

Na adoção, ocorre à ruptura definitiva do vínculo entre os pais biológicos e os adotados, logo, é imprescindível a concordância expressa dos genitores perante o juiz e o Ministério Público, principalmente se a criança ou adolescente estiver sob a guarda dos mesmos, como também de terceiros. Entretanto, se a adoção for de pessoa adulta, não será necessário o consentimento dos pais biológicos deste, mas simplesmente a citação, a ciência. (SILVA, 2017)

Antes que ocorra o processo de adoção em si, é necessário que haja o cadastro dos pretendentes à adoção e o cadastro das crianças e adolescentes disponíveis para esta. (COIMBRA, 2012)

Anteriormente à vigência da Lei n. 12.010/09, que instituiu o cadastro nacional, podia a inscrição dos pretendentes ser realizada junto à comarca de residência do requerente e em comarcas diversas, a fim de que aumentassem as possibilidades de que o interessado chegasse logo ao topo da lista e fosse convocado para promover o pedido de adoção, uma vez que é obrigatória, salvo nos casos dispostos em lei, a observância da ordem cronológica de habilitações. Com a instituição dos cadastros nacional e estaduais, além dos regionais, tal prática não mais se justifica. (COIMBRA, 2012, p. 14)

Os candidatos à adoção, deverão realizar um pré-cadastro online no Sistema Nacional de Adoção (SNA) – regulamentado pela Resolução nº 289/2019 do Conselho

Nacional de Justiça -, onde deverão selecionar o perfil desejado (municipal, estadual ou nacional), informas os dados pessoais e as características da criança ou adolescente que deseja. Após, irão se dirigir à Vara da Infância e Juventude da sua região, com RG e comprovante de residência, e receberão maiores informações para dar continuidade ao processo. (CNJ, 2019)

Ao entregarem os documentos necessários, estes serão analisados e aprovados pelo cartório e pelo Ministério Público, que poderá requerer documentações complementares. Após, os pretendentes serão avaliados pela equipe técnica multidisciplinar da Vara, através de entrevistas realizadas por psicólogos e assistentes sociais. (CNJ, 2019)

Nesta entrevista,

objetiva-se conhecer as motivações e expectativas dos candidatos à adoção; analisar a realidade sociofamiliar; avaliar, por meio de uma criteriosa análise, se o postulante à adoção pode vir a receber criança/adolescente na condição de filho; identificar qual lugar ela ocupará na dinâmica familiar, bem como orientar os postulantes sobre o processo adotivo. (CNJ, 2019)

A entrevista visa conciliar as características do menor, pretendidas pelos adotantes, com as crianças que se encontram disponíveis no acolhimento. Posteriormente, os pretendentes deverão participar do programa de preparação para adoção, de cunho obrigatório e previsto legalmente no art. 50, §3º. (CNJ, 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. Sempre que possível e recomendável, a etapa obrigatória da preparação incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional, a ser realizado sob orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica. (CNJ, 2019)

Seguida estas etapas essenciais para que os pretendentes possam se habilitar, “o juiz proferirá sua decisão, deferindo ou não o pedido de habilitação à adoção.” (CNJ, 2019) Segundo o art. 197-E do ECA, deferido o pedido de habilitação mediante decisão judicial, os pretendentes ingressarão no cadastro SNA, e seguindo uma ordem cronológica da decisão judicial é que aguardarão na fila de adotantes. (BRASIL, 1990)

No que tange ao prazo de validade da habilitação para adoção, dispõe o art. 197-E, §2º, c/c art. 197-F, ambos do ECA, que os pretendentes serão submetidos á uma reavaliação após 3 (três anos) de habilitação, podendo ser prorrogada a sua validade por igual período, e “o prazo máximo para a conclusão da habilitação à adoção será de 120 dias, também prorrogado por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária”. (BRASIL, 1990)

É muito importante que o pretendente mantenha sua habilitação válida, para evitar inativação do cadastro no sistema. Assim, quando faltarem 120 dias para a expiração o prazo de validade, é recomendável que o habilitado procure a Vara de Infância e Juventude responsável pelo seu processo e solicite a renovação. (CNJ, 2019)

Ao encontrar a criança ou adolescente pelos profissionais da Vara da Infância e Juventude, esta será apreciada pelos pretendentes e após tal apreciação, os mesmos poderão se encontrar no hospital ou no abrigo, ou até mesmo na própria Vara. Este encontro, bem como o local, dependerá da decisão proferida pelo juiz. (CNJ, 2019)

O tempo entre a fase de aproximação da criança ou adolescente com os pretendentes e a ida para a casa destes, variam de acordo com as condições daquele e das suas necessidades. É neste momento que se inicia o estágio de convivência (art. 46 do ECA), é a fase que propicia condições de conhecimento mútuo, que verifica as condições dos adotantes e como a criança ou adolescente está se adaptando ao novo contato, acompanhados da equipe interprofissional do Poder Judiciário, que irá assistir esta aproximação e realizar o estudo psicossocial. (TAVARES, 2012, p. 47)

O ECA exige o estágio de convivência, entretanto cabe exceções, se o adotante já estava convivendo com o adotando, ou seja, sob tutela ou guarda legal, e este tempo foi suficiente para avaliar a convivência e o vínculo existente entre eles (art. 46, §1º do ECA). (NUCCI, 2021)

Após, a equipe técnica “fará um parecer ao magistrado, contendo todos os aspectos apurados, a fim de se garantir que a adoção possa ser deferida com firmeza, segurança e determinação”. (NUCCI, 2021, p. 219) Findo o período de estágio de convivência, prevê o art. 19-A, §7º, do ECA, que “os detentores da guarda possuem o prazo de 15 (quinze) dias para propor a ação de adoção, contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência”. (BRASIL, 1990)

O autor Rizzardo, traz resumidamente como ocorre o processo de adoção:

Eis o procedimento na síntese de Omar Gama Ben Kauss: “a) petição inicial com os requisitos do art. 165, inc. I a IV; b) se com a inicial já vier a concordância dos pais do adotando, serão ouvidos pelo juiz e pelo representante do Ministério Público, lavrando-se termo; c) a autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre o estágio de convivência; d) apresentando o laudo ou relatório social e ouvida, sempre que possível, a criança ou adolescente, terá vistas o Ministério Público, pelo prazo de cinco dias; e) após a manifestação do Ministério Público, no prazo também de cinco dias, o juiz proferirá a sentença.” (RIZZARDO, 2019, p. 995)

A sentença que decide o processo de adoção possui natureza constitutiva, pois simultaneamente a esta, ocorre à destituição do poder familiar dos pais biológicos e cria-se uma situação jurídica que anteriormente não existia, ou seja, uma relação paterno-filial (adotante-adotado). (FARIAS; ROSENVALD, 2017) Esta determinará que haja a expedição do mandado de inscrição para o Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, para que faça um novo registro da criança ou adolescente adotada, devendo, imediatamente e posteriormente, cancelar o registro original do mesmo, conforme dispõem os §§ do art. 47, do ECA. (BRASIL, 1990)

(...) o caso do adotado, impõe-se, por força de lei, o sigilo, resguardando-se a sua situação jurídica anterior, tudo no melhor intento de garantir o fortalecimento dos novos laços formados. Não tem cabimento ser pública a transformação profunda havida no cenário da vida do adotado: saem certos pais; ingressam outros. Ninguém tem interesse nisso, a não ser por curiosidade, que não é um interesse legítimo. Aliás, a única razão para se quebrar tal sigilo

é a verificação de eventuais impedimentos matrimoniais. (NUCCI, 2018, p. 221)

