

Ano 11, Nº1, Jan./Jun. 2020.

ISSN 2318-6879

REVISTA

DIREITO e SOCIEDADE

REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS

UMA PUBLICAÇÃO FUNDADAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS, FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS, CURSO DE DIREITO, ANO 11, Nº 1.

**Direitos Humanos,
Estado e
Políticas Públicas.**


Fema
Faculdades Integradas
Machado de Assis

CORPO EDITORIAL

COMISSÃO EDITORIAL

Prof.^a Dr.^a Bianca Tams Diehl
FEMA
Prof.^a Me. Mariel da Silva Haubert
FEMA
Prof.^a Me. Ana Paula Cacenote
FEMA
Prof.^a Dr.^a Marli Marlene Moraes da Costa
FEMA/UNISC
Prof.^a Dr.^a Sinara Camera
FEMA

CONSELHO CONSULTIVO

Prof. Dr. João Martins Bertaso
URI (Santo Ângelo)
Prof. Dr. Mauro Gaglietti
IMED/URI (Santo Ângelo)
Prof. Dr. Ricardo Hermany
UNISC
Prof.^a Dr.^a Ivete Simionatto
UFSC
Prof.^a Dr.^a Jânia Maria Lopes Saldanha
UFSM/UNISINOS
Prof.^a Dr.^a Taciana Camera Segat
UFSM
Prof.^a Dr.^a Tatiana Bolivar Lebedeff
UFPEL

COORDENAÇÃO

Prof.^a Dr.^a Bianca Tams Diehl
Coordenadora do Curso de Direito
Prof.^a Me. Mariel da Silva Haubert
Coordenadora do Núcleo de Pesquisa,
Pós-Graduação e Extensão - NPPGE

ARTE E DIAGRAMAÇÃO

Assessoria de Imprensa/FEMA

EDITORIAÇÃO

Prof.^a Me. Mariel da Silva Haubert

APOIO TÉCNICO

Prof.^a Me. Ana Paula Cacenote

CAPA

Rafaeli Capeletti

R454 Revista Direito e Sociedade: reflexões
Contemporâneas/Faculdades Integradas
Machado de Assis - Santa Rosa, Ano 11, Nº 1, Jan./Jun. 2020.

I ISSN 2318-6879
Publicação Semestral

1. Direito 2. Sociedade 3. Artigos Acadêmicos
I. Faculdades Integradas Machado de Assis

CDU: 34(05)

**Publicação Oficial das Faculdades Integradas
Machado de Assis**

Curso de Direito
Rua Santa Rosa, 902, Centro, Santa Rosa, Rio
Grande do Sul, Brasil.
CEP: 98900-000
Telefone/Fax: (55) 3511 9100
Homepage: www.fema.com.br

Endereço para o envio de trabalhos

revistadireitoesociedade@fema.com.br
Publicação Semestral. Todos os direitos reservados.
A produção ou tradução de qualquer parte desta
publicação somente será permitida após a prévia
permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos
assinados são de responsabilidade de seus autores.
As matérias desta revista podem ser livremente
transcritas, desde que citada a fonte.

SUMÁRIO

EDITORIAL.....04

A (IM)POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA E SOBRE O ALCANCE DA VERDADE REAL.....06

Ricardo Feltrin da Costa
Rafael Lago Salapata

O ABANDONO AFETIVO DOS PAIS E A POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO POR DANO MORAL.....22

Carolina Block
Rosmeri Radke

DIREITOS SOCIAIS, COOPERAÇÃO E SOCIEDADES PROPOSITIVAS – UM (RE)COMEÇO.....47

Roberto Laux Junior

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES: UM OLHAR PARA AS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA.....69

Bruna Neves Giordani
Bianca Tams Diehl

UMA BREVE ANÁLISE DA OBRA “AS BRUXAS DE SALEM DE ARTHUR MILLER”89

Júlia Vier Ramos
Mariel da Silva Haubert

EDITORIAL

A Revista Eletrônica *DIREITO E SOCIEDADE: reflexões contemporâneas*, do Curso de Direito, das Faculdades Integradas Machado de Assis, destaca temas referentes aos *Direitos Humanos, Estado e Políticas Públicas*, com o objetivo de refletir sobre assuntos relevantes aos docentes e discentes especificamente do Ensino Superior e da Pós-Graduação. Os artigos selecionados conferenciam conhecimentos acerca do espaço educacional, jurídico, político e sociocultural pertinentes as temáticas discutidas na sociedade contemporânea.

O primeiro artigo tem por título *A (Im)possibilidade de Admissão de Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro: uma análise principiológica e sobre o alcance da verdade real*, escrito por Ricardo Feltrin da Costa e Rafael Lago Salapata. Este artigo trata da possibilidade ou não de admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro, com base nos princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade, e também de uma análise principiológica acerca deste tema.

O segundo artigo intitula-se *O Abandono Afetivo dos Pais e a Possibilidade da Reparação por Dano Moral*. As autoras Carolina Block e Rosmeri Radke buscam apresentar uma discussão acerca do abandono afetivo e da possibilidade de reparação por danos morais aos filhos, pelo abalo psicológico sofrido em virtude da conduta dos pais. Delimita-se o tema no sentido de buscar compreender de forma mais detalhada o que é o abandono afetivo e suas possíveis consequências, com enfoque para a possibilidade de reparação civil, tomando por base o que prevê o ordenamento jurídico brasileiro, e o posicionamento adotado pelos tribunais.

Na sequência, apresenta-se o artigo *Direitos Sociais, Cooperação e Sociedades Propositivas – um (re)começo* escrito por Roberto Laux Junior. O presente estudo tem por objetivo problematizar o cenário jurídico de concretização de direitos sociais coletivos, como a saúde e a educação, em uma realidade nacional com sérias carências de desenvolvimento humano, e cuja Constituição Federal estabelece essas promoções como objetivos fundamentais da República.

O quarto artigo intitulado *Violência Doméstica e Familiar Contra as Mulheres: um olhar para as medidas protetivas da Lei Maria da Penha* de Bruna Neves Giordani e Bianca Tams Diehl versa sobre violência doméstica e familiar contra as mulheres. Sua delimitação temática está voltada à análise da eficácia das medidas protetivas da Lei Federal nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, por meio de dados de órgãos públicos do Estado do Rio Grande do Sul.

Como último texto, apresenta-se uma resenha intitulada *Uma Breve Análise da Obra As Bruxas de Salem* de Arthur Miller, escrita por Júlia Vier Ramos e Mariel da Silva Haubert. A presente resenha busca analisar a peça *As Bruxas de Salem* de Arthur Miller a partir de perspectivas jurídicas que evidenciam a problemática da questão processual retratada na obra (inexistência de garantias processuais, processo penal inquisitório, contaminação do julgador pela opinião pública, julgamento injusto, utilização do processo como forma de vingança, confissões forçadas e testemunhos suspeitos), bem como estabelecer uma crítica a situações de perseguição àqueles que discordavam ou agiam de maneira distinta aos ideais puritanos que dominavam as colônias inglesas na época.

Desse modo, a Comissão Editorial da Revista Eletrônica *DIREITO E SOCIEDADE: reflexões contemporâneas*, do Curso de Direito, das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA, sente-se agraciada pela qualidade dos artigos que compõem esta revista, oportunizando ao leitor o diálogo de qualidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Prof.^a Me. Mariel da Silva Haubert

Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão –
NPPGE/FEMA Membro da Comissão Editorial da Revista Direito e Sociedade

A (IM)POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA E SOBRE O ALCANCE DA VERDADE REAL

Ricardo Feltrin da Costa¹
Rafael Lago Salapata²

RESUMO

O presente artigo baseia-se no estudo das provas ilícitas e na possibilidade ou não de sua admissão no processo penal brasileiro, a partir de uma análise principiológica e do alcance da verdade real. Delimita-se esta pesquisa à discussão sobre a possibilidade ou não de admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro, com base nos princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade, e também de uma análise principiológica acerca deste tema. Sempre foi vedada a admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro. Porém, com a evolução do Direito, discussões contrárias a isso foram cada vez se tornando mais presentes. Nesse contexto, a pergunta problematizadora da presente pesquisa questiona se é possível ou não o emprego da prova ilícita, em especial, à luz dos princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade e de uma análise principiológica acerca disto. O artigo pretende demonstrar que o postulado constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluto, assim como nenhuma norma do ordenamento jurídico. Quer-se, assim, como objetivo principal dessa abordagem, evidenciar a possibilidade ou não de se admitir as provas ilícitas no processo penal brasileiro a partir de uma análise que privilegie o conteúdo jurídico dos princípios constitucionais da verdade real e proporcionalidade, e análise principiológica disto. Assevera-se que, tradicionalmente, se apregoa no meio jurídico o total descarte da possibilidade do uso dessas provas. Porém, no Direito, nada pode ser considerado absoluto, pois está sempre em evolução e autoconstrução, também para a possibilidade de aceitação destas.

Palavras-chave: Provas Ilícitas – Admissão – Processo Penal.

RESUMEN

Este artículo se basa en el estudio de la prueba ilícita y la posibilidad o no de su admisión en el proceso penal brasileño, a partir de un análisis de principio y alcance de la verdad real. Esta investigación se limita a la discusión sobre la posibilidad o no de admitir pruebas ilícitas en el proceso penal brasileño, con

¹ Acadêmico do Curso de Direito. Faculdades Integradas Machado de Assis. FEMA. E-mail: ricardofeltrin@bol.com.br

² Orientador. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI - campus Santo Ângelo. Professor das Faculdades Integradas Machado de Assis. FEMA. E-mail: salapata.salapata@brturbo.com.br

base en los principios constitucionales de verdad real y proporcionalidad, y también de un análisis de principios sobre este tema. La admisión de pruebas ilícitas en los procesos penales brasileños siempre ha estado prohibida. Sin embargo, con la evolución del Derecho, las discusiones en contra de esto se han vuelto cada vez más presentes. En este contexto, la cuestión problematizadora de la presente investigación cuestiona si es posible o no utilizar pruebas ilícitas, especialmente a la luz de los principios constitucionales de verdad real y proporcionalidad y de un análisis de principios al respecto. El artículo pretende demostrar que el postulado constitucional de la inadmisibilidad de prueba ilícita no es absoluto, así como cualquier norma del ordenamiento jurídico. Así, el principal objetivo de este enfoque es resaltar la posibilidad o no de admitir pruebas ilícitas en el proceso penal brasileño a partir de un análisis que privilegia el contenido jurídico de los principios constitucionales de verdad real y proporcionalidad, y un análisis de principio de este. . Se afirma que, tradicionalmente, el descarte total de la posibilidad de utilizar tales pruebas se proclama tradicionalmente en el ámbito jurídico. Sin embargo, en derecho, nada puede considerarse absoluto, ya que siempre está en evolución y autoconstrucción, también por la posibilidad de aceptación de estos.

Palabras-clave: Prueba Ilícita - Admisión - Proceso Penal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo baseia-se no estudo das provas ilícitas e na possibilidade ou não de sua admissão no processo penal brasileiro, a partir de uma análise principiológica e do alcance da verdade real.

Delimita-se esta pesquisa à discussão constitucional, legal, doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade ou não de admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro, contextualizando-se as potenciais circunstâncias em que tal possibilidade se aplicaria, em especial num contexto de ponderação entre os princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade, e também uma análise principiológica acerca deste tema. Aspecto que delimita temporalmente a discussão à vigência da Constituição Federal de 1988, que instaurou um Estado Democrático de Direito no Ordenamento Jurídico brasileiro, tendo-se como enfoque o Direito Processual Penal constitucionalizado.

O cerne do Direito e do mundo jurídico está na busca por justiça. Por esse motivo, sempre foi vedada a admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro, tendo-se em vista que se estaria cometendo uma injustiça para a busca de outra, sob o risco do abuso do poder estatal em dar respostas condenatórias à sociedade. Porém, com a evolução do Direito, discussões

contrárias a isso foram cada vez se tornando mais presentes, a fim de demonstrar que sua admissão pode ser possível, com base em fundamentos que são fulcrais ao próprio Ordenamento.

Nesse contexto, a pergunta problematizadora do presente artigo questiona se é possível ou não o emprego da prova ilícita, em especial, à luz dos princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade e de uma análise principiológica acerca do tema. Dessa forma, apresentar o conceito básico de prova, demonstrando-se os fundamentos da vedação da prova ilícita, também fazer um cotejo do tema com os princípios da verdade real e da proporcionalidade. E por fim, investigar acerca de uma possibilidade de admissão de provas, na qual as provas ilícitas também poderiam ser utilizadas no processo penal, com base na aplicação da principiológica destacada.

O artigo pretende demonstrar que o postulado constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluto, assim como nenhuma norma do ordenamento jurídico, sobretudo se pensada como garantia fundamental contra abuso de poder “condenatório” do Estado. Analisando-se a legislação, doutrina e jurisprudência sobre o tema, é possível identificar-se que não há posição plenamente consolidada. Quer-se, assim, como objetivo principal dessa abordagem, evidenciar a possibilidade ou não de se admitir as provas ilícitas no processo penal brasileiro a partir de uma análise que privilegie o conteúdo jurídico dos princípios constitucionais da verdade real e proporcionalidade, e análise principiológica acerca do tema.

O tema abordado neste estudo foi escolhido por ser um assunto muito relevante do mundo jurídico na atualidade. Assevera-se que, tradicionalmente, se apregoa no meio jurídico o total descarte da possibilidade do uso dessas provas. Porém, no Direito, nada pode ser considerado absoluto, pois está sempre em evolução e autoconstrução. Assim, a discussão acerca de sua admissão vem ganhando força e muitas discussões acerca da admissão de provas ilícitas vêm sendo desenvolvidas, muitas vezes com argumentos sólidos.

A primeira parte analisa a prova como forma de alcance da verdade real no processo penal, com uma ampla pesquisa sobre a natureza da prova. Já a segunda trata da análise principiológica sobre a (im)possibilidade do emprego da prova ilícita no processo penal brasileiro com grande pesquisa sobre doutrinas e jurisprudências acerca disto.

1 A PROVA COMO FORMA DE ALCANCE DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL

A prova constitui um elemento fundamental no âmbito do processo judicial, sendo que é peça direta para o convencimento do juiz e da sociedade para com a lide. Esse convencimento pode resultar na absolvição ou condenação de um cidadão e trazendo danos irreparáveis para este.

Porém, como prevê a Constituição Federal em seu art. 5º, LVI, existe a limitação à liberdade probatória baseado no princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Provas ilícitas são aquelas que são obtidas com a violação de normas constitucionais ou legais. Estas devem invariavelmente desentranhadas do processo.

Porém, como em qualquer regra ou princípio no ordenamento jurídico, essa regra não é absoluta. Ao mesmo tempo que a Constituição Federal prevê o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, ela também elenca vários princípios de garantias individuais que acabam por colidirem em determinados casos

A Constituição Federal prevê expressamente a proibição da prova ilícita no processo penal, no rol de direitos e garantias individuais (art. 5º, LVI). Contudo, em determinadas situações, o Estado se depara com interesses antagônicos e conflitantes entre si. Dessa forma, verifica-se a importância do princípio da proporcionalidade, que se apresenta para indicar, no plano teórico, quais bens, sob quais formas de agressão e em que medida, merecem ser protegidos no caso concreto, aspectos que se pretende abordar nesse projeto.

A provas contidas nos autos do processo são os meios pelos quais o processo penal se desenrola. Sem estas, nada pode ser feito para a busca por justiça. Por este motivo, pode-se dizer que as provas são a “alma” do processo penal, uma vez que são a fonte basilar por onde todo o processo se estrutura. É a partir disso que se tem início toda a persecução penal, desde a sua fase inicial de investigação criminal, por onde as provas são produzidas, até a fase final de processo final, por onde as provas contidas nos autos têm seu uso efetivado.

A grande razão pela qual as provas serem o que existe de mais importante no processo penal é o fato pelo qual estes são os únicos efetivos meios para se

chegar à verdade real do processo. O princípio da verdade real é, talvez, o principal princípio do processo penal, pois se o objetivo central do direito é a busca por justiça, esta só pode ser alcançada através da verdade real dos acontecidos no acontecimento do crime. A única forma para se chegar à verdade real dos fatos é a prova, por este motivo, estes dois fatores estão intimamente correlacionados.

Prova é uma palavra que vem do latim probatio, proba, probare, que significa demonstrar, examinar, reconhecer, formar juízo de. Silva e De Plácido entendem-na como a denominação legal “[...] da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência do fato ou do ato demonstrado.” (SILVA, DE PLÁCIDO, 2003, p. 1125).

Provar é a demonstração ao juiz que um fato alegado é verdadeiro ou não. Nesse contexto, Nucci afirma que a prova tem três sentidos:

A) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. (NUCCI, 2019, p. 338).

Ou seja, prova significa o processo, elemento, meio ou instrumento pelo qual se pretende convencer ou demonstrar para o Juiz que um fato é verdadeiro ou não, dentro de um processo judicial. Elemento fundamental para a existência de processo penal.