Na certidão de nascimento do adotado irá constar o nome dos adotantes como pais, os nomes dos avós, e demais ascendentes se preciso for, e deverá conferir ao adotado o sobrenome do adotante. É neste momento que se estabelece um vínculo civil entre a criança/adolescente e os adotantes, para que aqueles possam se adaptar com a nova situação. (NUCCI, 2018)

Transitada em julgado a sentença de adoção, esta começará a surtir os seus efeitos, nos termos do §7º, do art. 47, do ECA. O seu efeito é “ex nunc”, ou seja, a decisão judicial terá efeitos prospectivos, valendo-se da data em que foi publicada, em diante, visando garantir segurança jurídica ou relevante interesse social, com exceção da adoção póstuma. (NUCCI, 2018)

Da sentença que concede a adoção, caberá recurso de apelação – que será recebido somente no efeito devolutivo, com exceção (art. 199 do Estatuto Menorista) da adoção internacional ou havendo perigo de dano irreparável ao adotando -, com prioridade absoluta, e deverá ser julgado no prazo máximo de 60 (sessenta) dias – art. 199-A do ECA. (FARIAS; ROSENVALD, 2017)

De acordo o art. 47, §8º do ECA, finalizado o processo de adoção, os autos serão arquivados, afim de torná-lo um processo de acesso permanente, caso o adotado posteriormente deseje ter conhecimento acerca da sua origem biológica e sua trajetória. (NUCCI, 2021) O processo deve ser concluído em no máximo 120 (cento e vinte) dias, nos termos do §10º do artigo supramencionado. Este poderá ser prorrogado somente uma vez, desde que o juiz apresente decisão fundamentada. (BRASIL, 1990)

Nesse sentido, formalizada a adoção, os adotantes passam a ter a guarda definitiva da criança ou adolescente, concedida mediante sentença judicial transitada em julgado. (GAGLIANO, 2017) O esperado é que todo o decorrer do processo de adoção seja bem sucedido, entretanto, apesar de todas as etapas e exigências necessárias, estas se tornam insuficientes quando se tem uma adoção frustrada.

Esta desestruturação e frustração da adoção pode ocorrer por diversos fatores, intrínsecos e extrínsecos, que se apresentam na relação dos adotantes com o adotando, que acarreta em sérias consequências jurídicas e psicológicas, estas principalmente para o adotando.

3.2. Causas e Consequências da Desistência ou Devolução do Menor

Uma das principais características da adoção é a sua irrevogabilidade (art. 39, §1º, do ECA), e como tal, tornam os seus efeitos perpétuos e não se admite a devolução da criança ou adolescente. Entretanto, ocorrem situações em que as circunstâncias do caso concreto, ou seja, as causas que levam a esta tomada de decisão de devolução são maiores do que à necessidade de se observar este caráter de irrevogabilidade.

Neste capítulo trataremos acerca das causas que motivam a desistência ou devolução da criança ou adolescente, bem como efeitos jurídicos e psíquicos, especialmente, quando o processo de adoção se encontra nas fases anteriores ao trânsito em julgado da sentença.

Dentre as causas, têm-se a supervalorização da relação entre os adotantes e o adotando. Segundo Maria Luiza Ghirardi, mestre em psicologia, na adoção, os pretendentes “não admitem o surgimento de dificuldades, tão comuns em qualquer relação do gênero, o que leva a uma “decepção””. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 2013)

A relação que se cria através da adoção, automaticamente exige que os envolvidos, principalmente os adotantes, desconstruam alguns conceitos preexistentes. Estes devem diminuir as expectativas e focarem em se doar, servir, amar e cuidar do adotando sem esperar nada em troca, pois neste momento inicial, possivelmente a criança ou adolescente não será capaz de retribuir, e a carga negativa que carregam dentro de si é um processo natural, esperado e que precisa ser vivido.

Um ponto intrínseco ao quesito de supervalorização é a idealização por parte dos adotantes. A idealização é tudo aquilo que o ser humano imagina, deseja, e esta e a expectativa são necessárias, pois é a partir de tudo que se cria na mente, se fantasia e se sente que faz o indivíduo agir, ou seja, que desperta a coragem em fazer com que se tenha um filho, seja biologicamente ou através da adoção, e mantém firme esta decisão.

É importante mostrar aos participantes – futuros pais – que é comum a idealização do filho, quando decidem pelo caminho da adoção. Não há problema algum em criar expectativas quanto ao filho, sendo certo que o conflito ocorre quando os pais encontram dificuldades em lidar com os

sentimentos de frustração na ocasião em que percebem que o filho idealizado não corresponde ao real. (TJMG, 2020)

Uma questão bastante polêmica e constante é a existência de infertilidade nos pais adotivos. De acordo com Riede e Sartori (2013, p.147), “a esterilidade muitas vezes sentida como castigo, é vivida com muita frustração e dor, com sentimentos de esvaziamento, improdutividade, inutilidade e humilhação [...] isso pode se estender para um vazio que ocupa todo o espaço vital”.

Nos casos em que os pretendentes são estéreis, a adoção se torna um meio de realização para aquilo que sempre idealizaram, que é ter um filho. Porém, isto acaba se tornando um problema na medida em que os mesmos começam a depositar todas as suas expectativas e esperanças, sem estarem preparados para de fato terem um filho, e a partir daí, não conseguem lidar com os comportamentos inesperados e as discussões que surgem no decorrer da convivência familiar. (RIEDE; SARTORI, 2013)

A devolução é motivada, em grande parte, pelas expectativas fantasiosas dos pais adotivos que, nem sempre, tem com o filho adotivo a mesma complacência que teriam com um filho natural, não por que não queiram, mas por que estão moldados por uma cultura impregnada de mitos e construções históricas, que os leva a crer que não podem lidar com a situação, já que o filho adotivo carrega consigo uma bagagem da vida anterior à adoção que os leva a pensar que não são capazes de viver e trabalhar os conflitos. (MARTINS, p. 42, 2008)

O desafio principal é acomodar a idealização, tudo o que foi construído através da imaginação, com a realidade. Dentro do contexto adotivo, esta transição se dificulta com uma série de fatores, como a falta de vínculo genético, as características biológicas, a bagagem de vida da criança ou do adolescente, a espera dos adotantes de que aquele menor chegará pronto para dar e receber afetos e por fim, a idealização de perfeição materna ou paterna. (PAULINA; FERREIRA, et. al, 2018)

(...) As idealizações podem ser armadilhas, pois caso não atendidas podem causar decepção, frustração das partes, tornando impossível a tentativa de formar uma família principalmente porque “lar, família e afeto” não têm o mesmo significado para todas as pessoas. (...) É importante que se compreenda que a paternidade/maternidade é muito mais do que a capacidade de

procriação, uma vez que nem sempre decorre da mesma. (RIEDE; SARTORI, p.147-148, 2013)

Outra causa recorrente é a má estruturação do processo de adoção. Hoje, ainda existem comarcas que não dispõem de uma equipe interdisciplinar, profissional, que possa acompanhar o adotando e os adotantes no decorrer do processo. Segundo o juiz Sérgio Luiz Kreuz, de Cascavel (PR), “o problema da adoção não é a lei, mas principalmente a total falta de estrutura da maior parte das varas de Infância e Juventude de todo o Brasil.” (SENADO FEDERAL, 2013)

A falta de juízes e profissionais (psicólogos, assistentes sociais, atendentes) suficientes para darem andamento nestes processos, influencia diretamente na falta de preparo dos casais para adoção, pois o procedimento disponibilizado pela Vara da Infância e Juventude ou por grupos de apoio não são suficientes (THOMÉ, 2018), o ideal seria que os adotantes permanecessem frequentando, trocando informações, apoiando e se preparando durante e após o processo de adoção. (MARTINS, 2008)

Conforme Soares et al. (2012), as devoluções são resultado de um processo de adoção mal estruturado desde o início, e por isso se aponta para a importância de acompanhamentos adequados tanto no que diz antes, durante, e pós efetivação da adoção, como modo de evitar possíveis desistências. (SOARES et al., 2012 apud CARNAUBA; FERRET, 2018, p. 125)

“O sucesso de uma política pública depende de um conjunto de normas de qualidade e de uma infraestrutura adequada à sua aplicação. Por melhor que seja a dicção dos regulamentos, o desempenho do sistema pode ser limitado pela ausência de apoio humano e material.” (CNJ, 2015, p. 127)

A demora na destituição do poder familiar também é uma das entranças do processo de adoção. Segundo Paulo Nader (2016, p. 573) “a destituição do poder familiar não rompe os laços de parentesco entre o destituído e sua prole; apenas retira do genitor o poder de gerir a vida do menor e administrar seus bens”. Esta destituição pode ser causada por inúmeras violações dos direitos básicos que estão previstos na CF, bem como no Estatuto (ECA).