Sobre o objeto da prova, Tourinho Filho afirma que “[...] todos os fatos sobre os quais versa a lide são objeto de prova [...] é o fato a ser provado.” (TOURINHO FILHO, 2017, p. 522). O objeto da prova para Aranha “[...] é o fato a ser demonstrado, isto é, todos os fatos sobre os quais versem a ação penal e devam ser verificados.” (ARANHA, 2008, p. 26).

Desta forma, pode-se afirmar que o objeto da prova são todos os fatos que devam ser demonstrados e provados dentro do processo.

A Persecução penal vem do latim “persecutio criminis” e significa o conjunto de atividades que o Estado desenvolve no sentido de tornar realizável a sua atividade repressiva em sede penal. No Brasil, é realizada pela

polícia judiciária e pelo Ministério Público, que oferece denúncia ao juiz, dando início à ação penal pública.

Esta, no procedimento criminal brasileiro se divide em duas fases. Primeiramente acontece a **investigação criminal**, que é o meio mais comum para a colheita de elementos de informações, conquanto não exclusivo, é o inquérito policial, onde ocorre a apuração de fato que configure infração penal e respectiva autoria, para servir de base à ação penal ou às providências cautelares. Segundo o art. 4º do CPP, cabe à polícia judiciária, exercida pelas autoridades policiais, a atividade destinada à apuração das infrações penais e da autoria por meio do inquérito policial, preliminar ou preparatório da ação penal.

Já, a segunda fase é o **processo penal**, ou fase processual, que é a ação penal em si após a investigação criminal ser concluída e enviada ao judiciário. A persecução penal é a soma investigação criminal prévia, com a ação penal posterior.

Quanto ao princípio da verdade real, este afirma que no processo penal, deve haver uma busca da verdadeira realidade dos fatos. No processo penal, a verdade real busca a apuração de fatos, que mais se correlacionam com algum ocorrido. Para a aplicação desse princípio, é necessário que se utilize todos os mecanismos de provas para a compilação idêntica dos fatos.

A busca da verdade real na persecução penal está em choque direto com o princípio da não admissão de provas ilícitas. Como já anteriormente dito, quanto mais provas estiverem disponíveis, mais próximo da verdade real e realidade dos fatos se estará.

A bem verdade é que, o princípio da verdade real e o da não admissão de provas ilícitas, são totalmente contraditórias entre si, tal qual os outros princípios também citados no título desta monografia. É justamente baseado nisso que este trabalho se baseia. No choque dos princípios constitucionais e na consequente possibilidade de admissão de provas ilícitas.

Provas ilícitas são as obtidas de modo ilegal. Por força da redação do art. 157, do CPP, estas devem ser prontamente excluídas do processo para a manutenção da harmonia jurídica.

O art. 157, caput, do CPP, prevê: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (BRASIL, 1941).

Gomes afirma que “[...] provas derivadas das provas ilícitas por força da teoria ou princípio dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) a prova derivada diretamente da prova ilícita, também se torna ilícita.” (GOMES, 2008, p. 38).

A doutrina dos “Frutos da Árvore Envenenada” tem sua origem nos tribunais dos Estados Unidos desde 1914, para os tribunais federais, e como imperativo constitucional, desde 1961, dentro da constituição americana.

A visão desta doutrina está baseada em que a aceitação das provas ilícitas no processo acabaria por estimular, e não reprimir as atividades ilícitas.

Assim sendo, a teoria dos frutos da árvore envenenada afirma que quando uma prova lícita é obtida através ilícita, contamina respectivamente com a ilicitude desta. Um exemplo disso, é uma escuta telefônica colocada sem autorização (prova ilícita) obtém informações para com as investigações de um crime. Essas informações são ilícitas por derivação.

A possibilidade ou não da utilização das provas ilícitas, que pela redação do CPP devem ser desentranhadas do processo devido à existência de vícios no momento de sua obtenção, vem sendo discutida.

A Constituição Federal ao mesmo tempo que prevê o princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo (art. 5º, LVI), também elenca vários princípios e garantias individuais que acabam por colidirem.

É nesse contexto que nasce a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, associada à teoria da ponderação de princípios, para que seja feita uma análise do caso concreto e identificar qual o princípio mais importante e sobrepô-lo sobre os outros.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, existindo conflito entre valores fundamentais, serão eles sopesados para verificar qual deverá preponderar no caso concreto.

O princípio da proporcionalidade é constituído por três elementos que devem ser analisados pelo juiz no momento de sua aplicação: adequação, necessidade e proporcionalidade. Assim se tem o mecanismo para ponderar direitos, valores e interesses quando estes estão em colisão.

Apesar de grande resistência por partes de muitos juristas, a admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro através do princípio da proporcionalidade, vem sendo cada vez mais aceita por doutrinadores e pela jurisprudência. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro pode ser relativizada com base em uma interpretação de prevalência de princípios. O princípio da proporcionalidade pode fazer com que outros princípios constitucionais e processuais penais prevaleçam sobre o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito. A análise do caso por parte do juiz pode resultar na absolvição de um réu inocente, mesmo que pelo uso de material ilícito, através do princípio da proporcionalidade, conforme tentar-se-á demonstrar no decorrer da pesquisa, caso a fundamentação teórica correspondente efetivamente lhe dê guarida.

2 ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO EMPREGO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A Constituição federal de 1988 incluiu o artigo 5º, LVI, que define a inadmissibilidade do uso de provas obtidas por meios ilícitos, em seu novo sistema constitucionalista. Sua antiga posição jurisprudencial adotava o sistema legalista, onde a prova a prova ilícita ainda era aceita.

Luiz Flavio Gomes explica que a originalmente chamada “Exclusionary Rule” consiste no desentranhamento da prova considerada ilícita dos autos do processo. Tudo isso pois a prova ilícita macula princípios constitucionais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O sistema constitucional brasileiro se direcionou para esse caminho com base original no direito norte-americano. Dessa forma, a prova obtida ilicitamente (illegally obtained evidence), havendo manifestação do interessado (motion do suppress), deve ser desentrenhada dos autos, por conta da regra de exclusão (exclusionary rule)

O juiz que ter acesso às provas obtidas ilicitamente não poderá julgar a causa, para que não existam dúvidas em relação à fundamentação utilizada pelo juiz no momento de proferir a sentença. O desentranhamento da prova obtida ilicitamente dos autos do processo é o que previne alguma influência indesejável

que poderia ocasionar se referida prova continuasse presente nos autos do processo.

A “regra de exclusão”, ou “exclusionary rule”, como anteriormente citado, tem origem no direito norte-americano. Esta, por definição, é segundo o dicionário “Black’s Law”, qualquer regra que exclua ou suprima qualquer elemento de prova. Sua origem vem do direito norte-americano, onde se fixou pela interpretação da Quarta Emenda da Constituição daquele país (1791), e foi imposta em toda nação no caso Mapp VS Ohio (1961), onde se definiu que o material probatório obtido por meios à violação à Constituição é desde então inadmissível em qualquer tribunal.

Porém, sua primeira aparição de fato ocorreu muito antes de sua de fato consolidação, no caso Boyd VS United States, e no caso Weeks VS United States (1914). Esta acarretou no surgimento de jurisprudência sobre o tema de exclusão de elementos de prova colhidos com violação constitucional. Existe nesse contexto direta ligação com a doutrina da “teoria dos frutos da árvore proibida”.

A ilicitude por derivação é a questão chave para a discussão sobre a vedação do uso de provas ilícitas no processo penal e sua recepção do sistema penal brasileiro. Esta vem da chamada “Teoria dos Frutos da Árvore envenenada”, e tem origem no sistema jurídico norte-americano, sistema pelo qual o Brasil adotou em seu sistema processual penal.

Para esta teoria, a prova ilícita é um fruto oriundo de uma árvore envenenada, que está envenenada por possuir um vício (a ilicitude probatória). Desta forma, esse fruto envenenado vem a contaminar todos os outros frutos, mesmo que estes não possuam nenhum vício, e tenham sido obtidos legalmente. Aceitando-se uma prova ilícita para a elucidação de um crime, se estaria cometendo outro, e esta é a questão fundamental da teoria dos frutos da árvore envenenada e do porque desta ser a aceita e adotada também no sistema penal brasileiro.

Porém, a contaminação por derivação vem recebendo cada vez mais relativizações e exceções. Doutrinas e jurisprudências vêm por cada vez mais abrir exceções quanto á ilicitude por derivação e a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Como visto anteriormente, os princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade vem servindo de base para cada vez mais se contestar a inadmissibilidade do uso de provas ilícitas no processo penal brasileiro. Além destas, existem também a Teoria da Descoberta Inevitável e a Prova Ilícita *pro reo*. Como já visto os princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade anteriormente no capítulo passado, será agora abordado as teorias da descoberta inevitável e da prova ilícita *pro reo*.

Existe a descoberta inevitável quando a prova, derivada de uma prova obtida de forma ilícita, seria alcançada mesmo que a prova ilícita não existisse. O desenrolar da investigação criminal acabará em sua descoberta de qualquer forma. Porém, no Brasil são raras as decisões que acolhem essa teoria, e quando o faz, dá-se a denominação de teoria de não exclusividade.

Já falando-se da prova ilícita *pro reo*, diante de uma prova ilícita capaz de demonstrar a inocência de um acusado não restam dúvidas acerca de sua admissibilidade. Dentro de um contexto de Estado Social e Democrático de Direito, é inaceitável sacrificar a verdade para condenar um inocente com base em formalidades. Tal hipótese diz respeito à admissibilidade da prova não em favor da sociedade, mas em benefício do próprio réu.

Como já explicado neste artigo, o processo penal brasileiro adota a vedação do uso de provas obtidos por meio ilícito. Toda a prova originada dessa maneira deve ser desentranhada dos autos do processo. Tudo isto está previsto no art. 5º. LVI, da Constituição Federal, e conseqüentemente no ar. 157 do CPP, e tem origem no direito processual penal americano e na teoria dos frutos da árvore envenenada.

Porém, como também já explicado neste trabalho, vem a cada vez mais crescer as relativizações acerca do tema, como a evolução natural do direito, sempre em evolução. Princípios constitucionais, doutrinas e jurisprudências do Brasil e do estrangeiro foram demonstradas para mostrar tal demonstração.

Neste segmento, será demonstrado a evolução da prova ilícita no processo penal brasileiro, através de suas duas leis mais recentes, e as relativizações desse sistema no Brasil acerca do tema. Será abordada a inclusão da lei n. 11.690/08. Depois, a inclusão da lei n. 13.964/19 e seu conseqüente adendo do § 5º ao art. 157 do CPP e jurisprudência sobre. Todos estes,

importantes passos dados pelo sistema processual penal brasileiro nesse sentido.

A Lei n. 11.690/08, trouxe importantes mudanças no tocante às provas do processo penal. Até aquele momento, o Código de Processo Penal previa no seu art. 157 somente que o juiz formaria sua convicção pela livre apreciação da prova.

A inovação trazida pela Lei não somente abarcou um conceito de prova ilícita, que era omissa no ordenamento jurídico brasileiro, como também firmou a presença da “teoria dos frutos da árvore envenenada”, a prova ilícita por derivação. Dessa forma, aderiu a duas exceções às provas ilícitas por derivação e a consequência jurídica a ser adotada no caso de inclusão de uma prova ilícita no processo.

O art. 157 do CPP, afirma que (Redação antiga, da época da promulgação da lei, antes da lei n. 13.964/19, e o adendo consequente do §5º):

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciando o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente da primeira.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto de prova.

§3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova considerada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultando às partes acompanhar o incidente

§4º (VETADO). (BRASIL, 2008).

Com a promulgação da Lei 11.690/08, finalmente ficou definido o conceito das “provas ilícitas”: “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” Também se sanou a dúvida quanto à consequência jurídica do elemento de prova eivado pela ilicitude e incluído no processo seu desentranhamento e inutilização.

Quanto as exceções às provas ilícitas por derivação anunciadas na Lei 11.690/08, essas são, na verdade, a quebra do nexo causal entre a prova ilícita originária e a prova “ilícita” dela derivada, tornando está livre de vícios da contaminação pela ilicitude inicial.

Esta monografia já demonstrou fundamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do afastamento da “teoria dos frutos da árvore envenenada”, as exceções acerca da prova ilícita por derivação.

Após isso, na constante evolução do tema no direito, pouco mais de uma década depois, veio a ser promulgada a lei n. 13.964/19, trazendo o adendo do §5º ao art. 157 do CPP. Este parágrafo se aderiu afirmando que:

§5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”

Este parágrafo reforçou a garantia contra o uso indevido de provas ilícitas, apesar de ir em direta contramão para com o tema desta monografia. Porém, este já foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com suspensão liminar por parte do STF, muito com base nas questões aqui abordadas. Foram as ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

A ADI 6.298/DF, do STF, com o relator Ministro Luiz Fux, contesta a lei n. 13.964/19, incluindo o §5º do art. 157 do CPP no contexto. Nesta, afirma-se que: “Os princípios da legalidade, do juiz natural e da razoabilidade restam violados pela proibição de o juiz que conheceu a prova declarada inadmissível proferir a sentença. A ausência de elementos claros e objetivos para a seleção do juiz sentenciante permite eventual manipulação da escolha do órgão julgador, conduzindo à inconstitucionalidade a técnica eleita legislativamente” Desta forma: “Medida cautelar concedida, para suspensão da eficácia do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal (Inconstitucionalidade material. (BRASIL, 2019).

Sobre o parágrafo em questão, se impugnou a alteração do juiz natural que conheceu de prova declarada inadmissível. O Presidente da Corte justificou o pedido de suspensão da norma de acordo com os seguintes termos:

De início, anoto que a norma em tela é extremamente vaga, gerando inúmeras dúvidas. O que significa “conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível”? Significa apenas travar contato com a prova ou pressupõe que o juiz necessariamente tenha emitido algum juízo de valor sobre o material probatório”? O juiz, após “conhecer” do conteúdo da prova, ainda poderá proferir decisões interlocutórias e presidir a instrução, ficando impedido apenas para a sentença, ou, ficará impedido desde logo? A ausência de clareza do preceito é também capaz de gerar situações inusitadas, imagine-se o juiz que, ao proferir a sentença, se depare com uma prova ilícita e a declare como tal. Nesse caso, ele interrompe a prolação da sentença e, em seguida, remete aos autos ao juiz que o substituirá? Imagine-se, agora, que a câmara de um tribunal decida anular um processo por ilicitude da prova e determine o retorno dos autos à origem. Nesse caso, a câmara ficará impedida de julgar nova apelação? A vagueza do preceito e as inúmeras dúvidas que ela suscita, por si sós, colocam em dúvida sua constitucionalidade. Uma das facetas do princípio da legalidade, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, é que as leis sejam editadas, tanto quando possível e adequado, com precisão, de modo

que sejam editadas, tanto quanto possível e adequado, com precisão, de modo que sejam aptas a efetivamente orientar a ação individual. Desse modo, promove-se previsibilidade e, conseqüentemente, segurança jurídica. Assim, a utilização de fórmulas legislativas excessivamente vagas viola a segurança jurídica e o princípio da legalidade.

[...]

O § 5º do art. 157 é também danoso ao princípio do juiz natural, por ser norma de competência que não fornece critérios claros e objetivos para sua aplicação. Como redigido, o preceito pode resultar na criação de situações em que a produção de prova eventualmente nula sirva como instrumento deletério de interferência na definição do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), abrindo brecha para a escolha do magistrado que examinará o processo crime, vulnerando-se, por via transversa, o postulado constitucional em questão. Com efeito, Gustavo Bardaró anota que existe o direito ao juiz certo, determinado segundo alguns critérios legais de competência, “que devem ser estabelecidos a partir de elementos claros e objetivos, que não permitam qualquer manipulação da individualização ou escolha do órgão que legitimamente irá julgar o processo”. (Juiz natural no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 157).

[...]

Por essas razões, neste juízo preliminar, próprio das medidas liminares, entendo ser o caso de suspensão do §5º do art. 157 do CPP, inserido pela Lei nº 13.964/2019. (BRASÍLIA, 2014).

Ao final da explanação, o presidente da corte de terminou a suspensão da eficácia do parágrafo em questão.

As leis apresentadas neste segmento mostram como o direito está em contínua evolução. Apesar das leis em questão irem ao encontro do desentranhamento das provas ilícitas do processo penal, já se foi apresentado nesta monografia diversas contestações desta. O fato do ADI 6.298/DF estar acontecendo em plena produção deste artigo, mostra como o tema é atual e importante. Por este motivo, logo talvez este artigo se torne até certo ponto, datada, porém a semente da importância do tema já foi inserida faz algum tempo.

CONCLUSÃO

Concluindo-se este artigo, devo dizer que a escolha deste tema, a possibilidade ou não do uso de provas ilícitas no Processo Penal brasileiro, foi fruto primeiramente ao contexto atual em que este assunto se apresenta. Também houve esta escolha referente ao fato desta questão me provocar pessoalmente inquietude frente aos fatos, e meu apreço e interesse ao tema abordado e ao direito penal. Como já dito anteriormente, o direito e o direito penal estão em constante evolução. A sumária e absoluta exclusão das provas

originárias de origem ilícita, soa um tanto quanto simplista para a resolução da questão.