De acordo com a Lei nº 12.010/09, a criança ou adolescente que se encontra em acolhimento, deverá ocorrer, ou a tentativa de inserí-la novamente na família biológica ou colocá-la em uma família substituta. (BRASIL, 2009)

“Do ponto de vista de Maria Berenice Dias, a preferência dada aos pais biológicos só veio a dificultar o processo de adoção, pois contraria um dos principais objetivos da Nova Lei, que é reduzir o tempo de permanência das crianças e adolescentes em instituições.” (FALCÃO, 2017, p. 22)

Esse ponto interfere fortemente no desenvolvimento da adoção, pois no estágio de convivência, os vínculos não são constituídos de maneira adequada, devido ao medo desses vínculos serem destruídos, nesse sentido, emerge a necessidade de que as autoridades realizem tais processos em tempo mais adequado, para que assim os processos de adoção se desenvolvam da melhor forma possível. (CARNAÚBA; FERRET, 2018, p. 127)

Entretanto, segundo o Juiz Sérgio Kreuz, essa destituição não pode ser feita de forma arbitrária, pois os pais biológicos tem o direito de contestar aquele procedimento, e isto, demora mais tempo do que o esperado para ser julgado. (SENADO FEDERAL, 2013)

De acordo Carlos Henrique Soares (2017, p.110), “(...) o CPC de 2015 possui previsão legal de inúmeras multas e outras medidas coercitivas para as atitudes consideradas abusivas e contrárias à tempestividade procedimental e jurisdicional, reputando serem atos atentatórios à dignidade da justiça ou litigância de má-fé.”

A adoção tardia, também constitui uma das causas da desistência ou devolução. A adoção de crianças maiores e de adolescentes é o que se chama de adoção tardia. A maioria dos pretendentes á adoção, ao realizarem uma adoção tardia e posteriormente optarem por “devolver” aquela criança ou adolescente, alegam indisciplina, insubordinação, desobediência, mentiras, agressividade, comportamentos inadequados por parte do adotando, porém, os adotantes não compreendem que durante um período bastante considerável enfrentarão diversas situações e que tais atitudes são “normais” ao se tratar de uma adoção tardia. (PUCCINELLI, 2014)

(...) Acredita-se que isso ocorra porque a criança mais velha se posiciona mais ativamente no processo interativo, aceitando ou negando o que lhe é atribuído. Ademais, sua história de vida está presente em sua memória, o que pode incomodar o adotante. Esse, por vezes, parece desejar que o passado da criança seja apagado, talvez pelas marcas presentes de episódios dolorosos. E essa postura é um equívoco, visto que ignorar a origem da criança não é favorável

para ela, e prejudicial também à formação do vínculo. É importante, sempre que possível, buscar a história da criança, as experiências do seu passado e elaborar situações não entendidas. (COSTA; ROSSETTI-FERREIRA, 2007; MUNIZ, 2016 apud ARAUJO, 2017, p.34)

Em muitos casos, os pretendentes pais se tornam culpados, por dois motivos, primeiro, por não estarem prontos para desempenharem o papel de pais e não saberem impor limites, principalmente em uma adoção tardia; segundo, fazerem cobranças indevidas, cobrarem aquilo que o adotando não teve, como por exemplo, confiança, amor, etc. (PUCCINELLI, 2014) “Quando a criança começa a mostrar sua individualidade, que a rejeição pode acontecer. (...) O mesmo comportamento (...) de um filho biológico, pode ser visto, no filho adotivo, como uma demonstração de traços psicológicos “ruins”, oriundos da família de origem. (PUCCINELLI, 2014, p. 36)

Schettini (2007) afirma que essa modalidade de adoção ainda impacta a sociedade, visto que expõe as diferenças entre as crianças e quem as adota, e, como já visto, a tendência em compor o modelo de família por vínculos consanguíneos ainda é uma forte inclinação na contemporaneidade. Somado a isso, o posicionamento ativo característico das crianças mais velhas e os medos que acompanham aqueles que adotam, referentes à história da criança anterior à adoção, compõem alguns dos motivos que justificam porque a maior incidência de devoluções ocorre nas adoções tardias. (ARAUJO, 2017, p. 35)

Dentre os efeitos jurídicos decorrentes da desistência ou devolução do menor na adoção, temos a responsabilidade civil, que automaticamente engloba a responsabilidade da família, do Estado e da sociedade; e a perda do poder familiar dos adotantes.

O caput do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 prevê que é dever da família, da sociedade e do Estado colocar a salvo a criança ou adolescente de toda forma de negligência, violência, e etc. A negligência, segundo Francisco Amaral (2006, p.376), “(...) é a omissão, é a inobservância das normas que nos mandam operar com atenção, capacidade, solícitude e discernimento (...)”.

Ou seja, é a prática do dano que ocorre em razão da ausência do dever de cuidado. Por outro lado, a violência, no caso do novo abandono na adoção, remete-se não a uma violência física, mais principalmente psicológica, que pode interferir no comportamento da criança. (REZENDE, 2014) O Código Civil, no artigo 186, prevê que comete ato ilícito

“aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”. (BRASIL, 2002)

Então, entende-se que, o adotante que abandonar a criança ou adolescente está cometendo um ato ilícito por agir com negligência, em razão da falta de cuidado, violando direito fundamental que determina resguardar a criança, e não violá-la ou lhe causar danos. (FELIPE, 2016)

De acordo Pablo Stolze e Fernanda Barreto, a responsabilidade civil em casos de desistência ou devolução da criança ou adolescente adotada, ou seja, a reparação por dano, deverá ser analisa em três etapas: durante o estágio de convivência em sentido estrito, na guarda provisória e depois do trânsito em julgado da sentença. (BARRETTO; GAGLIANO, 2020)

O art. 46 do ECA estabelece que durante o processo de adoção existe um estágio de convivência entre os adotantes e o menor, salvo em situações excepcionais. Neste teor, segundo os referidos autores, havendo a desistência neste período, este direito é legítimo, logo não haveria o porquê de visualizar uma responsabilidade civil (BARRETTO; GAGLIANO, 2020)

Não desconsideramos, contudo, que possa haver intenso sofrimento psíquico para a criança ou o adolescente se, por exemplo, o estágio de convivência se estender por tempo significativo, se ocorrer majoritariamente fora dos limites do abrigo ou se o laço entre as partes se desenvolverem com aparência de firmeza, por meio de atitudes capazes de criar no candidato a filho a sólida expectativa de que seria adotado. Nesse horizonte, excepcionalmente e a depender das peculiares características do caso concreto, as rupturas absolutamente imotivadas e contraditórias ao comportamento demonstrado ao longo do estágio podem vir a ser fontes de reparação civil. (BARRETTO; GAGLIANO, 2020)

O problema ocorre na situação de haver a desistência no período da guarda provisória, pois ultrapassado o estágio de convivência o casal pleiteia ao poder judiciário a guarda daquele adotando e neste momento o mesmo começa a viver na casa dos potencialmente pais adotivos, e em alguns casos esta guarda pode durar bastante tempo, e após este período consolidado, em que o vínculo está fortalecido, o casal desiste da adoção. Nesta situação, pode haver um dano gravíssimo a esta criança ou adolescente, e

em tese pode configurar um abuso de direito em desistir. (BARRETTO; GAGLIANO, 2020)

Mas é preciso notar que o seu exercício depois de um estágio prolongado de guarda provisória (...) pode configurar abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil. (...) a configuração do abuso do direito de desistir da adoção gera responsabilidade civil e esse abuso estará presente se a desistência se operar depois de constituído, pelo adotante, um vínculo robusto com o adotando, em virtude do prolongamento do período de guarda, ante o amálgama de afeto que passa a vincular os protagonistas da relação. (BARRETTO; GAGLIANO, 2020)

Ademais, após a sentença de adoção transitar em julgado é inconcebível a devolução. O Estatuto da Criança e do Adolescente é claro ao afirmar que após a sentença de adoção, a mesma é irrevogável, a devolução fática de um filho já adotado por sentença transitado em julgado é um ilícito civil grave e que gera responsabilidade, podendo até em tese, caracterizar um ilícito penal de abandono de incapaz (art. 133 do Código Penal). (TAVARES, 2017)

Uma sentença de adoção transitada em julgado impõe o filho na condição de filho constitucionalmente, não há diferença deste para o filho biológico, pois há uma equiparação constitucional em que o filho socioafetivo não deve ser tratado de forma inferior, logo, não havendo hipótese de devolução de filho biológico, o mesmo valerá para o filho adotivo. (OLIVEIRA, 2019)

(...) a “devolução fática” de filho já adotado caracteriza ilícito civil (...) sem prejuízo de se poder defender, para além da impossibilidade de nova habilitação no cadastro, a manutenção da obrigação alimentar, uma vez que os adotantes não podem simplesmente renunciar ao poder familiar e às obrigações civis daí decorrentes. (BARRETTO; GAGLIANO, 2020)

A doutrina e a jurisprudência evoluíram para compreender que uma indenização no campo das relações de família não tem só um aspecto compensatório, tem o aspecto pedagógico à luz da função social da responsabilidade civil. Diante disso, o adotante condenado a responder civilmente pela desistência ou devolução na adoção, seja no período de guarda provisória ou após a sentença, deverá haver a reparação dos danos

morais e/ou patrimoniais, bem como a prestação de alimentos. (SCHUH, p.75, 2006; apud MACHADO, 2012)

“Portanto, a única sentença que rompe os vínculos de parentesco e encerra a obrigação de prestar alimentos é a que defere nova adoção, hipótese em que haverá o rompimento dos vínculos com os pais adotivos e demais parentes.” (PUCCIELLI, 2014, p. 48)

A perda do poder familiar também é uma das consequências jurídicas da devolução. “(...) Nos casos da recusa intensa da família para com a criança, tornando inviável o convívio entre as partes, a devolução é aceita para evitar maiores sofrimentos, voltando à tutela para o Estado.” (SILVA, 2013)

Esta decisão pode surtir efeitos psicológicos significativos no menor, como a insegurança e a negação de sentir que não é digno de uma família, de ser insuficiente como filho, o autoconceito, o medo de confiar novamente, de ser abandonado, de se expressar, a baixa autoestima, o comportamento agressivo, etc. (CARNAÚBA; FERRET, 2018)

Ana Carolina Garcia Albornoz explica que a criança adotada costuma associar, inconscientemente, o motivo de seu abandono ao fato de não ter correspondido às expectativas dos pais biológicos, e, assim, satisfazer as necessidades e as expectativas dos pais adotivos é uma forma de evitar o sofrimento diante de um novo abandono. (ALBORNOZ, 1998, p. 27-33 apud SILVA, 2013)

Segundo Thais de Fátima Gomes de Menezes Luna, “é natural que quanto mais tempo tenham as partes despendido nesta relação, mais custosa será a desvinculação e, portanto, mais aparentes e aferíveis os danos (...)” (LUNA, 2014, p. 73)

entre os efeitos psicológicos resultantes desta devolução abalos ao nível de retraimento, apatia, sentimentos de rancor, a reedição da vivência da história de abandono e separação, o receio de não conseguir encontrar uma família que possa acolhê-lo como filho, além de se mostrar evidente o descrédito nas relações de confiança com os outros, devido ao justificado medo de apostar num novo vínculo que pudesse vir a ser rompido novamente com o abandono. (LUNA, 2014, p. 75)

Dificuldade de socialização, agressividade, distúrbios graves, perda da esperança, perda de alguns valores, isolamento, perda da comunicação, da fala, desvirtuamento, são efeitos psicológicos extremos quando a criança é devolvida. É preciso que os adotantes entendam que a criança ou adolescente do abrigo, cresceram e construíram uma imagem auto negativa a respeito de si mesma, e esta baixa autoestima impacta diretamente o comportamento dela, tornando-o desafiador, e trazendo problemas de saúde. (SILVA, 2013)

O abandono é uma violência psicológica capaz de causar danos irreversíveis. Ao experimentar a rejeição, a criança vai tendo a sua autoestima abalada, quando esta atitude desprezível se repete é como se fosse destruída qualquer resto de expectativa positiva em relação à sua vida. A criança se sente insegura e numa atitude de autodefesa acaba por se tornar uma criança amarga e avessa aos relacionamentos com os outros, demonstrando comportamentos negativos e desprezimento a quaisquer valores. (grifo nosso) (LUNA, 2014, p. 75)

Contudo, é importante ressaltar que, há situações em que ambas as partes (adotando e adotantes) são passíveis do sofrimento na devolução, mas as consequências possuem um peso maior em relação à criança ou adolescente, uma vez que esta, além de ser a parte mais frágil da relação, carecerá da presença dos pais e de afeto. (SILVA, 2013)

3.3. Da Desistência ou Devolução no Processo de Adoção

O processo de adoção passa por três etapas gradativas para o momento de integração e confirmação entre os adotantes e a criança ou adolescente, que são: o estágio de convivência, a guarda provisória e a guarda definitiva. O retorno do menor à entidade de acolhimento no decorrer ou após o processo de adoção é denominado por alguns autores como desistência ou devolução.

Os termos „desistência,, e „devolução“, para Ismael Francisco de Souza e Gláucia M. B. F. de Souza (p. 171, 2019), caracteriza a criança ou adolescente como um objeto, ou seja, como mercadoria que pode ser transportada de um local para o outro ou de uma pessoa para outra, e por isso, tais terminologias são incorretas, e o correto seria caracterizar a situação como „novo abandono“ ou „reabandono“.

De acordo com os referidos autores,

Ambas, na verdade, se traduzem em uma palavra só: reabandono. Cumpre esclarecer que as terminologias “desistência” e “devolução” serão utilizados para compreensão de qual momento da ocorrência de reabandono que estará se tratando (durante ou após o processo de adoção). (SOUZA; SOUZA, p. 171, 2019)

O novo abandono se dá, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em algumas comarcas, pelo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA). (HERCULANO, 2019) Dispõe o art. 197-E, §5º, da Lei nº 13.509 de 2017, que

Art. 197-E. § 5º A desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção ou a devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção importará na sua exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente. (grifo nosso) (BRASIL, 2017)

Sabe-se que, a maioria das pessoas que optam pela adoção já passaram por algumas frustrações, que geram impactos significativos no decorrer do processo. O menor, quando passa por este novo abandono, ele se coloca como responsável, então, na medida em que a adoção começa a se frustrar, a criança ou adolescente vai criando a consciência de que o erro está nela mesma, e que as relações não dão certo por culpa da mesma, e isto é um grande problema. (SILVA, 2013)

Gomes esclarece que a devolução é jurídica e psicossocialmente admissível em qualquer etapa anterior ao trânsito em julgado da sentença de adoção, embora indesejável em razão dos malefícios emocionais para a criança. Entretanto, “é incabível juridicamente a tentativa de devolução de uma criança após o encerramento do processo. Na hipótese de pais adotivos tentarem “devolver” uma criança que foi adotada, tal gesto será enquadrado como tentativa de abandono de incapaz”, conclui Walter. (SOUSA, p. 2, 2015)

É necessário que o ECA traga em seu texto as possíveis sanções a serem aplicadas aos adotantes que por razões não plausíveis rejeitam o adotando, afim de que se conscientizem que tal conduta é ilícita e acarreta em consequências jurídicas.