Na primeira parte, foi abordada a prova como forma de alcance da verdade real no processo penal. Primeiramente neste, foi didaticamente explicado o conceito de prova, e a diferenciação com as provas obtidas por meios ilícitos. Após esta apresentação, houve a indicação sobre a possibilidade do uso das provas ilícitas, com base nos princípios constitucionais da verdade real e da proporcionalidade. Tais princípios entram em choque direto com a vedação sumária das provas ilícitas no Processo Penal, e foram-se apresentadas doutrinas e jurisprudências nacionais das mais diversas sobre isso no âmbito constitucional brasileiro. Já na segunda parte, foi feita uma análise principiológica sobre a possibilidade ou não do uso de provas ilícitas no Processo Penal. Nesta foi abordada as origens e desenvolvimento da Regra de Exclusão e da ilicitude por derivação, suas contestações e como inseriu-se tudo isto no Processo Penal brasileiro.

A pesquisa baseou-se na hipótese sobre a possibilidade ou não do uso de provas ilícitas no processo penal de nosso país. Tal pergunta central, após este amplo e detalhado estudo, mostrou-se respondida afirmativamente sobre esta possibilidade. Doutrinas e jurisprudências nacionais e internacionais das mais diversas no âmbito nacional e internacional, com fulcro em princípios da constituição brasileira e americana deram ainda mais suporte sobre o quão simplista e precipitadamente conclusiva, a vedação sumária das provas originárias de modos ilícitos é.

Por fim, como conclusão desta pesquisa, entende-se que a vedação total e súbita do uso de provas ilícitas no Processo Penal Brasileiro é de certa forma simples e definitiva demais para o dinamismo e evolução constante do direito e do direito penal. Conclui-se que a pura e sumária vedação não combina com a natureza e complexidade não só do direito e do direito penal, mas como também dos indivíduos, que no final das contas são os agentes por trás disto. A contribuição que este estudo fez foi que, feito todos estes estudos acerca do tema, é cedo e simples demais para acabar com tal discussão. Não aqui afirmando definitivamente que sim ou que não deve ser utilizada a prova ilícita no processo penal, mas sim, apenas contribuindo com a ideia de que esta possibilidade de uso é sim, viva.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**, 7. ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de out. de 1941.

_____. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto Lei 3.689**, de 03 de out. de 1941. Código de Processo Penal Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3.689.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. **ADI 6298**, 1º Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 22/01/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

CÂMARA, Priscila da Costa. **Provas Ilícitas**: a possibilidade de admissão no processo penal brasileiro. 2009. Dissertação de mestrado – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Florianópolis, 2009.

DE ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Provas Ilícitas e Proporcionalidade**: uma análise da colisão entre princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. 2006. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FICHMANN, Carolina. **Cidadania e Prova Ilícita pro Societate**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

FIDALGO GALLARDO, Carlos. **Las Pruebas** – Madrid, 2009. GOMES, Luiz Flávio, **A prova no processo penal** – comentários à Lei nº 11.690/2008. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Tendências Jurisprudenciais Penais. Prova Ilícita**: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule), nº 809, Ano 92 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO FLHO, Vicente, **Manual de Processo Penal**. Vicente Greco Filho. 11. ed., ampl. e atual – São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Manual de Processo Penal Constitucional**: pós reforma de 2008. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

STRECK, Lenio Luiz Streck. **Dicionário de Hermenêutica** – quarenta temas fundamentais de teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 6. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

TAKAYANAGI, Fabiano Yugi. **Críticas às Exceções Legais às Provas Ilícitas por Derivação no Processo Penal Brasileiro e Análise da Jurisprudência após a Reforma da lei 11.690/08**. 2014. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

O ABANDONO AFETIVO DOS PAIS E A POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO POR DANO MORAL

Carolina Block¹
Rosmeri Radke²

RESUMO

Este artigo tem por objetivo apresentar uma discussão acerca do abandono afetivo e da possibilidade de reparação por danos morais aos filhos, pelo abalo psicológico sofrido em virtude da conduta dos pais. Delimita-se o tema no sentido de buscar compreender de forma mais detalhada o que é o abandono afetivo e suas possíveis consequências, com enfoque para a possibilidade de reparação civil, tomando por base o que prevê o ordenamento jurídico brasileiro, e o posicionamento adotado pelos tribunais. Trata-se de um problema atual e latente, agravado por diversos fatores, dentre eles o crescente número de separações e divórcios. Nesse contexto surge a questão que motiva a pesquisa, qual seja, se um filho ressentido da ausência do afeto de um ou de ambos os genitores, a ponto de sofrer abalo psicológico, pode pleitear judicialmente a reparação civil por danos morais, em face dos pais, em virtude de tal conduta. Busca-se, de início, analisar o conceito e as particularidades do abandono afetivo e suas possíveis consequências, para posteriormente verificar a possibilidade de reparação civil, mediante indenização pecuniária. A pesquisa se justifica pela sua relevância no cenário familiar e social, bem como pela possibilidade de demonstrar possíveis soluções legais e judiciais que possam minimizar os efeitos de possível abalo psicológico.

Palavras-chave: Abandono Afetivo – Reparação Civil – Dano Moral.

ABSTRACT

This article aims to present a discussion about emotional abandonment and the possibility of reparation for moral damages to the children, for the psychological shock suffered due to the parents' conduct. The theme is delimited in the sense of seeking to understand in more detail what the emotional abandonment is and its possible consequences, focusing on the possibility of civil reparation, based on what the Brazilian legal system provides, and the position taken by courts. It is a current and latent problem, aggravated by several factors, including the growing number of separations and divorces. In this context, the question that motivates the research arises, that is, whether a child resentful of the absence of affection from one or both parents, to the point of suffering

¹ Acadêmica do Curso de Direito – 10º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. e-mail: carolblockweiss@gmail.com

² Graduada em Direito. Especialista em Novos Direitos na Sociedade Globalizada, Mestre em Docência Universitária, Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas da Fundação Educacional Machado de Assis - FEMa. e-mail: Rosmeri_cancian@hotmail.com

psychological damage, can sue for civil reparation for moral damages, in face of the parents, due to such conduct. Initially, the aim is to analyze the concept and particularities of emotional abandonment and its possible consequences, in order to later verify the possibility of civil reparation, through monetary compensation. The research is justified by its relevance in the familial and social scene, as well as by the possibility of demonstrating legal and judicial solutions that can minimize the effects of eventual psychological damage.

Keywords: Emotional Abandonment – Civil Reparation – Moral Damage.

INTRODUÇÃO

A família é base da formação e do caráter do ser humano. A Constituição Federal brasileira delega aos pais a responsabilidade de criação, educação, alimentação e proteção. Nesse contexto, o presente artigo tem como tema a análise acerca do abandono afetivo dos pais e a possibilidade da reparação civil por danos morais causados aos filhos.

Na atual conjuntura social, em que as relações entre os indivíduos estão mais frágeis e menos duradouras, verifica-se o crescimento do número de crianças e adolescentes que se ressentem do abandono afetivo dos pais. Tal fato pode ser comprovado através de consulta jurisprudencial, pelo crescente número de ações que chegam aos tribunais em busca de reparação civil.

O término da relação conjugal ou da união estável, seja pelo desgaste da relação ou conflitos, afeta sobremaneira os filhos gerados durante a relação, os quais, muitas vezes, acabam sentindo-se abandonados por um dos genitores, geralmente por aquele que se afasta do lar. Ainda que ele pague regularmente a pensão alimentícia, com a finalidade de suprir necessidades físicas, se não se fizer presente com certa regularidade na vida dos filhos, não conseguirá suprir suas necessidades emocionais de afeto e atenção.

Nesse contexto, o objetivo é buscar, na presente construção textual, informações que possam esclarecer a respeito da possível reparação de danos que o abandono afetivo causa na criança e no adolescente, através de indenização pecuniária, recurso que pode ser utilizado para custear o tratamento psicológico, já que não se podem reparar as consequências do dano na esfera subjetiva na qual se encontra o amor, o respeito e o afeto.

1 A FAMÍLIA, BREVE HISTÓRICO E SUA PROTEÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O conceito de família vem evoluindo ao longo do tempo. Abre-se espaço para o reconhecimento de novos modelos familiares que vão surgindo a partir da evolução da sociedade. O que se observa é a gradativa ampliação do conceito de família, de modo a se identificar como entidades familiares grupos que se unem de outras formas, que não necessariamente o matrimônio.

Para se compreender o sentido da família dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é importante analisar sua evolução histórica e legislativa, bem como suas inúmeras transformações até os dias atuais. O conceito de família passou por grandes mudanças no tocante ao seu alcance e delimitação.

Neste século XXI, a sociedade de mentalidade urbanizada, embora não necessariamente urbana, cada vez mais globalizada pelos meios de comunicação, pressupõe e define uma modalidade conceitual de família bastante distante daquela regulada pelo Código de 1916 e das civilizações do passado. Como uma entidade orgânica, a família deve ser examinada, primordialmente, sob o ponto de vista exclusivamente sociológico e afetivo, antes de o ser como fenômeno jurídico. No curso das primeiras civilizações de importância, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, retraindo-se hoje, fundamentalmente, para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar. (VENOSA, 2018, p. 3).

A palavra família surgiu na Roma Antiga. No latim, era conhecida como “*famulus*”, e tinha o significado de “[...] conjunto de empregados de um senhor.” (MIRANDA JUNIOR, 2009, p. 29). Ou seja, o grupo familiar era mais amplo que na atualidade. Em sua origem, entre os romanos, não se aplicava sequer ao casal de cônjuges e aos seus filhos, mas incluía escravos e todos que estivessem sob o poder do *pater*. “*Famulus*” significa escravo doméstico e família era o conjunto de escravos pertencentes ao mesmo homem (ENGELS, 2006).

Na era romana o elo que ligava a família era a religião doméstica, não se levando em conta a procriação e nem o laço afetivo. “Em Roma, a família conheceu diversas formas. Na época clássica, apresentava uma estrutura tipicamente patriarcal, detendo o *pater familiae* o controle total da entidade familiar enquanto vivesse.” (MALUF; MALUF, 2016, p 32).

A partir do Imperador Constantino, no século IV d. C, “[...] uma nova concepção de família penetrou na realidade romana – a concepção cristã –, que lhe conferiu um novo rosto: no lugar da grande família romana veio a família formada pelo casal e sua prole, cuja coesão se funda no sacramento do casamento.” (MALUF; MALUF, 2016, p 35).

Já na Idade Média, a família teve três tipos de influência. Quando Roma foi dominada pelos povos bárbaros, estes absorveram parcialmente o direito romano. Paralelamente, outro direito ganhou visibilidade e poder: o direito canônico. Esses três modelos (romano, bárbaro e canônico) e suas concepções distintas influenciaram diretamente o conceito de família (MALUF; MALUF, 2016).

O casamento no direito romano tinha as feições de um contrato. “Conviveram, portanto, três formas de matrimônio durante a Idade Média: o germânico, o romano e o eclesiástico, resultando, de suas influências recíprocas, no moderno regime matrimonial, regulado pelo direito canônico.” (MALUF; MALUF, 2016, p 36).

No final do século XIX, com o apogeu do Estado, este passou a regulamentar o casamento, levando-o à secularização e laicização. O casamento passou a ser definido como um contrato civil, passível de dissolução, através do divórcio (MALUF; MALUF, 2016).

A legalização do divórcio foi necessária a fim de garantir a liberdade de culto religioso, pois algumas religiões admitiam o divórcio, valorizando, assim, em primeiro plano, os interesses da sociedade e em seguida os insitos à família. (MALUF; MALUF, 2016, p 36).

No Brasil, “[...] o direito de família sofreu grande influência do direito romano e do cristianismo, notadamente de concepções da igreja católica.” (RAMOS, 2016, p. 32). O conceito de família, na época, estava vinculado aos núcleos gerados pelo casamento.

No plano legislativo, vigeram as Ordenações do Reino, e as Ordenações Filipinas serviram o direito civil até a entrada em vigor do Código Civil, em 1917, mas as instituições familiares foram alteradas inúmeras vezes por leis especiais, como a Lei de 6 de outubro de 1784, que disciplinava os esponsais; a Lei de 29 de outubro de 1775, que mitigou os costumes relativos ao consentimento paterno para a realização de casamento; a Lei de 9 de abril de 1772, que instituiu a

obrigatoriedade de prestação solidaria de alimentos entre parentes; o Decreto de 3 de novembro de 1827, que instituiu o casamento civil, pela primeira vez, em território nacional, destinado aos acatólicos; o Decreto de 2 de setembro de 1847, atinente aos direitos do filho natural; o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, que, sob a lavra de Rui Barbosa, introduziu o casamento civil. Nesse mesmo mês, tal como leciona San Tiago Dantas, surgiram atos que separaram a Igreja do Estado, revogando-se, assim, o decreto que, em 1827, adotara o direito canônico, aprovando a Constituição do Arcebispado da Bahia; uma vez celebrado o casamento pela autoridade civil, passa a admitir-se o desquite contencioso e por mutuo consentimento. O Decreto n. 521/1890 proíbe a celebração do casamento religioso antes do civil. (MALUF; MALUF, 2016, p. 37).

Quando entrou em vigor o Código Civil de 1916, o matrimônio era considerado o “[...] assento básico da família, de modo que o direito deveria ocupar-se basicamente das relações familiares que compreendiam o casamento e o pátrio poder.” (RAMOS, 2016, p. 32). O matrimônio, a esse tempo, era indissolúvel. A partir da Constituição Federal de 1934, a família, reconhecida como legítima, era constituída exclusivamente pelo casamento, entendimento que se manteve em diversas Constituições posteriores (1937, 1946, 1967). Com a Constituição Federal de 1988, rompeu-se tal concepção, ao se reconhecer como família a união estável entre um homem e uma mulher, além da comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988). “Com o decorrer dos anos, a família vem alcançando contornos ainda mais amplos, numa interpretação extensiva da Constituição Federal.” (RAMOS, 2016, p. 32).

A evolução do conceito de família caminhou a passos lentos, alguns decretos tratavam apenas da filiação, outros do casamento. Desde o Código Civil de 1916, até a Constituição Federal de 1988, ainda se mantiveram fortes traços do modelo da família patriarcal, baseada nos modelos familiares tradicionais da antiguidade.

Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antiguidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. Nosso Código Civil de 1916 foi fruto direto dessa época. Os filhos submetiam-se à autoridade paterna, como futuros continuadores da família, em uma situação muito próxima da família romana. (VENOSA, 2018, p. 16).

A Constituição Federal de 1988 foi o marco para a evolução dos direitos e garantias da família como um todo, pois novos modelos de família, gradativamente, passaram a ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A Carta Política de 1988 começou a desconstruir a ideologia da família patriarcal, edificada em uma família monogâmica, parental, centralizada na figura paterna e patrimonial e que reinou absoluta na sociedade brasileira, herdada dos patriarcas antigos e dos senhores medievais. A família do passado não tinha preocupações com o afeto e a felicidade das pessoas que formavam seu principal núcleo, pois eram os interesses de ordem econômica que gravitavam em torno daquelas instâncias de núcleos familiares construídos com suporte na aquisição de patrimônio. (MADALENO, 2017, p.2).

Descortinaram-se, a partir de então, novos caminhos, para que fosse possível reconhecer diversos modelos ou arranjos familiares, alargando o conceito de família, tornando-a “[...] pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.” (MADALENO, 2017, p. 18).

Ainda modernamente, há multiplicidade de conceitos da expressão ‘família’. Ora significa o conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes; ou nos arquivos, ou na memória dos estranhos, ora o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outra. (MIRANDA apud RIZZARDO, 2019, p. 10).

Em 2011, o conceito de família se ampliou ainda mais. Em virtude de dois julgamentos específicos, “[...] é permitido, no Brasil, o casamento entre indivíduos do mesmo sexo de forma direta, bastando o atendimento das formalidades inerentes ao procedimento de habilitação nupcial em cartório do registro civil.” (RIZZARDO, 2019, p. 11).

Importa consignar, ainda, a resolução 175 do CNJ que autorizou o casamento homoafetivo. A partir do reconhecimento das uniões homoafetivas, já não interessa se a formação familiar é “[...] heterossexual ou homossexual, a família continua representando um grupo social.” (BUENO, 1989, p. 288).

No Brasil, na atualidade, a família pode ser compreendida como um grupo de pessoas normalmente ligadas por relações de afeto ou parentesco. O modelo patriarcal foi preterido quando a sociedade começou a se organizar de forma mais democrática, a partir de um modelo igualitário, no qual a individualidade de seus membros passou a ser reconhecida, e suas necessidades passaram a ser consideradas.