3.3.1. Análise Jurisprudencial

Em busca ao Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) e ao próprio Cadastro Nacional de Adoção, verifica-se que os mesmos não dispõem publicamente de dados com a quantidade de processos que ocorreram à devolução ou desistência do menor, dispondo somente do número de crianças ou adolescentes disponíveis, adotadas ou em fase de adoção, bem como separadas por classificação (etnia, gênero, deficiência, problema de saúde, doença infectocontagiosa, etc). (CNJ, 2021)

Segundo Larissa Grouiou de Carvalho (2017, p.31-34), já ocorreram casos de devolução ou desistência do menor em diferentes Estados, como por exemplo, no Paraná, Espírito Santo, Rio Grande do Sul, Bahia, Minas Gerais, São Paulo, Santa Catarina, etc, bem como julgados do STJ e STF. Na maioria destas regiões, os pretendentes justificam o novo abandono devido às 'atitudes inadequadas' da criança ou adolescente que os tornam intoleráveis.

Como toda causa há consequência, estes pais adotivos foram submetidos a processos que os condenavam ao pagamento de indenizações, e em algumas situações a pensão alimentícia, consultas psicológicas, etc, afim de tentarem amenizar os danos causados por estes ao menor. Infelizmente, esta prática de devolução/desistência está se tornando aceitável, assim como o ocultamento de maiores informações sobre os dados estatísticos desta. (CARVALHO, 2017)

No que pese a desistência da criança ou adolescente no período do estágio de convivência ou durante a guarda provisória, temos como exemplo, o caso concreto julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que o Ministério Público busca a responsabilização dos adotantes pela desistência, mas não pelo ato e sim pela forma como procederam, ferindo os direitos da criança, causando-lhe danos morais, além de outros danos que se agregam, como danos materiais e educacional, previstos no art. 33 do ECA, como direitos que devem obrigatoriamente serem prestados e assistidos ao adotando. (RODRIGUES, 2019) Vejamos:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - I. ADOÇÃO - GUARDA PROVISÓRIA - DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DE FORMA IMPRUDENTE - DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 33 DO ECA - REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA - REJEIÇÃO SEGREGAÇÃO – DANOS MORAIS CONSTATADOS - ART. 186 C/C ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL-

REPARAÇÃO DEVIDA - AÇÃO PROCEDENTE - II. QUANTUM INDENIZATÓRIO - RECURSOS PARCOS DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INEXEQUÍVEL - MINORAÇÃO - SENTENÇA

PARCIALMENTE REFORMADA. A inovadora pretensão do Ministério Público, de buscar o ressarcimento civil com a condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil. O ilícito que gerou a reparação não foi o ato em si de desistir da adoção da criança, mas o modus operandi, a forma irresponsável que os requeridos realizaram o ato, em clara afronta aos direitos fundamentais da criança, bem como ao que está disposto no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, pode haver outra situação em que a desistência da adoção não gere danos morais à criança, no entanto, não é este o caso dos autos. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.09.567849-7/002 - COMARCA DE UBERLÂNDIA - APELANTE(S): M.C.B.S., D.A.S. E OUTRO(A)(S) - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - INTERESSADO: N.G.S. Relatora: Vanessa Verdolin Hudson. Julgado em: 15/04/2014. Data de publicação: 23/04/2014). (RODRIGUES, 2019) (grifo nosso)

Logo, os danos no período de estágio de convivência, devem ser avaliados considerando-se o caso concreto e suas particularidades. Pois, excepcionalmente, podem ocorrer situações do prazo deste estágio ser excessivo, ou seja, além do estipulado por lei (em alguns casos, duram mais de um ano), e conseqüentemente, pode surgir um intenso sofrimento, inclusive psíquico. (GAGLIANO; PAMPOLHA FILHO, 2021)

No caso apresentado acima, o órgão colegiado julgou que os adotantes agiram de forma ilícita, violando a integridade moral e psíquica do adotando e sua dignidade, de forma imprudente e negligente, pois além de não terem buscado um psicólogo ou assistente social para orientá-los a contornar os conflitos na relação, assumiram a responsabilidade e compromisso que posteriormente não foi cumprido, deixando de observar a boa-fé e o fim social do processo de adoção. (RODRIGUES, 2019)

Outro caso foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que um casal optou por adotar três irmãs, porém com 6 meses de guarda, iniciado o estágio de convivência, as crianças foram devolvidas para o acolhimento, em virtude dos adotantes alegaram que não estavam sabendo lidar com estas, apesar das inúmeras tentativas, não

estavam preparados para crianças desta idade. (Apelação Cível nº 0001435-17.2013.8.19.0206)

O estágio de convivência não pode servir de justificativa legítima para a causação, voluntária ou negligente, de prejuízo emocional ou psicológico a criança ou adolescente entregue para fins de adoção. Após alimentar as esperanças de uma criança com um verdadeiro lar, fazer que o menor volte ao acolhimento institucional refletindo o motivo pelo qual foi rejeitado novamente, configura inquestionável dano moral, e sem dúvida acarreta o dever de indenizar daqueles que deram causa de forma imotivada a tal situação. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Ap. 0001435-17.2013.8.19.0206 – RJ, 11.ª Câm. Cível, rel. Claudio de Mello Tavares, 30.03.2016). (grifo nosso) (PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2016)

No Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2014, foi julgado um caso de devolução de menor adotado com 1 ano de idade e posteriormente devolvido aos 9 anos de idade. Segundo os adotantes, a criança estava apresentando maus comportamentos, rebeldia e problemas com o estudo, e aproveitando dos conflitos e da reaproximação do menor com a mãe biológica, os adotantes decidiram por devolvê-lo ao Estado, excedendo os limites da boa-fé, utilizando do direito de “pais” para causar prejuízos a este, sendo devidamente responsabilizados e condenados ao pagamento de indenização enquanto perdurar a menoridade da criança. (OLIVEIRA, 2019)

(...) Afirma que os apelados induziram sua mãe biológica a ingressar com ação de guarda e destituição de poder familiar, e, em “criminosa fraude processual engendrada pelos réus”, a genitora se passou por adotiva, enquanto os recorridos se passaram pelos pais biológicos que teriam entregue a criança para que aquela cuidasse. Alega, também, ter sido manipulado pelos réus para que voltasse a morar com a mãe biológica, num barraco de madeira, e em meio a um ambiente de alcoolismo, agressão, maus tratos e miséria. (TJ-SP-APL: 000665872201 08260266 SP 0006658- 72.2010.8.26.0266, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 08/04/2014, 9a Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/04/2014) (OLIVEIRA, 2019, p. 53)

Outro caso comovente foi julgado pelo Tribunal de Minas Gerais, em que, após 3 anos de guarda provisória, os adotantes decidem por desistir da adoção, em razão do nascimento da filha biológica e de situações constrangedoras provocadas pela menor

adotiva. Nesse sentido, o tribunal entendeu que não havia motivos suficientes e plausíveis para que os adotantes desistissem da adoção, pois estavam agindo de má-fé, descumprindo seus deveres de guardiões, onde estes desconsideraram tanto os sentimentos da criança, quanto o vínculo afetivo que havia sido criado. (GARCIA, 2018)

Em 2012, o Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, julgou no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma Apelação Cível, em que, os pais adotivos foram destituídos do poder familiar pelo fato de apresentarem problemas de adaptação com o menor. Os adotantes além de rejeitarem a assistência de psicólogos e assistentes sociais, não aceitaram a condenação em que fixa alimentos. (RODRIGUES, 2019)

Entretanto, a doutrina, bem como os tribunais, entendem que, os adotantes deverão arcar com as verbas alimentares, pois ainda que haja a destituição do poder familiar, a obrigação só de fato se extingue quando o menor é posto em uma nova família substituta. (RODRIGUES, 2019)

A jurisprudência também apresenta julgados que são desfavoráveis, ou seja, que julgam improcedente a responsabilização civil dos adotantes em caso de desistência da adoção, pois como dito anteriormente, pode ocorrer, da análise minuciosa do caso concreto, desta desistência não gerar prejuízos, inclusive psicológicos, para a criança ou adolescente, já que não houve tempo suficiente para que pudesse criar laços afetivos, apego e adaptação, assim como, há situações em que o próprio adotando pode recusar aquela relação, aquela família, por não ter gostado e se sentir desconfortável em viver ali. (RODRIGUES, 2019)

“(…) as posições judiciais tem sido divergentes. Nota-se uma resistência por parte dos magistrados em relação à responsabilização civil dos desistentes da adoção”. (RODRIGUES, 2019, p. 50). Entretanto, estes sempre priorizam atender e garantir melhor o interesse da criança e do adolescente, condenando casos concretos em que há a configuração do abuso de direito, a prática do ato ilícito, bem como a violação da boa-fé e a finalidade das normas, afim de evitar que hajam rejeição sem motivos razoáveis e fundamentados pelos adotantes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desistência ou a devolução da criança ou adolescente na adoção, apesar de ser um tema em que pouco se divulgam informações acerca, é necessário ser abordado. Nenhum indivíduo que deseja adotar, e se candidata á pretendente, entra no processo

pensando em desistir ou devolver a criança, pelo contrário, almeja que aquela relação que está buscando ser construída, seja bem sucedida.

A adoção é uma medida excepcional, e que deve ser pensada também como um processo jurídico, complexo, ou seja, é imprescindível que as partes envolvidas conheçam o processo em si, as leis que a regem, pois são estas que norteiam o comportamento e a relação dos colaboradores e a relação dos pais com os filhos adotivos.

É indispensável que os candidatos se iterem das mudanças que ocorrem na legislação que trata da adoção, pois caso estes optem por desistir ou devolver uma criança ou adolescente hoje em dia, existe uma sanção para isto. Portanto, estes não podem entrar em um processo de adoção, sem terem noção do que acontece neste.

A desistência ou a devolução é destrutiva, ela desestrutura não só o menor, apesar dos efeitos serem mais intensos para este, como também os próprios pais adotivos, e é por isso que, tal situação entra em segredo e poucos discutem sobre isso, criam um receio em expor opiniões, consequências e até a mesma a própria realidade do caso.

A adoção torna-se frustrada, muitas vezes, após episódios de agressividade, ódio, angústia que são dirigidos aos adotantes. A falta de preparo, apoio e informação faz com que estes não consigam lidar com todos estes sentimentos e acabam optando por voltarem atrás da decisão de adotar. E por isso, é necessário analisar o tempo com o qual a criança ou adolescente começa a apresentar estes comportamentos, pois pode ocorrer desta ainda está lidando com os sofrimentos do qual passou anteriormente ou testando a confiabilidade daquele novo ambiente, daquela nova família.

Em algumas situações os sentimentos negativos expressados pela criança ou adolescente, não diz respeito àquela relação com os adotantes, mas sim com a primeira relação com os pais biológicos que foi rompida lá atrás e é preciso que o menor sinta para poder seguir em frente.

É importante que, cada caso concreto seja analisado nas suas especificidades. Os efeitos jurídicos e psicológicos decorrentes da desistência ou devolução na adoção estão se tornando comuns. Entretanto, não há dados oficiais acerca do número de adoções frustradas, que ocasionaram no retorno do menor ao abrigo, e por tal motivo, dificulta-se a pesquisa de materiais sobre o tema, mas, há julgados que tratam do assunto e aplicam sanções aos adotantes, como a responsabilidade civil.

Com a falta de preparo, os pais adotivos acabam levando isto para o lado pessoal e entendem que não estão sendo bons o suficiente para acolherem aquela criança ou

capazes de amá-la, e é neste momento que se iniciam os conflitos de interesse entre os adotantes e o adotando.

Os psicólogos e assistentes sociais deveriam acompanhar os pretendentes à adoção não só no decorrer do processo, como também antes e após a adoção. Estes profissionais devem esclarecer aos adotantes as dificuldades e peculiaridades de se ter um filho adotivo, rompendo com a figura da criança ideal e inserindo a figura da criança real, para que possam se sentir capazes de acolhê-la.

Percebe-se no presente estudo que o retorno - também chamado de desistência nesta etapa - da criança ou adolescente no período de estágio de convivência, a depender do caso, não surte maiores efeitos jurídicos, entretanto, não quer dizer que não traga danos, ainda que pequenos, ao menor. Este estágio deve ter por objetivo aproximar os adotantes e o adotando e deve ser constituído em favor deste.

Ademais, o retorno do menor após o estágio de convivência, principalmente após a sentença de adoção - também chamado de devolução nesta etapa -, caracteriza não só abuso de direito (art. 187 do CC), como também configura ato ilícito, que pode resultar na destituição do poder familiar e/ou responsabilização civil, que imputa ao ofensor a obrigação de reparar o dano moral, patrimonial e existencial causado à criança ou adolescente devolvida. (REZENDE, 2014)

O dano existencial causado ao menor, faz com que o mesmo comece a viver e agir de maneira oposta ao que havia desejado, logo, após o mesmo ser obrigado a retornar a instituição de acolhimento, se sente forçado a buscar uma alternativa diversa para sua vida, pois, em sua consciência, renasce o trauma vivenciado anteriormente e o faz sentir-se incapaz de conviver com uma família e começa a se culpabilizar pela desistência ou devolução.

O vínculo entre os pais adotivos e o adotado, após as formalizações necessárias e a destituição destes, só poderá ser extinto caso ocorra uma nova adoção do menor, entretanto, o mesmo continuará a ter direitos sucessórios sobre os pais adotivos, e estes se responsabilizarão e proverão alimentos e demais assistências, caso condenados para que o faça.

A devolução é capaz de gerar danos irreversíveis ao menor, porém, nem todo dano gerado é passível de ser tutelado pelo Estado. Aqueles que causaram o dano, devem suportar as consequências deste, por isso, se faz jus e necessário que haja a compensação

e indenização pelos adotantes, afim de minimizar os efeitos negativos advindos da sua escolha.

O objetivo de tais consequências é fazer com que os adotantes sejam penalizados pelas violações aos direitos da criança ou adolescente. O magistrado, bem como o Estado, não podem forçar os pais a continuarem com o adotando, pois isto poderá gerar maiores prejuízos e tornar este vítima de maus tratos, discriminação e sofrimento.

Quando o vínculo entre a criança e os pais biológicos é rompido, essa já possui o seu desejo de conviver em família, frustrado. Quando os pais adotivos usam de motivos inadequados para fundamentarem a prática da devolução ou desistência na adoção, estes também causam ao menor, voluntariamente ou negligentemente, prejuízos bastante aparentes, principalmente quando a relação se despende por um bom tempo.