É exatamente para atender a essas necessidades individuais dos integrantes da família, que a legislação passou a estabelecer deveres entre seus membros, como é o caso do dever do cuidado, de uns com os outros. O dever de cuidado é recíproco entre os integrantes da família, assim estabelecido pela legislação específica, ou seja, pelo direito de família, mas também aparece expressamente em legislação especial (Estatuto da Criança e Adolescente e Estatuto do Idoso), que protege aquelas pessoas consideradas vulneráveis, como é o caso das crianças, adolescentes e idosos. No presente estudo foca-se, de modo especial, nos direitos dos menores.

Os deveres e responsabilidades dos pais, para com seus filhos são amplos. Incluem garantir qualidade de vida e bem estar, transformando-os em adultos felizes, que foram amados na infância e tiveram a atenção e o cuidado dos seus pais ou responsáveis.

O Estatuto da Criança e Adolescente no seu artigo 22º ressalta que “[...] aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores”. (BRASIL, 1990). Assim, mesmo em uma situação em que os pais vivem em ambientes separados, exige-se daquele que não possui a guarda do filho, que cumpra com suas obrigações, entre elas, a convivência, o direito/dever de visitas e auxílio no seu melhor desenvolvimento.

Ao dever de cuidado atribui-se um importante valor jurídico, é uma obrigação legal, cujo objetivo é de proteção integral do menor. O cuidado apresenta-se como obrigação de assistência material, antes de ser afetivo. Essa obrigação importará em não colocar o filho em uma situação de vulnerabilidade, e sim educá-lo a salvo de toda a forma de negligência (JAIME, 2015).

De acordo com o art. 19º do ECA, é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (BRASIL, 1990).

As responsabilidades dos pais em relação aos seus filhos se iniciam com o nascimento, os genitores devem propiciar a criação com meios adequados e sadios para seu desenvolvimento. Nesse viés, os pais têm deveres que decorrem da legislação, sua obrigação legal e ética abrange o direito de impor regras, limites, assim como orientar os filhos sobre o certo e o errado. Todavia, educar e impor limites não pode importar em castigos ou agressões físicas ou verbais, tampouco em correção e disciplina que envolvam tratamento cruel ou degradante, é o que orienta o art. 18º do ECA:

A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, educa-los. (BRASIL, 1990).

O ideal é que a relação dos pais com seus filhos se pautem no cuidado e no carinho, que se inicia desde a concepção e cresce gradativamente durante a vida da criança, com respeito aos direitos e deveres de cada um dentro da relação parental. Lamentavelmente, a realidade diverge do ideal, e muitas crianças e adolescentes experimentam o abandono, material ou afetivo, quando não ambos, passando por sofrimento físico e/ou psicológico, cujas consequências se manifestam em marcas, mais ou menos profundas, que os acompanham e podem influenciar seus relacionamentos e sua conduta na vida adulta.

2 ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

A família é a primeira experiência de interação social do indivíduo, é no seio familiar que a criança se desenvolve, cria sua índole moral, é onde deve encontrar apoio, educação, sustento e guarda. O Estado, por sua vez, tem o dever de propiciar assistência à família, através de programas e mecanismos de proteção, além das garantias constitucionais à educação, à vida, à saúde, lazer, dentre outros.

Crianças e adolescentes são destinatários de proteção integral e absoluta considerando sua condição peculiar e vulnerável de desenvolvimento, a responsabilidade de efetivar esses direitos é conjunta, do Estado, da família e da sociedade, assim definiu o legislador no artigo 227º da CF:

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

O Código Civil de 2002, no artigo 1.566, inciso IV, ao referir os efeitos do casamento, prevê que “[...] compete aos pais ter os filhos menores em sua companhia e guarda.” O artigo 1632 alerta que “[...] a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos.” (BRASIL, 2002).

O Estatuto da Criança e do Adolescente também garante à criança e ao adolescente absoluta prioridade e proteção, conforme dispõe o art. 4º:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990).

O ECA está pautado nos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, “[...] visando conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais. (DINIZ, 2010, p. 65).

Tais princípios se relacionam diretamente com o princípio da afetividade. Nesse contexto, quando os pais não demonstram afetividade pelo filho, diz-se que ocorre o abandono afetivo, que pode provocar danos severos para o desenvolvimento psicológico, para a personalidade do ser em formação.

Em todas as fases da vida se faz importante a afetividade, a qual facilita a convivência, desarma os espíritos, torna agradável a companhia, elimina a agressividade e cria um constante ambiente de amizade. Na infância torna a criança dócil, lhe dá segurança, facilita a aprendizagem e imprime ao caráter sentimentos saudáveis. Na adolescência e

juventude, fortalece o espírito, afasta os atritos, e cria ambiente para despertar aos sentimentos do amor sadio, desprendido, compreensivo e respeitoso. Na vida adulta, acalenta as uniões, torna mais fortes os laços de amizade, conduz a tolerância, e fortalece nas adversidades, levando a não sucumbir. (RIZZARDO, 2009, p.691).

O primeiro laço de afeto que se presencia é, sem dúvida, com aqueles que o “colocam no mundo”, os pais ou eventuais substitutos. Quando estes não recebem o filho com essa disposição, com esse sentimento, quebra-se essa expectativa natural, gerando abalo psicológico, com extensão e consequências variadas.

A afetividade passou a ganhar maior importância nas relações familiares. Segundo Maluf, “A afetividade pode ser entendida como a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido. Pode também ser considerado o laço criado entre os homens, mesmo que sem características sexuais.” (MALUF; MALUF, 2016, p. 48).

Partindo desse conceito, e tendo em vista a importância da afetividade, tem-se que na pós-modernidade o afeto passou a ser considerado valor jurídico, uma vez que permeia diversas relações jurídicas, notadamente no campo do direito de família. Apresenta-se como um elemento fundamental nas interações familiares; no entanto, deixa de ser de interesse exclusivo para aqueles que o sentem a partir do momento que entra na seara jurídica, confirmando sua importância como relevante valor jurídico. (MALUF; MALUF, 2016, p. 48).

O afeto tem sido considerado mais importante que os laços sanguíneos. “A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação, de casamento e união estável e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto.” Ela deve ser “[...] a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana.” (MADALENO, 2017, p. 37).

Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a equivalência deles a partir da manifestação do STF no julgamento do RE 898.060-SC, com Repercussão Geral, sendo relator o Ministro Luiz Fux, e cujo voto veda qualquer forma de hierarquização entre as espécies de filiação, admitindo, portanto, a multiplicidade dos vínculos parentais, qual seja, o reconhecimento concomitante de mais de um laço de parentesco, inserindo no sistema jurídico brasileiro a pluriparentalidade [...]. (MADALENO, 2017, p. 37).

Conforme Giselle Câmara Groeninga: “O amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável”. Deduz-se daí a dificuldade de desenvolvimento saudável do indivíduo “[...] que não pôde merecer o afeto de seus pais, ou de sua família e muito mais grave se não recebeu o afeto de ninguém.” (GOENINGA apud MADALENO, 2017, p. 37).

Maiores provas da importância do afeto nas relações humanas estão na igualdade da filiação (CC, art. 1.596), na maternidade e paternidade socioafetiva e nos vínculos de adoção, como consagra esse valor supremo ao admitir outra origem de filiação distinta da consanguínea (CC, art. 1.593), ou ainda por meio da inseminação artificial heteróloga (CC, art. 1.597, inc. V); na comunhão plena de vida, só viável enquanto presente o afeto, ao lado da solidariedade, valores fundantes cuja soma consolida a unidade familiar, base da sociedade a merecer prioritária proteção constitucional. (MADALENO, 2017, p. 37).

Percebe-se que o afeto tem se tornado cada vez mais aceito e abraçado pelo ordenamento jurídico, e da mesma forma pela sociedade, priorizando a qualidade de vida e bem estar dos indivíduos, e de modo especial de crianças e adolescentes. O mais importante são os laços criados a partir da relação familiar, independentemente de quem a constitua, pois nem sempre os vínculos biológicos são considerados essenciais para a formação de uma família.

Através do afeto é que se mantêm os laços familiares e as relações interpessoais, movidas pelo sentimento e pelo amor. Isso dá sentido e dignidade à existência humana. Segundo Madaleno “[...] o afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos.” (MADALENO, 2017, p. 95).

Segundo o autor Paulo Luiz Netto Lobo, “[...] o afeto conquistado ao longo de uma relação contribui no emocional de cada pessoa, e cada um necessita de apoio mútuo, para a formação da sua personalidade perante a sociedade e o convívio familiar.” (LOBO, 2009, p. 57).

Os laços consanguíneos hoje não são tão importantes como no passado, eles perderam espaço para os laços afetivos. É possível afirmar que para o modelo atual de família, a afetividade é de fundamental importância nos mais diversos modelos familiares. Assim, em se tratando de avanços no campo do direito de família, observa-se que muito tem se falado sobre a afetividade, e, por

consequência, em indenização pelo abandono afetivo. O abandono afetivo se verifica quando a criança ou o adolescente não recebem a atenção e a proteção devida. Ele se caracteriza desde a omissão do cuidado, até a falta de assistência social, moral ou psicológica.

O não cumprimento dos encargos afetivos decorrentes do vínculo familiar pode ser dar por parte de um ou de ambos os pais, assim como pode ocorrer em relação a um ou a todos os filhos.

A violência praticada é completamente diferente, sendo duradoura, covarde e, sobretudo, silenciosa. O abandono afetivo é a morte em vida. As vítimas do abandono sofrem os mais graves danos psicológicos, e junto com elas as genitoras (ou os genitores) que vivem uma angústia diária, de nada poder fazer, pois a solução quase nunca está ao alcance deles. (BICCA, 2015, p.10).

De acordo com o autor, os danos do abandono afetivo estão ligados a dor psicológica, gerada pela violência permanente praticada pelos pais.

Entre os vários tipos de deformação da personalidade que podem surgir pela tentativa de sobreviver a essa posição, podemos mencionar, além da constituição de um conceito de si absolutamente negativo, ou em meio a ele: o desenvolvimento de comportamentos “criminosos” derivados de um sentimento profundo de culpa, em que violências são cometidas com o intuito de localizar ou circunscrever tais sentimentos, que o sujeito é incapaz de afastar de si próprio. (SCHOR, 2017, p. 162).

A partir da ruptura das relações pessoais entre pais e filhos, da falta de apoio, a criança ou adolescente pode desenvolver problemas comportamentais, assim como dificuldade nas suas relações sociais, criando sentimentos de abandono e desprezo. O dever de cuidar, de dar amor e afeto, se torna cada vez mais importante para o equilíbrio psíquico do indivíduo. No entanto, em uma realidade social em que os pais estão cada vez mais ausentes, isso nem sempre ocorre, seja pela necessidade de se lançarem, ambos, ao mercado de trabalho, para auferir os ganhos necessários ao sustento da família, ou até mesmo pela desídia de um ou de ambos.

Outro fator que parece agravar a situação de abandono afetivo é o rompimento, cada vez mais frequente, da relação entre os genitores, com o conseqüente afastamento de um deles do ambiente familiar. Esse afastamento, em princípio, não deveria ser causa de abandono afetivo, pois as obrigações

com relação aos filhos, mesmo estando os pais separados, se mantém. Na prática, no entanto, o fim da relação dos genitores gera consequências mais ou menos graves para o desenvolvimento dos filhos, conforme esses pais mantenham ou não o vínculo afetivo com a prole.

Todavia, é importante destacar que não é somente nesses casos que ocorre o abandono afetivo, pais que convivem diariamente, juntos, também muitas vezes deixam de dar a devida atenção aos filhos, negando-lhes assim o afeto.

O perfil do mau pai que comparece nas questões familiares se caracteriza pela indiferença à sorte do filho. Para esse tipo de genitor (mais genitor do que pai), ter perdido o convívio do filho em face da separação talvez represente muito mais um alívio do que um sofrimento, a julgar pela insensibilidade demonstrada nas questões em que são réus. Pouco lhes importa uma ampla ou restrita regulação de visita porque, na realidade, não vão exercê-la condignamente. (OLIVEIRA, 1997, p. 61).

De acordo com o autor, os pais acabam perdendo a convivência com o filho em razão da separação, e não discutem a visita periódica, porque, em alguns casos, se sentem até aliviados pela desobrigação em relação à criança. Rompem assim o vínculo afetivo, desconsideram suas obrigações, seu dever constitucional de dar aos filhos todos os meios para que possam evoluir e se desenvolver de forma saudável.

Esse dever vem estabelecido na Constituição Federal, no artigo 229º que dispõe: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” (BRASIL, 1988). Trata-se de uma responsabilidade recíproca: assim como os pais têm a responsabilidade sobre o menor, este terá a responsabilidade pelos pais na velhice.

Embora esse dever de cuidado faça parte do poder familiar, muitos pais, por ato voluntário, ou por outros motivos, deixam de conviver com seus filhos, e o dever de cuidado não é cumprido. Mesmo nos casos em que a guarda do menor é transferida para um cônjuge, o outro não pode se eximir das obrigações de pai, e o valor mensal estipulado como pensão nunca pode ter o objetivo de substituir a assistência afetiva do menor.

De acordo com o autor Madaleno, existe, pelo vínculo filial, “[...] o dever dos pais em darem assistência material e moral ao filho, independentemente de sua guarda, assim como o dever de assisti-lo, cria-lo, educá-lo e sustentá-lo.” (MADALENO, 2017, p. 386).

Essa obrigação importa também em não colocar o filho em uma situação de vulnerabilidade, e sim educá-lo a salvo de toda a forma de negligência. A falta de afeto da qual o filho se ressentido é certamente uma forma de negligência.

Portanto amor e afeto são direitos natos dos filhos, que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos dos seus pais, porquanto a falta deste contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis, e de resultados devastadores na autoestima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada. (MADALENO, 2017, p. 386).

A criança que cresce com o sentimento de abandono e de rejeição pode se tornar um adulto com problemas nas suas relações sociais e, em alguns casos, necessitar de tratamento psicológico. Nesse sentido, os pais devem ser responsabilizados para desestimular esse tipo de conduta e tentar minimizar os efeitos do abandono na infância.

Decretar apenas a perda do poder familiar a quem já abandonou o filho seria premiar o infrator. Daí a necessidade de se impor punições efetivas e severas, aptas a desestimular essa conduta reprovável. Deve-se concluir que o pai (ou a mãe) que abandona o filho não tem nenhuma intenção de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, ou seja, assistir, criar, educar, ou muito menos, tê-lo em sua companhia ou guarda (BICCA, 2015). O abandono afetivo dos pais pode decorrer de condutas ativas ou passivas, ou seja

[...] uma conduta ativa (abuso e violência explícitos) ou passiva (indiferença, cegueira, negligência), e em que pesem as significativas diferenças entre as modalidades de violência praticadas por essas importantes personagens das narrativas psicanalíticas, elas têm em comum o fato de terem, cada qual, submetido seus filhos a modalidades particulares de abandono, diferentes formas de um desamparo fundamental da criança em face de seu transbordamento pulsional, a qual se vê, então, confrontada à angústia terrível do contato com sua absoluta impotência em meio ao contexto traumático. (SCHOR, 2017, p. 156).

O que se responsabiliza, no caso de descumprimento dos deveres dos pais, não é a falta de amor, mas a falta de cuidado e convivência, isso se trata de um dever que independe do sentimento.

Nem sempre os pais exercem o dever de convivência para com os seus filhos, e, embora seja dito representem as visitas um direito-dever dos pais, elas se vinculam muito mais ao direito dos filhos do que dos pais, pois para o filho em formação é de extrema importância a coexistência sadia com seus genitores, mola mestra e propulsora da sua hígida formação moral e psíquica. (MADALENO, 2017, p. 386).

Diante dessas considerações a separação conjugal se torna uma das principais causas do distanciamento da presença afetiva, de negligência, sujeitando a criança situações de desamparo e impotência, pela sua condição de ser em desenvolvimento. A participação dos pais no processo de criação dos filhos acaba sendo deixada de lado, ou por vezes, acaba se tornando inexistente.

3 A (IM)POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM CASO DE ABANDONO AFETIVO

O presente tópico tem o escopo de analisar a possibilidade, ou não, de indenização por danos morais nos casos de abandono afetivo. Uma vez identificada a importância da afetividade na vida do indivíduo, especialmente do ser em formação, questiona-se se é possível ensejar a consequência jurídica da reparação e pleitear a responsabilização civil dos pais por abandono afetivo dos filhos.

De acordo com o autor Nader, “[...] o grau de compreensão da dignidade humana ampliou o âmbito de proteção da pessoa, tornando suscetível de reparações judiciais qualquer tipo de lesão, seja física, moral ou patrimonial.” (NADER, 2016, p. 327).

O Código Civil estabelece o dever de indenizar o dano causado por ato ilícito no artigo 927º: “Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2002).

Os pais que deixam de prestar assistência material ou de dar afeto aos filhos causam efetivos danos aos mesmos, seja para seu desenvolvimento físico

ou psíquico. Uma vez sendo os causadores do dano, nasceria para eles, conforme o artigo acima, o dever da reparação.

Cabe aqui destacar os pressupostos da responsabilização civil: a conduta humana, o nexo de causalidade o dano ou o prejuízo. Além disso, como regra geral o ato ilícito não se configura sem a culpa, ou seja, se necessita comprovar o dolo ou a culpa do causador do dano. A responsabilidade no campo do direito de família é subjetiva. Apenas quando a legislação prevê expressamente hipóteses de responsabilidade civil objetiva é que se pode prescindir do elemento culpa ou dolo para a devida responsabilização.