Quando estes incorrem nas faltas previstas em lei, apesar da legislação prevê o caráter de irrevogabilidade da adoção, o objetivo da concessão do retorno da criança ao abrigo, é evitar que o quadro psíquico desta se agrave e torne mais preocupante se esta permanecer em um ambiente familiar que está sendo rejeitada.

Nesse sentido, conclui-se que, a prática da devolução da criança e do adolescente está se tornando recorrente, e os direitos fundamentais desta estão sendo constantemente violados, sem se observar o seu interesse e seus princípios, o que leva á falha no desenvolvimento psicológico e físico do menor, que deveria ser tutelado, não só pelo Estado, como pela sociedade e família, conforme previsto constitucionalmente.

5. REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco Amaral. Direito Civil: introdução. – 6.ed. ver., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAUJO, Ana Isabel dos Santos Félix e FARO, André. Motivações, dificuldades e expectativas acerca da adoção: perspectivas de futuros pais adotivos. *Psicol. rev.* (Belo Horizonte) [online]. 2017, vol.23, n.3, pp. 790-810. ISSN 1677-1168. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5752/P.1678-9563.2017v23n3p790-810>. Acesso em: 07 de abr. 2021.

ARAUJO, Mabel Itana. A Devolução De Crianças Na Adoção Tardia E A Construção Da Maternidade. Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações. Salvador, 2017. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/389/1/DISSERTACAOMABELARA%c3%9aJO.pdf>. Acesso em: 08 de abr. de 2021.

BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão; GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela desistência na adoção. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Publicado em 27 de jul. de 2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%A2ncia+n+a+ado%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 01 de nov. de 2020.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 de nov. de 2020.

BRASIL. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 15 de nov. de 2020.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 15 de nov. de 2020.

BRASIL. LEI Nº 12.010, DE 3 DE AGOSTO DE 2009. Dispõe sobre adoção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm. Acesso em 15 de nov. de 2020.

BRASIL, TJMG. APELAÇÃO CÍVEL: Nº 1.0702.09.567849-7/002 - COMARCA DE UBERLÂNDIA - Relatora: Vanessa Verdolin Hudson. Julgado em: 15/04/2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121112072/apelacao-ci10702095678497002-mg/inteiro-teor-121112123>. Acesso em 10 de Fevereiro de 2019.

CARNAÚBA, Géssica da Silva; FERRET, Jhainieiry Cordeiro Famelli. Devolução De Crianças Adotadas: Consequências Psicológicas Causadas Na Criança Que É Devolvida Durante O Estágio De Convivência. Revista UNINGÁ. Publicado em jul./set. de 2018. Disponível em: <http://revista.uninga.br/index.php/uninga/article/view/83>. Acesso em 15 de nov. de 2020.

CARVALHO, Larissa Grouiou de. Responsabilidade Civil Dos Adotantes Pela Devolução Da Criança Ou Do Adolescente Adotado. Revista Científica Semana Acadêmica. Publicado em

2017. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/responsabilidade_civil_dos_adotantes_pe_la_devolucao.pdf. Acesso em 15 de nov. de 2020.

COIMBRA, Natália Mansur. O procedimento adotivo no Direito Brasileiro. Publicado em 2012. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/natalia_coimbra.pdf. Acesso em 19 de abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Adoção: Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Atualizado em 2021. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/adocao/#:~:text=O%20sistema%20%C3%A9%20regulamentado%20por,Crian%C3%A7a%20e%20Adolescente%20\(ECA\)](https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/adocao/#:~:text=O%20sistema%20%C3%A9%20regulamentado%20por,Crian%C3%A7a%20e%20Adolescente%20(ECA).). Acesso em: 18 de março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Passo a passo da adoção. Corregedoria Nacional de Justiça. Atualizado em 07/06/2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>. Acesso em 20 de março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil: Uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário. Justiça Pesquisa. Coord. Marcelo Guedes Nunes [et al.]. – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8aab4515becd037933960ba8e91e1efc.pdf>. Acesso em: 07 de abr. de 2021.

FALCÃO, Débora Lima Marinho. Devolução De Crianças Adotadas: A reedição do abandono e o sistema legal de proteção da criança, em caso de devolução. Repositório Digital da UFPE. Publicado em 22 de set. de 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/21685/1/Monografia.%20D%C3%A9bora%20Falcao%C3%A3o%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: famílias. - 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodlvm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias I. - 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodlvm, 2016.

FELIPE, Luiza. A Responsabilidade Civil Dos Pretendentes À Adoção Nos Casos De Desistência Da Medida Durante O Estágio De Convivência. Repositório Institucional UFSC. Publicado em 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/172867/TCC%20%281%29.pdf>. Acesso em: 01 de nov. de 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 6 : direito de família. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil - Direito de família - vol. 6. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GARCIA, Kamyla Silva. A Responsabilidade Civil Por Desistência No Processo De Adoção. Juiz de Fora, 2018. Disponível em:

<https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/7066/1/kamylasilvagarcia.pdf>. Acesso em: 15 de abr. de 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família . – 15. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

HERCULANO, Lenir Camimura. Adoção: CNJ integra cadastro e atualiza o passo a passo. Agência CNJ de Notícias. Publicado em 1 de jul. de 2019. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/adocao-cnj-atualiza-o-passo-a-passo/>. Acesso em: 10 de nov. de 2020.

LUNA, Thais de Fatima Gomes de Menezes. *Análise dos Efeitos Jurídicos e Psicológicos da Devolução de Crianças Adotadas ou em Processo de Adoção*. Repositório Científico da UC. Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/35048/1/Analise%20dos%20Efeitos%20Juridico%20e%20Psicologicos%20da%20Devolucao%20de%20Crianças%20Adotadas%20ou%20em%20Processo%20de%20Adocao.pdf>. Acesso em: 08 de abr. de 2021.

MARCONI, M.A. & LAKATOS, E.M. *Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados*. 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Bruna Caroline. *A Devolução De Crianças Em Estágio De Convivência No Processo De Adoção*. Repositório Institucional UFSC. Publicado em 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/119393/285349.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 de nov. de 2020.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento*. 11ª ed. São Paulo: Hucitec, 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. *Adoção – Decisão Judicial condena devolução de crianças adotadas*. Revista de audiência públicas do Senado Federal. Ano 4 – nº 15 – maio de 2013. Disponível em: <http://crianca.mppr.mp.br/2019/07/152/ADOCADO-Decision-judicial-condena-devolucao-de-criancas-adotadas.html#:~:text=A%20ado%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20irrevog%C3%A1vel%20e,Lei%20n%C2%BA%208.069%2F90>. Acesso em: 07 de abr. de 2021.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, v. 5: direito de família*. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. – 4ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. – [5. ed.] – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLIVEIRA, na Victória Dutra Ramos de. *Responsabilidade Civil Do Adotante Na Desistência Da Adoção*. UniEvangélica. Anápolis, 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1265/1/Monografia%20-%20Ana%20Vict%C3%B3ria%20Dutra%20Ramos%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 15 de abr. de 2021.