A reparação poderá ser material ou moral. De um lado existe a possibilidade de se pleitear indenização por dano moral, através de um valor pecuniário, cabível em situações em que, embora a recuperação emocional do filho não seja totalmente viável, é possível buscar acompanhamento e tratamento psicológico, cabendo ao infrator, nesses casos, compensar os abalos sofridos pela vítima. Essa indenização pode não resolver totalmente os traumas, mas é compensatória, e pode abrandar o sofrimento da vítima. Por outro lado, a reparação material se dá quando o genitor deixou de fornecer os recursos mínimos necessários à formação e evolução da criança ou adolescente. Ela tem o intuito de compelir o genitor a pagar despesas efetivamente realizadas para esse fim.

Os autores Gagliano e Pampolha Filho destacam que a responsabilidade civil possui três funções, quais sejam:

[...] compensatória do dano à vítima, punitiva do ofensor e a desmotivação social da conduta lesiva. A primeira função se traduz quando há a possibilidade de retornar ao que era antes, não sendo possível, impõe-se um valor pecuniário que se aproxime do ideal. Já a segunda função se impõe no sentido que a condenação sofrida acabe por gerar ao ofensor uma punição e esta função acaba por gerar a terceira, de conteúdo socioeducativo deixando o Estado claro à sociedade que condutas semelhantes não serão aceitas. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 869).

No caso do abandono afetivo e de conseqüente dano ao desenvolvimento psíquico do menor, é indicado que se busque possível reparação por meio de tratamento psicológico ou psiquiátrico, de modo a reestruturar o equilíbrio emocional da vítima. É possível, em tal situação, se imputar ao infrator o custeio do referido tratamento.

Parte da doutrina entende que não é possível obrigar ninguém a “amar”, o que é um fato. No entanto, isso não exclui o dever de cuidado e de convivência, já que tais deveres correspondem aos direitos do filho. Nesse sentido, é pertinente destacar decisão que abriu precedente no tocante à temática do abandono afetivo, o Recurso Especial nº 1159242 do STJ proferido em 2012:

Civil e Processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado –, importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL, 2012).

Embora a decisão acima tenha representado um importante passo para o reconhecimento da possibilidade de responsabilização dos genitores por abandono afetivo, o que se observou nos anos que se seguiram, foi um posicionamento mais prudente do referido órgão julgador com relação ao tema, conforme expressamente afirmado em novo julgamento, em 2015, no sentido de evitar “[...] que o poder judiciário seja transformado numa indústria indenizatória.” (BRASIL, 2015). No referido julgado se fez referência à necessidade da análise detalhada de cada caso concreto, e da importância de se realizar estudo psicossocial para estabelecer a existência do dano e o nexos causal entre a conduta do genitor e o comprovado dano:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC.

INOCORRÊNCIA. ALEGADA OCORRÊNCIA DO
 DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO. NÃO
 OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA
 CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO
 DANO DIRETO E IMEDIATO. PREQUESTIONAMENTO
 INEXISTENTE NO QUE TANGE AOS ACORDOS E CONVENÇÕES
 INTERNACIONAIS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS Nº. S 282 E 235 DO
 STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO.
 RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

[...] Considerando a complexidade dos temas que envolvem as relações familiares e que a configuração de dano moral em hipóteses de tal natureza é situação excepcionalíssima, que somente deve ser admitida em ocasião de efetivo excesso nas relações familiares, recomenda-se uma análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, principalmente no caso de alegação de abandono afetivo de filho, fazendo-se necessário examinar as circunstâncias do caso concreto, a fim de se verificar se houve a quebra do dever jurídico de convivência familiar, de modo a evitar que o poder judiciário seja transformado numa indústria indenizatória. 3. Para que se configure a responsabilidade civil, no caso, subjetiva, deve ficar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever jurídico de convivência com o filho (ato ilícito), o trauma psicológico sofrido (dano a personalidade), e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano, nos termos do art. 186 do cc/2002. Considerando a dificuldade de se visualizar a forma como se caracteriza o ato ilícito passível de indenização, notadamente na hipótese de abandono afetivo, todos os elementos devem estar claro e conectados. 4. Os elementos e as peculiaridades dos autos indicam que o tribunal a quo decidiu com prudência e razoabilidade quando adotou um critério para afastar a responsabilidade por abandono afetivo, qual seja, o de que o descumprimento do dever de cuidado somente ocorre se houver um descaso, uma rejeição ou um desprezo total pela pessoa da filha por parte do genitor, o que absolutamente não ocorreu. 5. A ausência do indispensável estudo psicossocial para se estabelecer não só a existência do dano mas a sua causa, dificulta, sobremaneira, a configuração do nexo causal. Este elemento da responsabilidade civil, no caso, não ficou configurado porque não houve comprovação de que a conduta atribuída ao recorrido foi a que necessariamente causou o alegado dano à recorrente. Adoção da teoria do dano direto e imediato. [...] Recurso Especial não provido. (BRASIL, 2015).

Portanto, no âmbito da jurisprudência, se verifica certo ceticismo, com numerosos julgados que afastam a indenização. Os tribunais tendem a admitir “[...] a possibilidade de dano afetivo suscetível de ser indenizado, desde que bem caracterizada violação aos deveres extrapatrimoniais integrantes do poder familiar, configurando traumas expressivos ou sofrimento intenso ao ofendido.” (SÃO PAULO, 2016).

Posicionamento idêntico pode se verificar nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que admite a possibilidade de indenização em casos bem especiais. A partir de pesquisa realizada no site do referido tribunal, em decisões proferidas de 2015 a 2019, utilizando-se como

variáveis de pesquisa as palavras “responsabilidade civil” e “abandono afetivo”, foi possível localizar um único caso em que se julgou procedente o pleito indenizatório. Trata-se da apelação cível de Nº 70061225074 julgada pela oitava câmara cível do TJ/RS:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. AÇÃO AJUIZADA POR INCAPAZ. SOLIDARIEDADE. Nos termos do artigo 198, inciso I, do Código Civil, não corre a prescrição contra incapaz. A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, de modo que o dever de indenizar pressupõe o ato ilícito e nexo de causalidade. Nesse passo, o absoluto e voluntário abandono material e afetivo da filha - portadora de deficiência mental - por ambos os genitores em instituições públicas por dezenove anos, além de ser relegada aos cuidados de terceiros por outros dezenove anos, constitui dano moral passível de indenização. A solidariedade, nos termos do art. 265 do Código Civil, "não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes". Apesar de ambos os genitores terem praticado o ato ilícito, cada qual deve responder pela sua atuação não podendo a falta de um ser imputada ao outro. Logo, as indenizações devem ser fixadas individualmente. AFASTARAM A PRESCRIÇÃO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO APELO. Referência legislativa: CC-198 INC-I CC-26. [sem grifo no original]. (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

O caso acima trata de uma ação de indenização por danos morais, caracterizados pelo abandono moral e afetivo, entendido como ato ilícito em razão do descumprimento das obrigações atinentes ao poder familiar. Nos autos, restou demonstrado, através da prova oral, que a omissão dos réus em dar à autora assistência moral, carinho, afeto e amor, é verdadeira (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Os genitores abandonaram, no sentido material e afetivo, a autora, portadora de deficiência mental, logo após o seu nascimento, em instituições públicas, pelo lapso temporal de 19 anos. Ou seja, restou evidenciada a prática de ato ilícito dos genitores no exercício do poder familiar, quando omitiram os cuidados básicos inerentes a guarda familiar, assim como a assistência moral em dar atenção e cuidados. Tais atitudes são juridicamente reprováveis e por si só ensejam a devida responsabilização (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

No julgamento, os desembargadores argumentaram que a atitude dos réus, que, desarrazoadamente, abandonaram à própria sorte uma filha pelo simples fato de ter nascido acometida de uma enfermidade mental, ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, não sendo um mero fato da vida, o

que por si só configurou a prática de ato ilícito passível de indenização por dano moral e material, visto que faltaram com os deveres imateriais para o desenvolvimento da filha (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Por outro lado, na maioria dos casos analisados, o referido tribunal entendeu pela improcedência do pedido indenizatório. É o caso, por exemplo, do acórdão proferido pela oitava câmara cível do TJ/RS, processo nº 70083226126, oriundo da comarca de Carazinho:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS CUMULADA COM INDENIZATÓRIA POR ABANDONO AFETIVO PELA AUSÊNCIA DO PAI. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCABIMENTO. I – No caso, a filha é maior, convive em união estável, e não comprova a necessidade de receber alimentos. II - O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos. **O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida. RECURSO DESPROVIDO.** [sem grifo no original]. (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Trata-se de um recurso de apelação interposto pela filha, nos autos de ação de alimentos cumulada com pedido de indenização por abandono afetivo, na qual requereu indenização em quantia não inferior a R\$ 50.000,00, e alimentos no valor correspondente a 01 salário mínimo, ajuizada em face do genitor (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

A parte autora alegou insuficiência de recursos para cursar ensino superior, e que não teria oportunidade similar aos outros filhos do genitor, aduziu ainda que lhe foi negado convívio e atenção, pois o pai sempre a tratou com desigualdade, sendo preterida em relação aos irmãos (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Destacou ainda que esse tratamento diferenciado lhe causou sentimento de diminuição, como desprezo e rejeição. A apelante, maior, capaz, mantém uma união estável e tem uma filha de 3 anos, o que afastou, inicialmente o pedido de alimentos (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

No caso dos autos, a autora não colacionou nenhuma prova da conduta ilícita do genitor que tenha dado causa a dano a ser reparado em favor da filha. Tampouco conseguiu demonstrar qualquer tipo de dano sofrido que extrapole o

mero desgaste familiar, tendo sido considerada insuficiente a prova oral produzida (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Os relatores entenderam, a partir das fotos juntadas à exordial pela própria demandante, que era prova suficientemente capaz de evidenciar que o pai visitava a filha, ainda que não na intensidade por ela desejada, o que corroborou para afastar o pedido de indenização por abandono afetivo, razão pela qual negaram, por unanimidade, provimento ao recurso (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Nessa mesma linha verificam-se inúmeras decisões do mesmo tribunal, a partir do que foi possível inferir que o direito de família e o direito civil estão intimamente ligados, se de um lado há a violação de um direito e a ocorrência de um ato ilícito pautado na seara civilista, de outro existe a presença da criança ou adolescente que têm proteção especial, tanto do Estatuto da Criança e do Adolescente, como do Direito de Família e da Constituição Federal.

A reparação de danos morais tem embasamento no descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, do dever de cuidado, guarda, sustento, dentre outros. No entanto, se por um lado existe a possibilidade da reparação, com embasamento legal, por outro, não são todas as pessoas que ingressam com a ação que têm sua pretensão atendida. O assunto é bastante controverso: enquanto o direito de família dá amparo à criança e ao adolescente, o direito civil exige a comprovação da culpa ou do dolo, além do nexos causal entre o dano e a conduta do ofensor, o que nem sempre é possível provar, pois trata-se de matéria de conteúdo predominantemente subjetivo, e não de coisas palpáveis, que possam ser facilmente comprovadas.

O tribunal tem entendido que a falta de afeto por si só não gera ato ilícito, visto que o judiciário não pode obrigar um pai ou uma mãe a amar o filho. Ainda que eles tenham a responsabilidade pelo vínculo parental em prover alimentação e educação, o amor deve ser genuíno, construído ao longo do tempo. O julgador tem o papel de analisar se houve negligência ou ausência no cumprimento do dever de genitor e provedor, e ainda que seja comprovada tal conduta, faz se necessário que ultrapasse o mero distanciamento entre pais e filhos, e que ofenda o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, em síntese, o posicionamento predominante do TJ/RS tem sido no sentido de não aferir monetariamente eventual dissabor causado por abandono

afetivo. Nos casos analisados, sempre se fez referência à prova e a extensão do dano ou prejuízo causado à personalidade do filho. Trata-se de prova difícil de constituir, uma vez que dor e sofrimento são sentimentos de foro íntimo, que nem sempre são perceptíveis ou passíveis de serem provados.

CONCLUSÃO

Os deveres e responsabilidades dos pais para com seus filhos são imensos, no sentido de garantir sua formação. Isso inclui assegurar a qualidade de vida das crianças ou adolescentes, através do dever de sustento, guarda e educação. Ao dever de cuidado atribui-se um importante valor jurídico, é uma obrigação legal, cujo objetivo é de proteção integral do menor. O cuidado apresenta-se como obrigação de assistência material, porém, a afetividade também tem um valor fundamental na vida humana.

Quando os pais não demonstram afetividade pelo filho, diz-se que ocorre o abandono afetivo, ocorrência que pode provocar danos severos ao desenvolvimento psicológico e à personalidade desse ser em formação. Quando os pais não recebem o filho com amor, quebra-se essa expectativa natural, gerando abalo psicológico, com extensão e consequências variadas.

O abandono afetivo ocorre quando crianças ou adolescentes não recebem carinho, atenção e proteção devidas. Pode se verificar na omissão do cuidado, na falta de assistência social, moral ou psicológica, que pode ser de um ou ambos os pais. Quando todas as possibilidades e probabilidades se esgotarem ao dever de cuidado, existe a possibilidade de responsabilização civil pelo dano moral causado ao filho, em face do evidente prejuízo à sua formação.

No entanto, obter decisão favorável ao pleito indenizatório por dano moral não é tarefa fácil, em virtude da dificuldade de se comprovar a existência de ato ilícito passível de indenização, exatamente pela dificuldade de se constituir provas dos alegados danos psicológicos. As vítimas frequentemente não conseguem comprovar o dano decorrente do abandono sofrido que extrapole o mero desgaste familiar, sendo insuficiente a prova oral produzida. E ainda que comprovado o dano, outra dificuldade é demonstrar seu nexo de causalidade com a conduta do genitor responsável pelo abandono.

O entendimento predominante é no sentido de que somente em situações especiais é possível condenar o genitor que abandona afetivamente o filho ao pagamento de indenização. O posicionamento é de que o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si só, situação capaz de gerar dano moral.

REFERÊNCIAS

BICCA, Charles. **Abandono Afetivo**: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos - Brasília, DF: OWL, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade Mecum. 19. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 06 set. 2020.

_____. STJ, **REsp 1.159.242/SP**, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/?ref=navbar>>. Acesso em: 06 set. 2020.

_____. STJ; **REsp 1.557.978**; Proc. 2015/0187900-4; DF; Terceira Turma; Rel. Min. Moura Ribeiro; DJE 17/11/2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/?ref=navbar>>. Acesso em: 06 set. 2020.

BUENO, Francisco Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 3. ed. São Paulo: Editora Lisa S.A, 1989.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva 2010. v.7.

ENGELS, Friedrich. **A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Centauro, 2006.

GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. v. único. São Paulo: Saraiva, 2017.

JAIME, Carla Custódio. **O Dever de Cuidado como Ensejador da Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo**. 2015. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/37233/o-dever-de-cuidado-como-ensejador-da-responsabilidade-civil-por-abandono-afetivo>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Socio Afetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental**. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. V. 5, Porto Alegre: Magister, 2009.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família** – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família** - 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA JUNIOR, Hélio Cardoso de. **O Psicanalista no Tribunal de Família: possibilidades e limites de um trabalho na instituição**. Tese apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Psicologia. 2009. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-27112009-111051/publico/teseHelioMirandaUSP.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2020.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Parte Geral** – vol. 1 / Paulo Nader – 10. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, Visitação e Busca e Apreensão de Filho**. Rio de Janeiro: Destaque, 1997.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e Guarda Compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. - . 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJ-RS. **Apelação Cível, Nº 70061225074**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em: 09-04-2015. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/buscasolr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJ-RS. **Apelação Cível, Nº 70083226126**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 28-11-2019. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 10 maio 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**– 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SÃO PAULO, TJSP, **Apelação n. 0006195-03.2014.8.26.0360**, Acórdão n. 9689092, Mococa, Décima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. J. B. Paula Lima, julgado em 09/08/2016, DJESP 02/09/2016. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 06 set. 2020.

SCHOR, Daniel. **Heranças Invisíveis do Abandono Afetivo**. 2017

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família** – 18. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

DIREITOS SOCIAIS, COOPERAÇÃO E SOCIEDADES PROPOSITIVAS – UM (RE)COMEÇO

Roberto Laux Junior¹

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo problematizar o cenário jurídico de concretização de direitos sociais coletivos, como a saúde e a educação, em uma realidade nacional com sérias carências de desenvolvimento humano, e cuja Constituição Federal estabelece essas promoções como objetivos fundamentais da República. Assim, revela-se uma desconexão entre as realidades jurídica e estrutural, situação que se agrava com a fragilidade das instituições políticas, entre elas o sistema de justiça, e, muito claramente, com a cultura do individualismo, a qual reduz a força de mobilização e produção de capital social. A crise histórica de 2020 apenas evidenciou, ainda mais, esse diagnóstico. A discussão proposta aborda, também, o problema da crise de confiança recíproca, que desemboca no sistema político, e a falta de permeabilidade e iniciativa para a realização dos direitos sociais por via de processos coletivos, com os mecanismos de legitimação atualmente presentes no ordenamento jurídico. Os dados levantados demonstram a insuficiência do modelo atual, e a necessidade de estímulo a um sistema propositivo de mobilização das sociedades em nível municipal, com possibilidade de atuação específica em caso de inércia ou insuficiência das políticas públicas determinadas pela Constituição. Entretanto, é fundamental que o Direito seja um meio idôneo de tráfego ágil e isonômico para essas iniciativas, que devem partir da própria comunidade mobilizada e propositiva. Com a convergência entre esses dois fatores, acredita-se possível o trânsito verdadeiro da proposta constitucional, em especial da redução de desigualdades, servindo, o ordenamento jurídico, como efetivo promovedor do acesso, universal e efetivo, aos direitos sociais coletivos.

Palavras-chave: Direitos Sociais Coletivos - Crise de Confiança - Sociedades Propositivas.

ABSTRACT

The present research aims to problematize the legal scenery of realization of collective social rights, such as health and education, in a national reality with serious human development deficiencies, and whose Federal Constitution establishes these promotions as fundamental objectives of the Republic. Then, a disconnect between the legal and structural realities is revealed, a situation that is aggravated by the fragility of political institutions, including the justice system, and, quite clearly, with the culture of individualism, which reduces the force of mobilization and production of social capital. The historic crisis of 2020 only further evidenced this diagnosis. The proposed discussion also addresses the

¹ Mestrando em Direito pela URI. Professor de Direito Civil da FEMA, Santa Rosa. Juiz de Direito.

problem of the reciprocal trust crisis, which leads to the political system, and the lack of permeability and initiative for the realization of social rights through collective or class actions, with the legitimation mechanisms currently present in the legal system. The data collected demonstrate the insufficiency of the current model, and the need to encourage a propositional system of mobilization of societies at the local community level, with the possibility of specific action in the event of inertia or insufficiency of public policies determined by the Constitution. However, it is essential that the Law is a suitable means of agile and isonomic traffic for these initiatives, which must come from the mobilized and purposeful community itself. With the convergence between these two factors, it is believed that the true transit of the constitutional proposal is possible, especially the reduction of inequalities, serving the legal system as an effective promoter of universal and effective access to collective social rights.

Keywords: Collective Social Rights - Crisis of Trust - Propositional Societies.

INTRODUÇÃO

A promessa constitucional brasileira da socialidade, feita em 1988, perdeu força, está ofegante, cambaleante, e sob o jugo da desconfiança, apresentando-se, hoje já, incrivelmente, como alguma teimosia contra majoritária.

Pode ser pessimismo, ou ousadia acadêmica, mas a perplexidade, neste estado de coisas, é inevitável, na medida em que, ao desapego entre o direito e os fluxos concretos da vida, a redução de desigualdades (fundamento republicano constitucional de 1988, art. 3º, III), no Brasil, liquefez-se. Cedeu espaço e foco, fissurando a desejável linha paralela entre a constitucionalidade e a realidade, e o estado de segmentação da sociedade, agudizado pelos discursos de ódio e pela desorientação individualista e fetichista das redes sociais, separa a tudo e a todos, e afasta-nos da possibilidade de reunião e reflexão sobre um objetivo comum. A histórica crise sanitária, econômica e social de 2020 acentuou ainda mais essa constatação, e transpareceu a fragilidade das instituições políticas brasileiras.

Os planos e metas, com escassas exceções, resumem-se a vidas em seu singelo universo solitário. O barco, que conseguimos construir com alguns restos de luta, como esta que se trava nos bancos acadêmicos, não tem itinerário, carta de navegação, nem timoneiro e, por isso mesmo, é levado pelas ondas, para lá e para cá. Os sonhos, ao lembrar o poeta, não se sonham mais juntos. Logo, estão mais longe de se tornarem realidade.

As identidades comunitárias, e a força de luta e de reconhecimento que se formava a partir delas, estão em processo de pasteurização, provocado pelo desestímulo, às vezes velado, às vezes explícito. Separar é a melhor forma de destruir. As causas são rasas e imediatas. Passeatas nas ruas, hoje, não são mais por conta de democracia ou direito de expressão e igualdade, com raras exceções. São por rejeição a projetos, são por ódio, são por desconfiança, e algumas vezes clamando por retrocessos, quando podem ver-se, aqui e ali, pedidos de intervenção militar, como é o caso dos movimentos que, supostamente, têm por causa o combate à corrupção. Mas a negação da Constituição não é uma forma de corrupção?

Contraditoriamente, o Direito só é na medida em que proporcionar expectativas concretas de normatividade. A negação da cooperação social para o alcance dos objetivos constitucionais é, pois, claramente, a negação do próprio sistema jurídico. Pior, é o resumo, de sua concretude, a um álibi teórico de justificação postergado, sem vias palpáveis de defesa. Uma dinâmica, portanto, de engessamento das estruturas de luta nas sociedades.

Não é essa a promessa constitucional. O imobilismo e o congelamento das possibilidades e aspirações, de grupos sociais que trafegam lateralmente nas perspectivas de acesso a direitos, atropela por inteiro a normatividade constitucional, relegando-a a um simbolismo retórico e imaginário, justamente porque ela serve, ao menos em nível teórico, para estabelecer mecanismos de vazão e transformação, no sentido de acesso a direitos, erradicação da pobreza e marginalização e redução de desigualdades.

Assim é que a Carta Republicana de 1988 tem um texto sistematicamente edificado sobre um plexo de direitos sociais, aos quais se atribuiu eficácia direta e mecanismos de defesa coletiva, como ocorre em poucas constituições contemporâneas. Assim são, por exemplo, os catálogos dos art. 6º e 7º, e os direitos à saúde (art. 196) e à educação (art. 205), para cuja tutela foram previstas formas de ações coletivas, com legitimidade, por exemplo, de Associações, do Ministério Público e da Defensoria Pública (arts. 129 e 134).

Entretanto, claramente, essas tutelas, conquanto dotadas de potencial de instrumentação (Leis nºs 7.347/1985 e 8.078/1990) não ganham tráfego nos Tribunais, por falta de iniciativa, por descrença, pelo desestímulo à busca coletiva de direitos, e pela resistência escancarada, por exemplo, da União, dos

Estados, e das concessionárias de serviços públicos, que estão muito mais preocupados com disputas de poder político e econômico, e temem a ameaça de intervenção judicial em suas decisões políticas, guiadas por objetivos divorciados da proposta da socialidade.

No mesmo sentido, no ambiente de debate democrático, em especial no Congresso Nacional e na chefia do Executivo Federal, a sabotagem é clara, como se pode verificar, por exemplo, no veto ao art. 333 do CPC, que previa um mecanismo eficaz de conversão de tutelas individuais em coletivas. As portas da justiça, assim, para os movimentos sociais, estão cerradas, e as frestas, poucas, e finas que se tentou abrir, são vedadas com cola durepox, quando se imagina algum “vazamento”.

Ou seja, o Poder Judiciário Brasileiro, como organização, é o espelho, o reflexo e o resultado de uma ideologia individualista e segmentária, porque as formas de tutelas coletivas, que pressupõem a cooperação e a comunhão, são tratadas como primos pobres no processo civil pátrio. E, nessa linha, ingressamos em uma região perigosa, consistente na dissolução e neutralização da capacidade de cooperação, e daí o estado de anomia (DURKHEIM, 2016), que consolida uma realidade de distopia entre o pacto social estabelecido e as verdadeiras vontades subjacentes que dominam o tecido social brasileiro. Ou seja, estamos negando, em face de arranjos desenvolvidos lateralmente à nossa vontade constitucional, os rumos de socialidade que afirmamos enquanto nação, e, pior, perdendo a força para buscar a reafirmação.

Mas onde, afinal, saímos do mar sistêmico, verde e vivo, da constituição e entramos em um rio barrento, poluído e estreito que não desemboca em lugar algum? Onde foi que chegamos em uma, aparentemente, irreversível mitigação de nossa possibilidade de erguer pontes para o tráfego da socialidade, e a realização coletiva de direitos prometidos aos vulneráveis da nação, que, por acaso, são pelo menos 80% de toda nossa população? E onde está, nesse emaranhado, o direito, o direito que temos e conseguimos, incapaz, por exemplo, de constranger, em larga escala, ao estabelecimento de políticas públicas eficazes, decorrentes de uma decisão racionalmente justificável de alocação de recursos públicos?

Pretende-se, aqui, apresentar algumas inquietações que decorrem da observação dos contornos das instituições jurídicas brasileiras, e da dissociação

entre elas e os movimentos de cunho social, capazes, em tese, de solidificar uma alteração de visão. Ou seja, examinar e apontar, em nível dialético, algumas das razões pelas quais estamos olhando para o coletivo, se é que ainda estamos, com olhos, míopes, do individual. As motivações subliminares ou explícitas que nos relegaram a uma vergonhosa selvageria institucional, uma atmosfera de desconfiança, o que induz a paralisação das mobilizações efetivas de caráter coletivo, e o emprego vigoroso de suas formas de tutela.

1 A DISFUNCIONALIDADE DA COOPERAÇÃO, A CRISE DE CONFIANÇA E OS OLHOS DO INDIVIDUAL

O estado moderno privilegiou, a partir do final do século XVIII, a liberdade, a qual se edificou entretanto, sobre um pressuposto de individualidade. O liberalismo, a propósito de impor limites gerais à atuação do estado, inclusive com as bandeiras, tipicamente liberais, dos direitos humanos, impôs uma tentativa de equilíbrio complexo entre as possibilidades de expansão da classe mercantil e a realização de direitos sociais dos vulneráveis. A evolução, apressada e soluçante, desse modelo, dois séculos após, em especial com a potencialização da revolução tecnológica do século XX, resultou, em nível mundial, em uma assustadora acentuação das desigualdades e da concentração de riquezas em mãos de um número cada vez menor de privilegiados.

Pensar, portanto, no mundo de nossos dias, em uma teoria de estado de direito, capaz de promover redução de desigualdades, ainda segundo esse paradigma, apresenta grandes problemas. E um deles é justamente o sufocamento do debate social e político sobre a efetividade de tratamento de demandas coletivas públicas, através de instâncias democráticas diretas da sociedade.

A ameaça do capitalismo globalizado, hoje e sempre, portanto, é justamente a de retenção e migração dos recursos necessários a uma redistribuição de realinhamento social. O debate político nacional, assim, transmutou o foco institucional para questões de cunho individual, como a disputa de espaços de poder, e a prevalência das questões partidárias.

A teoria econômica, que vem colonizando o direito, por mais evoluída, não apresentou soluções, justamente porque está atrelada a um pressuposto equivocado e atrasado, edificado ainda no século XVIII, ou seja, a relegação da socialidade a plano da contingência ocasional, à posição de coadjuvante, ou de esquecimento.

Anotava Habermas:

Será que uma teoria dos direitos, de orientação tão individualista pode dar conta das lutas por reconhecimento nas quais parece tratar-se sobretudo da articulação de afirmação de identidades coletivas? Uma constituição pode ser entendida como projeto histórico que os cidadãos procuram cumprir a cada geração. No estado democrático de direito, o exercício do poder político está duplamente codificado: é preciso que se possam entender tanto o processamento institucionalizado dos problemas que se apresentam quanto a mediação dos respectivos interesses, regrada segundo procedimentos claros, como efetivação de um sistema de direitos. Mas nas arenas políticas, quem se defronta são agentes coletivos, que discutem sobre objetivos coletivos e acerca da distribuição dos bens coletivos. (HABERMAS, 1997, p. 238).

A capacidade de cooperação, assim, como traço civilizatório definitivo, é condição para a realização de obras em benefício geral, como o estabelecimento de instituições democráticas sólidas, movimentos sociais expressivos e associações publicamente atuantes, e decorre justamente da *fides*, fé ou confiança, que os indivíduos depositam nessas criações sociais, que refletem o imaginário social coletivo.

Essa necessidade do outro, em sociedades funcionais, e cujas constituições refletem um pacto com medidas concretas de tráfego jurídico, pode potencializar, de modo equilibrado, o caminho natural de crescimento do capital social de uma comunidade. Para que isso ocorra, é necessária a referida iniciativa organizada e eficaz de coletividade, a qual decorre de compromissos morais de caráter altruísta, cuja repetição sucessiva, pelas práticas individuais e coletivas, estabelece tradições de segurança e justa expectativa de que a conduta do outro corresponderá ao ideal esperado.

E esse funcionamento ocorre justamente porque, na sustentação de uma moralidade subjetiva sólida, as condutas que produzem fluxos sociais positivos são adotadas independentemente da coerção anunciada pelo direito. A iniciativa, pretende-se demonstrar aqui, não deve ser do direito, mas sim da capacidade de mobilização social. O papel das instituições jurídicas, nessa perspectiva, é

viabilizar o fluxo instrumental e as tutelas dinâmicas para esses movimentos, fazendo com que não existam bloqueios ao acontecimento das decisões coletivas e sua efetiva tutela.

Logo, ainda que se aceite a modernidade, em países de maior dimensão populacional e complexidade organizacional, como potencialização da individualidade, com a fragilização da consciência social coletiva (GIDDENS, 2003, p. 123), salienta-se a necessidade de construção de uma dinâmica moral sólida e projetada na coletividade, a qual, lembrando KANT (2007), não pode decorrer, unicamente, de uma imposição externa, aqui criticada como o recurso insistente e sucessivo à disciplina do direito, de delineamentos individuais, e, portanto, de forma simbólica, porém sem a base de sustentação e força representada pelo movimento efetivo da sociedade.

Essa razão voluntária, ainda que individual, porém consciente da necessidade do outro, é que vai fomentar o investimento individual nos objetivos sociais, como, por exemplo, o surgimento de fundações, públicas ou privadas, com objetivos educacionais, ou de instituições e movimentos sociais que ponham em constrangimento a insuficiência e ineficácia das políticas públicas de redução de desigualdades. Elas é que estariam aptas, por excelência, à produção de capital social, e possibilitariam, com base na confiança, antes da intervenção do direito, uma harmonização entre as perspectivas de visão unitária egocêntrica e a compreensão de um corpo social com escopos altruístas:

Num sistema de reciprocidade, todo ato individual geralmente se caracteriza por uma combinação do que se poderia chamar de altruísmo a curto prazo e interesse próprio a longo prazo: eu te ajudo agora na expectativa (possivelmente vaga, incerta e impremeditada) de que me ajudarás futuramente. (PUTNAM, 2002, p. 182).

Trata-se da vontade qualificada, como juízo de moralidade imperativa, que constitui o pensamento central de KANT, e, talvez, uma das maiores conquistas do pensamento filosófico e político mundial. Ou seja, a vontade, como fator psicológico subjetivo, é muito maior e mais decisiva do que a imposição do direito, porque justifica, justamente, a realização de ações socialmente produtivas, ainda que longe da força coercitiva das instituições jurídicas estatais, como o Poder judiciário:

La autonomía de la voluntad es el único principio de todas las leyes morales y de los deberes que les convienen; por el contrario, toda heteronomía del arbitrio, no solo no funda obligación alguna, sino que mas bién es contraria a su principio y a la moralidad de la voluntad. (KANT, 2007, p.52).

O exemplo mais significativo aqui examinado é o cooperativismo, muito citado no estudo de caso realizado por PUTNAM (2002, p. 158), como produto social das repúblicas mais desenvolvidas na Itália moderna. O recurso a esse trabalho coletivo tem justamente esse viés, e pressupõe, portanto, uma adesão voluntária decorrente da segurança no cumprimento das obrigações respectivas, por todos os integrantes do grupo, antevendo-se que o direito atuará apenas de maneira residual.

Parte-se, assim, de uma ideia de alteridade como modo de ser no mundo, psicologicamente estabelecido, de maneira difusa e costumeira, em sociedades mais evoluídas. Pressupõe a postura mental do indivíduo, conforme lição de Ricardo Salas Astrain:

Hablar de alteridad significa, antes que nada, incluir la etica en el pensar. La relacion para com el otro se realiza en la forma de bondad, que se llama justicia y verdad y que se concretiza historicamente en una infinita experiencia de transcendencia, como solidaridad y responsabilidad por el outro. (ASTRAIN, 2005, p. 02).

No tráfego econômico, de modo muito marcante, assim como a sua projeção mercadológica, a incerteza, decorrente da mitigação do potencial de confiança, é altamente danosa, e torna mais caro e mais arriscado o alcance do benefício recíproco esperado nas relações sociais. Essa desintegração, em sociedades disfuncionais, acaba por refletir uma característica da modernidade, potencialmente agravada pela acentuação do individualismo, e da concentração de capital e aumento das desigualdades.

No Brasil, detecta-se claramente que a desconfiança recíproca, potencializada nas redes sociais, e nos próprios meios de comunicação de massa, que se tornam seletivos e apresentam esse quadro como definitivo, é introduzida no discurso público como maneira de desmobilizar a sociedade, e torná-la mais vulnerável, com o desmantelamento das iniciativas coletivas.