PAULINA, Elisandra; FERREIRA, Luana; BOBATO, Sueli Terezinha e BECKER, Ana Paula Sesti. Processo de vinculação afetiva de crianças adotadas na perspectiva dos pais adotantes. Bol. - Acad. Paul. Psicol. [online]. 2018, vol.38, n.94, pp. 77-86. ISSN 1415- 711X. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-711X2018000100008. Acesso em: 07 de abr. de 2021.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. APELÇÃO CÍVEL: N° 0001435-17.2013.8.19.0206 – DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL – Relator: Des. Claudio de Mello Tavares. Julgado: 31/03/2016. Disponível em: https://seguro.mprj.mp.br/documents/112957/17578719/33_Acordao.pdf. Acesso em: 15 de abr. de 2021

PUCCINELLI, Marina Mora Braga. O Insucesso Na Adoção: Aspectos psicológicos e efeitos jurídicos de um novo abandono. Repositório Institucional da Universidade Federal do Rio Grande. Rio Grande, 2014. Disponível em: http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7363/Marina%20Puccinelli_2017270_assignment_file_TCC%20Marina%20Puccinelli%20Vers%c3%a3o%20Final.pdf?sequence=1. Acesso em: 07 de abr. de 2021.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná. Publicado em dez/2014. Disponível em: <http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1797.html>. Acesso em: 01 de nov. de 2020.

RIEDE, Jane Elisabete; SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Adoção e os fatores de risco: do afeto à devolução das crianças e adolescentes. PERSPECTIVA, Erechim. Publicado em junho/2013. Disponível em: http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/138_354.pdf. Acesso em: 01 de nov. de 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. Direitos de Família. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Beatriz de Seixas. Responsabilidade Civil Nos Casos De Desistência Da Adoção Durante O Estágio De Convivência. Biblioteca Digital da Produção Intelectual Discente da Universidade de Brasília. Brasília, 2019. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/23426/1/2019_BeatrizDeSeixasRodrigues_tcc.pdf. Acesso em: 15 de abr. de 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de. AC 00066587220108260266 SP, Relator Alexandre Lazzarini. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120917547/apelacao-apl-66587220108260266sp00066587220108260266?ref=serp>. Acesso em: 15 de abr. de 2021.

SENADO FEDERAL. Segundo juiz, o maior problema na adoção é a flata de equipe interdisciplinar em todas as varas de Infância e Juventude. Revista Em Discussão! – Revista de audiências públicas do Senado Federal. Ano 4 – n° 15, Maio de 2013. Disponível em:

<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/juiz-adocao-falta-equipe-interdisciplinar-varas-de-infancia.aspx>. Acesso em: 07 de abr. de 2021.

SEVERINO, Antonio Joaquim. Metodologia do Trabalho Científico. São Paulo: Cortez, 2007.

SERVILHA, Claudia; MEZZAROBBA, Orides. Manual de metodologia da pesquisa no direito. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Camila Edith. Efeitos jurídicos e psicológicos da devolução de crianças adotadas. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Publicado em 15 de abril de 2013. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/886/Efeitos+jur%C3%ADdicos+e+psicol%C3%B3gicos+d+a+devolu%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+adotadas++>. Acesso em: 01 de nov. de 2020.

SILVA, Paola Esberse da. Adoção Intuitu Personae: O Reconhecimento Do Melhor Interesse Da Criança. Faculdade Meridional – IMED. Publicado em 2017. Disponível em: <https://www.imed.edu.br/Uploads/AlumniReunions/PAOLA%20ESBERSE%20DA%20SILVA.pdf>. Acesso em: 10 de nov. de 2020.

SOARES, Carlos Henrique. Dever De Busca Pela Razoável Duração Do Processo. Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Publicado em 06/08/2017. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/126>. Acesso em: 01 de nov. de 2020.

SOUSA, Walter Gomes. Devolução e abandono: duas experiências trágicas para a criança. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DOS DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Publicado em 2015. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/infancia-e-juventude/publicacoes-textos-e-artigos/textos-e-artigos/devolucao-e-abandono-duas-experiencias-tragicas-para-a-crianca/view>. Acesso em: 09 de nov. de 2020.

SOUZA, Glaucia Martinhago Borges Ferreira de; SOUZA, Ismael Francisco de. A Necessidade De Um Novo Olhar Sobre Os Reabandonos De Crianças E Adolescentes Na Adoção: A Teoria Da Perda De Uma Chance E Sua (Não) Aplicação Na Justiça Brasileira. Revista Jurídica Direito & Paz. Publicado em 2019. Disponível em: <http://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1049>. Acesso em: 09 de nov. de 2020.

TAVARES, Joana Corrêa. Responsabilidade Civil Nas Desistências De Adoção De Crianças E Adolescentes. Publicado em 2017. Faculdade Meridional – IMED. Disponível em: <https://www.imed.edu.br/Uploads/AlumniReunions/JOANA%20CORREA%20TAVARES.pdf>. Acesso em: 01 de nov. de 2020.

TAVARES, José de Farias. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. - 8. ed.

- Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THOMÉ, Majoi Coquemalla . De devolução para reabandono: a criança como sujeito de direitos. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Publicado em 09 de agosto de 2018. Disponível em:

<https://www.ibdfam.org.br/artigos/1292/De+devolu%C3%A7%C3%A3o+para+reabandono%3A+a+crian%C3%A7a+como+sujeito+de+direitos>. Acesso em: 01 de nov. de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO. Manual para formação de instrutores do curso preparatório para pretendentes à adoção. CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA. Disponível em:

<https://corregedoria.tjmt.jus.br/arquivo/2aff0dbd-3299-431c-8681-762b668215c4/manual-de-formacao-de-instrutores-para-o-curso-preparatorio-para-pretendentes-a-adocao-pdf>. Acesso em 07 de abr. de 2021

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. O STJ e a união homoafetiva: da “sociedade de fato” à família conjugal. Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Guanambi, v. 7, n. 01, e294, jan./jun. 2020. Disponível em:

<http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/294/173>.

Acesso em 07 de abril de 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: família. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

Autoras:

Maria Luisa Prates Donato: Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário FG - UNIFG.

Grazielle Lopes Santos Maia: Advogada e Psicóloga – Mestre em Ciências Criminológico-Forense pela UCES.

VOLUME 1

**ESTUDOS AVANÇADOS EM
CIÊNCIAS
JURÍDICAS**

Dr. ROBSON ANTONIO TAVARES COSTA
Msc. RENATO TAVARES RANGEL
Organizadores

APRESENTAÇÃO

Prezados(as) leitores(as),

É com muita satisfação que apresentamos o primeiro volume da Coleção intitulada "ESTUDOS AVANÇADOS EM CIÊNCIAS JURÍDICAS", que reúne em seus 10 capítulos pesquisadores de diversas instituições com discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade. Tal obra visa dar publicidade a estudos e pesquisas frutos de árduos trabalhos acadêmicos que decerto contribuem, cada um a seu modo, para o aprofundamento de discussões na área do Direito Brasileiro, pois são pesquisas germinadas, frutificadas e colhidas de temas atuais que estão sendo debatidos nas principais universidades nacionais e que refletem o interesse de pesquisadores no desenvolvimento social e científico que possam impactar positivamente a qualidade de vida de homens e de mulheres. A coletânea enfoca em seus capítulos, estudos que envolvem a prática jurídica, a doutrina jurídica e também jurisprudências atuais emitidas pelo poder judiciário sob a visão e entendimento dos autores e traz ricas contribuições para públicos diversos, entre eles, estudantes de graduação, de pós-graduação e profissionais que atuam ou pretendem atuar nos diversos âmbitos do direito bem como para a sociedade como um todo. Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados, esperamos que os textos publicados contribuam para a formação intelectual e a reflexão crítica dos alunos, professores e demais leitores. Desejamos ressaltar, em nome de todos que compõem a Editora Enterprising, a nossa gratidão para com os pesquisadores cujos trabalhos aparecem aqui reunidos, que diante da dedicação, temos a oportunidade de nos debruçar acerca de assuntos atuais e pertinentes.

Sejam bem-vindos e tenham proveitosas leituras!

Equipe Editora Enterprising.



Editora Enterprising

www.editoraenterprising.net

E-mail: contacto@editoraenterprising.net

Tel. BR: (96) 981146835

CNPJ: 40.035.746/0001-55

ISBN 978-65-994826-5-6



9 786599 482656 >