Nesse sentido, alertava Habermas:

Nas sociedades modernas acabam por se impor princípios de ordem legal e moral que são cada vez menos talhados à medida das formas

de vida particulares. Ao nível da personalidade as estruturas cognitivas adquiridas no processo de socialização dissociam-se cada vez com mais veemência dos conteúdos do saber cultural com os quais estiveram inicialmente integrados no pensamento concreto. (HABERMAS, 2000, p. 316).

Logo, analisando-se, nesse ponto específico, a realidade nacional, não é o direito, por si próprio, que causa a inviabilidade da promessa constitucional, mas a própria conformação da sociedade que, de modo geral, não se mostra mobilizada suficientemente para a busca adequada de tutelas coletivas. Ou seja, a intervenção do ordenamento jurídico, em um sistema social evoluído, acontece, de modo esperado, quando a conflituosidade inerente às relações sociais não encontrou outros mecanismos naturais de harmonização.

Esse conflito residual, portanto, é complexo e positivo, e tem grande potencialidade transformadora, pois afasta o estado de determinismo e apatia, e chama o direito a possibilitar uma evolução racional, justamente porque irrita o sistema normativo em face de sua complexidade. Não são, portanto, as intervenções artificiais e repetitivas, traduzidas na litigiosidade individual, que dão fôlego ao direito, pelo contrário, desgastam-no e fragilizam a sua operatividade sistêmica.

Aqui, é importante pontuar que a cidadania deve adquirir protagonismo, servindo, o direito, apenas como mecanismo de estímulo e viabilização de acesso, agregando trânsito objetivo a essas iniciativas. Se, por exemplo, em um determinado município, existe flagrante déficit habitacional, porém com inúmeras unidades ociosas, e sendo empregadas apenas como medida especulativa, os movimentos de cidadania, unidos, devem ser admitidos a constranger o ente público a legislar sobre a matéria, impondo a obrigatoriedade de função social ao direito real. Torna-se, pois viável a concretização da socialidade constitucional, mediante o influxo do caráter difuso ao direito de propriedade, possibilitando o proveito de toda a comunidade.

Porém, para que isso aconteça, é necessária uma convergência de fatores, ou seja, um movimento de cidadania, através, por exemplo, do associativismo, e um mecanismo de demandas coletivas que apresente receptividade e trânsito dentro do Poder Judiciário.

Nesse sentido o ensinamento de Maria da Glória Gohn:

A sociedade civil organizada é vista como parceira permanente na participação cidadã. A chamada “comunidade” é tratada como um sujeito ativo, e não como coadjuvante de programas definidos de cima para baixo. A participação passa a ser concebida como uma intervenção social periódica e planejada, ao longo de todo um circuito de formulação e implementação de uma política pública. Para que venha a ocorrer a participação cidadã, os sujeitos de uma localidade/comunidade precisam estar organizados/mobilizados de uma forma que ideários múltiplos fragmentados possam ser articulados. (GOHN, 2010 p. 19).

Alcança-se, portanto, a ideia de confiança mútua, como fundamental para a delimitação da área sistêmica de atuação do direito, tendo-se, por premissa básica, que a sociedade seja capaz de dirigir-se em estágios sóbrios de passagem até a intervenção final do ordenamento jurídico, em especial na figura do Poder Judiciário, quando tal se revele necessário para evitar consequências patológicas para a coletividade.

Todavia, a gravidade desse quadro se revela justamente na insistente irritação sistêmica entre o direito e a política, sendo que esta última repele a intervenção coletiva do sistema jurídico, pretendendo dissolver a força da iniciativa comunitário, o que se revela na resistência às formas de tutela de massa, e tornando-se cada vez mais complexa a identificação dos limites de atuação recíprocos. Pertinente à constatação de Charlise Gimenez:

Tal descrição constitui a própria leitura da sociedade contemporânea, marcada por ideais individualistas, incapaz de reassumir a autonomia e responsabilidade de suas ações/conflitos, requerendo a um terceiro a imposição de uma decisão ao invés de assumir seu papel na sociedade de sujeito de direito, e não direito. (GIMENEZ, 2016, p. 205).

Assim, as dificuldades de confiança se reproduzem e potencializam com os atos de corrupção, e os responsabilizados, por sua vez, procuram instaurar esse ambiente de desconfiança recíproca em relação às instituições que promovem a responsabilização, notadamente o Ministério Público e o Poder Judiciário. A desqualificação e o desestímulo às formas coletivas de tutela representam, justamente, nessa mesma linha, uma retirada de espaços de poder, e uma hipertrofia das capacidades de decisão justamente no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo federal e estaduais, sufocando as vias de trânsito às iniciativas dos movimentos sociais na esfera pública.

Essa situação gera um estado de tensão que fragmenta a sociedade e polui o debate democrático, produzindo polarização, que infantiliza as pessoas,

com discursos de ódio, e extrema dificuldade de manutenção do nível das propostas políticas no Brasil.

O resultado das últimas duas eleições presidenciais (2014 e 2018) bem representa tal contexto, e o próprio processo de impeachment recentemente ocorrido, supostamente com apoio da maioria da população, comprova que a alteração corrente da ideia de legitimidade democrática é resultado de uma grande desconfiança geral. Mais recentemente, a absoluta fragilidade do governo instaurado, já sob ampla investigação e visivelmente incapaz de conduzir minimamente a estrutura estatal, igualmente confirma essas tendências.

Logo, o direito é formulado por uma política deficitária, e resulta de arranjos permeados por disputas de poder, nas quais a desconfiança recíproca é elemento visivelmente presente. Disso resulta a produção de um direito inefetivo e incapaz de responder aos anseios previstos na Constituição Federal. Aponta-se, portanto, aqui, de modo muito claro, que essa sabotagem do direito, como meio de acesso a demandas sociais, ocorre justamente pelo fechamento do sistema aos mecanismos coletivos de defesa judicial. A forma de defesa individual é justamente o meio de dissipar a força dos movimentos de união das comunidades.

Partimos, portanto, da análise de recortes da realidade nacional, em relação a uma visão de crise de confiança recíproca, a qual opera o desgaste dos sistemas, e engessa os fluxos sociais, tornando deficitários os níveis possíveis de capital social, e operando a ineficácia das tutelas jurídicas estatais destinadas a dar vazão à promessa constitucional da socialidade.

2 A NECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DAS SOCIEDADES PROPOSITIVAS PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS – UM NOVO OLHAR

A condição de possibilidade para que essa projeção coletiva aconteça, com a produção de capital social, é justamente a confiança recíproca. Quanto mais presente ela for, maior será a capacidade de que os agentes sociais aproximem-se, e, através da interação e da dialógica, sintam-se estimulados a interferir positivamente na coletividade, como estrutura (agência e estrutura).

As mais recentes teorias, assim, que procuram explicar os movimentos sociais, levam em conta justamente essas dificuldades provocadas pelo paradigma da modernidade, enquanto estímulo ao isolamento. Logo, o indivíduo necessita, para sair de sua perspectiva individual, de muito mais estímulo, de muito mais inquietação, justamente porque as formas de organização coletiva de resistência representam um risco alarmante para a manutenção do estado de coisas.

Nesse sentido, a advertência de Maria da Glória Gohn:

A discussão sobre os movimentos sociais na contemporaneidade insere-se num campo mais amplo, o da crise da modernidade e emergência de novas formas de racionalidade. Há mais de dez anos o debate teórico das ciências humanas tem dado destaque à crise do paradigma dominante da modernidade, às transformações societárias decorrentes da globalização, às alterações nos padrões das relações sociais, dado o avanço das novas tecnologias, e às inovações que têm levado ao reconhecimento de uma transição paradigmática. Isso tudo tem levado à rediscussão dos paradigmas explicativos da realidade e à crítica à produção científica do último século, fundada na racionalidade da razão e na crença do progresso e no crescimento econômico a partir do consumo. (GOHN, 2010, p.41).

É necessário admitir, ainda, com Giddens, que há potencialidades, de origens subjetivas, porém contingencialmente separadas das esferas de poder constituído, que podem influir diretamente nos rumos da sociedade, porém é necessário, para tanto, que a confiança justifique e fomenta essas ações:

Assim, por exemplo, admito a exigência de que o sujeito seja descentrado e considero isso básico na teoria da estruturação. Mas não aceito que isso implique a evaporação da subjetividade num universo vazio de sinais. Pelo contrário, consideramos que as práticas sociais, ao penetrarem no espaço e no tempo, estão na raiz da constituição do sujeito e do objeto social. (GIDDENS, 2003, p. 15).

De partida de tal contexto, para alguns pontos da realidade brasileira, é possível perceber que as mazelas da política nacional estão relacionadas, profundamente, à dificuldade das pessoas em manter confiança recíproca, situação que se instala e cria um ideário de padrão comportamental, o qual atinge, inicialmente, o próprio sistema de democracia representativa.

A descrença no potencial subjetivo de uma liderança estabelece um caráter meramente simbólico do processo eleitoral, consoante restou bem claro no último pleito presidencial. Assim, sistematicamente, a corrupção eleitoral se torna uma realidade de difícil tratamento, a qual é repotencializada pelos

escândalos de corrupção que assolam o país, em um ciclo disfuncional de consequências perversas.

Projeta-se, pois, em vias de causa e consequência, uma complexidade de patologias institucionais que torna inviável, até mesmo, alguma possibilidade de diagnóstico sociológico, porque as causas e as consequências estão corrompidas sistemicamente, e não apresentam delimitações identificáveis empiricamente.

Nesse sentido, a advertência de Selznick e Monet:

E, como vistos, quando as instituições são fracas, e seu centro de decisão é focado em determinadas pessoas, e não na organização, isso deixa margem para qualquer instabilidade leve as pessoas – tanto juízes, como cidadãos – a agirem como quiserem. Por isso, um dos passos mais importantes para estabilizar esse sistema é o fortalecimento das organizações. (SELZNICK; MONET, 2010, p. 125).

Ou seja, é difícil saber, por exemplo, se o vazio de lideranças emergentes no Brasil é causa ou consequência da crise do sistema democrático, o qual, por sua vez, está enraizado nas próprias distorções da expectativa popular quanto à possibilidade de melhoria de rumos a partir de um pleito eleitoral.

Faz-se necessária, pois, uma complexa reflexão sociológica crítica e contextualizada sobre os entraves encontrados pela sociedade brasileira na efetivação de direitos constitucionais, mormente em Direitos Sociais, e na redução de desigualdades, bem como uma contextualização, das premissas apresentadas, em uma sociedade internacional marcada pelo estímulo ao consumo como forma de felicidade, e com aceitação dos paradoxos provocados pelo ideal de vida boa decorrente do capitalismo contemporâneo (fetichismo da mercadoria).

Nesse sentido Slavoj Zizek:

Há uma longa estrada pela frente, e logo teremos de tratar das questões difíceis – não aquelas relativas ao que não queremos, mas ao que, de fato QUEREMOS. Que organização social pode substituir o capitalismo atual? De que tipo de novos líderes precisamos? E de que órgãos, incluindo aqueles de controle e repressão? As alternativas do século XX obviamente não funcionaram. Embora seja excitante desfrutar os prazeres da organização horizontal das multidões em protesto com sua solidariedade igualitária e seus debates livres e abertos, devemos também nos lembrar do que escreveu Gilbert Keith Chesterton: 'ter apenas a mente aberta não é nada: o objetivo de abrir a mente, assim como de abrir a boca, é fechá-la de novo em algo consistente.' Isso também vale para a política em tempos de incerteza: os debates abertos terão de fundir-se não somente em novos

'Significantes Mestres, mas também em respostas concretas à antiga questão leninista: "Que fazer?" (ZIZEK, 2015, p. 17).

Nas sociedades em que a confiança se revelava como elemento bastante desenvolvido, o sistema econômico apresentava significativo avanço em relação às demais

Temos agora mais provas de que tal efeito não é falacioso. Ao contrário, tais resultados indicam que as tradições cívicas podem influenciar fortemente o desenvolvimento econômico e o bem-estar social, bem como o desempenho institucional. (PUTNAM, 2002, p. 167).

No sentido oposto, Putnam esclarece que, em sociedades mais autoritárias e desreguladas, a desconfiança estabelecia um estado de beligerância, em que os camponeses viviam mais em guerra consigo mesmos do que com outros segmentos da sociedade rural

[...] produziu uma sociedade na qual a fé pública (fé cívica) se reduzira ao mínimo (...). De fato, a velha desconfiança que esgarçava o tecido social nessas regiões refletia-se em incontáveis provérbios: quem confia nos outros está perdido. (PUTNAM, 2002, p. 154).

Se analisarmos a realidade brasileira, percebemos que, à semelhança do apontado por Putnam, conquanto não exista guerra externa há quase 150 anos (o último evento dessa natureza, afora a Segunda Grande Guerra, que se deu, em relação ao Brasil, além fronteiras, foi a Guerra do Paraguai, encerrada em 1870), o estado de guerra interno decorrente da desconfiança produz um contexto de beligerância com taxas, por exemplo, de homicídios, superiores às de regiões em guerra externa ou guerras civis:

A desconfiança mútua e a transgressão, a dependência vertical, o isolamento e a desordem, a criminalidade e o atraso reforçaram-se mutuamente nos intermináveis círculos viciosos examinados neste capítulo e no anterior. (PUTNAM, 2002, p. 191).

Mas afinal, de onde vem essa crise de confiança recíproca? Veja-se que não se trata, em hipótese alguma, de um estado de natureza. Ora, quando nascemos dependemos fundamentalmente da família, do clã ou do grupo, para sobrevivência. Um ser humano recém-nascido não sobrevive por mais de duas horas sem auxílio de outros seres humanos.

O estado de confiança, portanto, é natural no ser humano, justamente porque é uma necessidade decorrente do instinto mais básico, que é o de

sobrevivência. Logo, é razoável admitir que a desconfiança é um estado de espírito que se produz socialmente, em face de imaginários que são percebidos pelo indivíduo ao longo da vida, e que lhe são introjetados artificialmente, em especial pela educação e pelo costume.

Nesse ponto, parece lógico que, em uma sociedade que precede ao indivíduo, a tendência à repetição dos modelos estruturais contaminados é um elemento claro a ser trabalhado. A identificação, outrossim, com esse imaginário social, produz a sociedade policial, a estrutura do medo e do ódio. Assim, a presença de tais vertentes de condução social provoca a solidificação desse modelo, o qual passa a produzir coesão social, fundada na ideia adversarial, a qual, por seu turno, se reproduz nas estruturas de poder, como é, mais uma vez, o exemplo do atual governo federal brasileiro.

Esportes violentos, o fetiche do armamento, e notícias de crimes, espetacularizadas pelos meios de comunicação, com uma insistência midiática repetitiva e perturbadora, introjetam-se na sociedade como ponto de convergência e de produção de um ideário, alimentando sentimentos comuns que desembocam na desconfiança recíproca.

E com isso se chega nas instituições, as quais passam a funcionar mediante uma lógica similar. Acordos espúrios são feitos, como se vê, por exemplo, nos sistemas de pressão política de grupos que atuam no Congresso Nacional, os quais oferecem apoio em troca de cargos e espaços artificialmente produzidos, em uma perspectiva egoística de individualismo institucional. Ou seja, há uma inteira desvinculação da legitimidade democrática que fundamentou a representação transmitida no voto, ou seja, uma ruptura de confiança.

Por serem, por natureza, imorais, esses são acordos construídos com base na desconfiança. Logo, são muito mais facilmente descumpridos. Os grandes escândalos de corrupção repotencializam essa forma de relação, resultando, por exemplo, em delações premiadas, que são justamente a ruptura de confiança entre os agentes conluiados para a prática de ilícitos.

As situações trazidas pelas notícias recentes revelam que hackers podem ter violado o sigilo de comunicações telefônicas de milhares de autoridades políticas e judiciárias brasileiras, incluindo o Presidente da República, do

Congresso Nacional e os Ministros do supremo Tribunal Federal. Ou seja, há um estado de vigilância recíproca, decorrente justamente da desconfiança.

Em nível mundial, com maior ou menor intensidade, operam-se os chamados *surveillance programs* (programas de vigilância), arquitetados pelas inteligências dos governos militarizados, como ocorreu, por exemplo, com a revelação feita pelo americano Edward Snowden, que mostrou ao mundo um sistema em que a Agência de Inteligência Americana efetuava invasões sistemáticas de privacidade de autoridades em todo o mundo. Na guerra fria, a espionagem internacional operava essa tarefa, e a busca de acordos de redução de armas nucleares passava, igualmente, pela dificuldade decorrente da desconfiança recíproca entre as grandes potências.

Essa situação alavanca uma tensão constante, e incita a crise na produção de capital social, provocando a fragilização das instituições. Essa descrença causa um estado de sofrimento social, e de ansiedade e medo. É desse medo que se utilizam, por exemplo, as organizações terroristas, quando, por meio de atentados, de grande repercussão, provocam a elevação dos níveis de tensão social, em face da grande repercussão que conseguem causar, com a projeção dos meios de comunicação social.

E esse estado de coisas afeta a produção de capital social, e saúde das relações jurídicas, que se introjeta no direito. O exemplo brasileiro é bem claro. Os maiores litigante do país são, nessa ordem, o INSS, o próprio Estado, as concessionárias de serviços públicos e os bancos. Todas instituições cujo funcionamento depende, fundamentalmente, de confiança. Curiosamente, as formas de demandas em face dessas instituições, em sua avassaladora maioria, são individuais, e não coletivas, o que, claramente, enfraquece a potencialidade de efetivação. Ou seja, a seguridade social, no pagamento de benefícios, responde a uma expectativa fundamentalmente securitária. Muitas vezes, esses benefícios não são pagos justamente porque a análise administrativa feita alcança a conclusão de que o segurado não esteja agindo de boa-fé. Do outro lado, o segurado que está de boa-fé, muitas vezes não recebe o benefício postulado, situação que também se reflete nos contratos de seguro. O que ocorre então é uma fuga dessas relações contratuais, e um esvaziamento do sistema.

O mesmo ocorre com o sistema político-eleitoral. A corrupção eleitoral ocorre em larga escala e contamina profundamente as instituições políticas.

Assim, a desconfiança na honestidade alheia autoriza, psicologicamente, à conclusão de que é possível, e até moralmente aceitável, a obtenção de uma vantagem pessoal em troca de apoio político, ou mesmo de voto.

A leveza e a liquidez do discurso político tornam tradicional a ideia de que uma promessa de campanha não seja cumprida, e, no imaginário estabelecido, não há nada de grave nisso. O grave, em verdade, está em que aceitamos a desconfiança como elemento natural na constituição de nosso imaginário social.

A sociedade opera, pois, em uma espécie de orfandade de referenciais éticos, situação que gera uma corrida ao direito, de forma desorganizada e individual, como expectativa de instância capaz de preencher esse vazio “[...] a expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular.” (MAUS, 2000, p. 191).

A política coloniza o direito justamente porque não respeita a sua autonomia sistêmica, situação que se revela, por exemplo, nas inúmeras reformas constitucionais já realizadas, e na dificuldade de construção de políticas públicas, como saúde, educação, e sistema prisional, que efetivamente refletem as determinações constitucionais.

Com isso, a cidadania desconfia do estado, e o estado da cidadania. Sonegam-se tributos, em grande parte, pela certeza de que o valor arrecadado não será gerido de modo eficaz, ou será desviado. Com a sonegação, aumenta a dívida pública, e a economia padece. Logo, a solução imediata, ou imediatista, é aumentar tributos, e reduzir direitos, como ocorre com os direitos trabalhistas e a reforma da previdência.

O engessamento do tecido social induz a redução da capacidade de produção e gestão interna de bens, aumentando a dependência do capital especulativo internacional globalizado, o que faz com que o país se torne refém da abertura de capitais, e da submissão das políticas públicas à escassez de recursos, operando-se uma crença de que as metas fiscais e o cumprimento das determinações do grande capital sejam a única via de acesso ao crescimento econômico.

A desconfiança recíproca é refletida no mercado, que sofre com a ausência de poder de investimento. O investimento pressupõe confiança. Com a falta de confiança, cada vez mais se torna difícil a obtenção de cooperação

entre as pessoas. Com a falta de cooperação, não se atingem os objetivos da sociedade.

O mercado não investe na promoção de direitos sociais, porque não tem fé nos resultados futuros. A desconfiança gera uma corrida ao Poder Judiciário. A falta de confiança no Estado gera uma crise fiscal, porque as pessoas apresentam resistência no pagamento de tributos, com a certeza de que os valores arrecadados não verterão em favor da comunidade.

A falta de confiança no sistema político gera a polarização e o discurso de ódio. Ou seja, as eleições, no Brasil, nos últimos pleitos, têm ocorrido em sentido inverso: vota-se para evitar a assunção do projeto contrário, e não pela fé em um projeto em que se votou. Na verdade, a própria falta de confiança gera a carência de rumos concretos e de um projeto efetivo para o país. Ou seja, as mudanças são tantas, e em período tão curto de tempo, que não mais se tem um projeto.

A Justiça, assim como o Estado, são criações abstratas. Ou seja, só podem subsistir se os destinatários nutrirem, em suas estruturas, confiança, se acreditarem em sua lisura e idoneidade. Assim, a desacreditação das instituições provoca a fragilidade de todo o sistema.

A sociologia, e não o Direito, é que deve ocupar esse espaço de dialética política. A busca de alterações de rumo não passa, igualmente, por uma falsa premissa de que a economia encerra a solução desses problemas. Como demonstrado aqui, em especial pelo estudo promovido por Putnam (2002), a economia revela-se muito mais uma consequência do que uma causa. Não se olvida da necessidade de recursos econômicos, porém questiona-se, seriamente, a importância que é dada a essa via, na produção de capital social. A crise de 2020 também confirma esse cenário, na medida em que o capitalismo não se mostra minimamente apto a atenuar o padecimento das populações, e, ainda mais, acentua o abismo social da desigualdade excludente.

Em verdade, o restabelecimento de um ambiente de confiança pressupõe a reconstrução de uma moralidade que congregue as capacidades individuais e as obras sociais necessárias. Não é por via da economia, nem do Direito, que essa alteração poderá ser construída.

CONCLUSÃO

Assim, acredita-se na ação social, na agência. Ou seja, o Estado Constitucional não pode estar refém da ilusão de que o capital social será produzido pela economia, ou pelo direito, e é justamente esse o grande equívoco dos sucessivos governos que comandaram o país. A instituição de uma vontade moral, no sentido sinalizado por KANT(2007), e que produzirá a retomada do ambiente social de confiança recíproca, é uma obra que demandará trabalho de muitas gerações. O investimento, entretanto, ocorrerá com a educação moral dos agentes sociais, com práticas que estimulem e viabilizem essa mudança.

Conforme salientado, em definitivo, por Putnam:

Pelo lado da demanda, os cidadãos das comunidades cívicas querem um bom governo e (em parte pelos seus próprios esforços) conseguem tê-lo. Eles exigem serviços públicos mais eficazes e estão disposto a agir coletivamente para alcançar seus objetivos comuns. (PUTNAM, 2002, p. 191).

A proposta de reflexão, assim, do presente trabalho, é no sentido de uma convergência de fatores. Ou seja, a iniciativa social sistematizada, e o direito, como via de trânsito, e de acesso. A partir, pois, de um diagnóstico parcial, com recortes específicos, como vimos acima, apontamos que a crise de confiança induz o enfraquecimento dos movimentos sociais, e repercute, no direito brasileiro, no bloqueio de trânsito às demandas coletivas que possuem um alto grau de promoção de alterações em políticas públicas. Logo, os espaços de iniciativa, que podem nascer na agência social, se vêm obscurecidos e refreados por uma viciosa concentração de poder político de cunho individualista.

Vimos, igualmente, que os referenciais do ordenamento jurídico, capazes, em tese, de viabilizar o fluxo judicial dessas demandas, em caráter regional e nacional, não têm aceitação no meio político, e não foram assimilados pela sociedade polarizada. Logo, entende-se que as soluções devem partir de alternativas que percorram caminhos diferentes, com enfoque específico na socialidade e na promoção cultural local de uma moralidade altruísta.

Assim, percebe-se que o associativismo, em nível municipal, no qual se possa promover a discussão direta sobre as políticas públicas em matéria de direitos sociais, constitui uma alternativa interessante e vigorosa para o

estabelecimento de um canal concentrado de debate, iniciativa, e convergência anímica para a formação de capital social.

Isso porque essas sociedades podem adotar, sistematicamente, mecanismos como audiências públicas, mediação comunitária, e a admissão, na figura de *amicus curiae*, em processos judiciais, individuais e coletivos, nos quais se discutam essas políticas, e as carências específicas, em cada comunidade, em relação aos levantamentos orçamentários pontuais.

Sugere-se, portanto, a criação que pretendemos denominar, como figura jurídica, de sociedades propositivas, sem vinculação político-partidária, porém com personalidade processual, apta a lhes ensinar a iniciativa, segundo as leis municipais, de iniciativa de projetos de lei, e de ações judiciais com tutelas exclusivamente coletivas, as quais, a partir de uma sentença de mérito, tenham seus efeitos proativos para todos os necessitados, no âmbito territorial do município em que instalada a sociedade.

Altera-se, assim, a dependência de uma legitimidade institucional, resumida a Ministério Público e Defensoria Pública, cujos resultados são altamente questionáveis no Brasil, e rompe-se com a dependência das associações, que tem, via de regra, legitimidade apenas para fins que atendam, unicamente, aos interesses de seus associados.

Propõem-se, a partir deste trabalho, algumas alterações fundamentais no sistema jurídico: uma delas no Código Civil, art. 44, introduzindo-se, em sua redação, o inciso VII, possibilitando a criação de sociedades propositivas, de âmbito municipal, destinadas especificamente ao debate e à promoção de direitos sociais, com reuniões periódicas, audiências públicas, com a participação de especialistas, bem como de representantes, eleitos, em cada comunidade local, como bairros e áreas rurais afastadas.

Os temas a serem debatidos seriam, precipuamente, as carências mais significativas em cada comunidade, como saúde, educação e habitação. Os Municípios, assim, deveriam reservar parcela orçamentária específica para: a criação e o registro da sociedade propositiva, a divulgação das discussões, a realização das audiências públicas, a elaboração de levantamentos estatísticos e estratégicos, e o estudo dos resultados, expressos em iniciativas de leis e demandas judiciais coletivas.

Outra, no Código de Processo Civil, art. 75, com a introdução do inciso XII, admitindo-se que essas sociedades propositivas possam pleitear, ainda que antes da aquisição da personalidade jurídica, após a ineficácia eventual de outras formas de tutela, e da própria mediação comunitária, demandas coletivas com o objetivo de constranger o poder público a essa promoção, porém com iniciativa coletiva, e eficácia *erga omnes*, no território do Município.

E, por fim, ainda, a alteração do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, com a introdução do inciso VI – as sociedades propositivas. Pontua-se que tal alteração se coaduna com o disposto no art. 1º, IV, que dispõe que a lei destina-se à proteção de qualquer outro bem ou interesse difuso ou coletivo.

A presente proposta, assim, destina-se a sugerir um canal de união, produção de capital social e vazão de iniciativas e disposições da comunidade, sendo que o direito se colocaria, nessa perspectiva, à disposição do tráfego jurídico dessas produções, e não, como ocorre atualmente, obstaculizando e frustrando expectativas, mormente em um estado de coisas inconstitucional, corroborado por governos desorientados e inoperantes, cujas pautas estão muito mais afinadas com os discursos de ódio e a polarização, do que com a efetiva promoção e efetivação de suas obrigações constitucionais.

REFERÊNCIAS

ASTRAIN, Ricardo Salas (Org.). **Alteridade**. Volume I. 1. ed. Santiago: Ediciones UCSH, 2005.

BRASIL. Código Civil de 2002. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018 (Série Vade Mecum).

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018 (Série Vade Mecum).

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. São Paulo: Saraiva, 2014 (Série Vade Mecum).

DURKHEIM, Emile. **A Divisão do Trabalho Social**. 1. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. **DIÁLOGO E ENTENDIMENTO. O Direito Fundamental de Acesso a uma Ordem Jurídica Justa: a superação do modelo triádico pelos meios complementares de tratamento adequado dos conflitos**. Tomo 7. Campinas: Millenium Editora, 2016.

GOHN, Maria da Glória (Org.). **Movimentos Sociais no Início do Século XXI: antigos e novos atores sociais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2010.

GOHN, Maria da Glória. **Novas Teorias dos Movimentos Sociais**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

GIDDENS, Antony. **Capitalismo e Moderna Teoria Social**. 4. ed. Lisboa: Editora Presença, 1994.

GIDDENS, Antony. **A Constituição da Sociedade**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. 3. ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Edição Brasileira. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

KANT, Immanuel. **Crítica de la Razón Práctica**. Buenos Aires: Editorial Losada, 2007.

Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018 (Série Vade Mecum).

Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Lei da Ação Civil Pública. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018 (Série Vade Mecum).

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade**. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos: CEBRAP, 2000.

PUTNAM, Robert David. **Comunidade e Democracia, a Experiência da Itália Moderna**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2002.

SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

TAYLOR, Charles. **Imaginários Sociais Modernos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições Texto e Grafia, 2010.

ZIZEK, Slavoj. **O Violento Silêncio de um Novo Começo**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES: UM OLHAR PARA AS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA

Bruna Neves Giordani¹
Bianca Tams Diehl²

RESUMO

O presente artigo versa sobre violência doméstica e familiar contra as mulheres. Sua delimitação temática está voltada à análise da eficácia das medidas protetivas da Lei Federal nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, por meio de dados de órgãos públicos do Estado do Rio Grande do Sul. Casos de descumprimento de medidas protetivas são constantemente observados e por esta razão tem-se o seguinte questionamento: em que proporção as medidas protetivas estabelecidas pela Lei Maria da Penha são mecanismos eficazes de coibição e de prevenção da violência doméstica e familiar contra as mulheres? Nesse sentido, objetiva-se analisar o papel do Estado do Rio Grande do Sul no alcance e na fiscalização dessas medidas protetivas, cuja finalidade é garantir a segurança da vítima, bem como a de seus familiares e dependentes, quando havidos. A metodologia aplicada a esse estudo é de caráter teórico. O tratamento dos dados ocorre de maneira qualitativa, pois utiliza-se de doutrinas e leis. A coleta de dados é bibliográfica e documental, por meio de documentação indireta. Como análise de interpretação dos dados, optou-se pelo método dedutivo, pois o procedimento parte das teorias e das leis. A violência doméstica e familiar, por ser considerada um problema social, cultural e de saúde pública, torna-se preocupante para a sociedade e relevante o estudo, uma vez que assola a vida de inúmeras famílias brasileiras. Diante de todo o exposto, conclui-se que as medidas protetivas da Lei Maria da Penha são parcialmente eficazes, pois conforme verificado no decorrer da pesquisa e nos dados analisados, há um número excessivo de agressores que descumprem as medidas impostas e voltam a ameaçar e a praticar novos delitos contra as vítimas.

Palavras-chave: Violência doméstica – Medidas protetivas – Lei Maria da Penha.

ABSTRACT

This article is about domestic and familiar violence against women. Its thematic delimitation is focused on the analysis of the protective measures effectiveness of Federal Law 11.340, popularly known as Maria da Penha Law, by data from public organs of the State of Rio Grande do Sul. Cases of non-

¹ Bacharela em Direito- Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMa. Pós-graduanda em Direito Constitucional aplicado- Faculdade Legale. bru.ninha-giordani@hotmail.com

² Doutora em Educação nas Ciências pela UNIJUÍ. Mestre em Direito pela URI/SAN. Professora do Curso de Direito e Coordenadora do Grupo de Pesquisa Tutela Constitucional dos Direitos dos Vulneráveis do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. E-mail: direitofema1@gmail.com

compliance measures are constantly observed and for this reason there is the following question: to what extent are the protective measures established by Maria da Penha Law effective mechanisms of restraint and prevention of domestic and familiar violence against women? In this sense, the objective is to analyze the role of the State of Rio Grande do Sul in reaching and inspecting these protective measures, which purpose is to guarantee the safety of the victim, as well as her relatives and dependents, if any. The methodology applied to this study is theoretical. The processing on data occurs in a qualitative way, because it uses doctrines and laws. Data collection is bibliographic and documentary, through indirect documentation. As a data interpretation analysis, the deductive method was chosen, as the procedure starts from the theories and laws. Domestic and familiar violence, as it is considered a social, cultural and public health problem, it is concern to society and study is relevant, since it affects the lives of countless Brazilian families. It is concluded that the protective measures of the Maria da Penha Law are partially effective, because as verified during the research and in the analyzed data, there is an excessive number of aggressors who does not comply the measures imposed and return to threaten and practice new crimes against victims.

Keywords: Domestic and Familiar Violence – Protective Measures – Maria da Penha Law.

INTRODUÇÃO

O sistema patriarcal e a violência de gênero encontram-se presentes, há muito tempo, na sociedade. Condutas sociais exercidas por homens e mulheres não possuem relação com sua natureza biológica, mas, sim, com comportamentos impostos pela sociedade. Isso resulta em uma hierarquia entre os gêneros, em que o homem encontra-se em estado de superioridade diante da mulher.

A mulher, por sua vez, ao tentar afastar-se dessa relação de dominação e de submissão, provoca no homem a sensação de que o poder patriarcal concedido a ele, pela sociedade, está sendo contestado e este, na tentativa de evitar que isso ocorra, utiliza a violência para tanto. Nesse momento, pode-se falar em violência de gênero a qual possui correlação com a violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Nesse contexto, a fim de contribuir no combate e na prevenção à violência de gênero, o presente artigo versa sobre a violência doméstica e familiar contra as mulheres, tendo sua pesquisa voltada à análise da eficácia das medidas

protetivas da Lei Federal nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, por meio de análise de dados de órgãos públicos do Estado do Rio Grande do Sul.

É sabido que alguns agressores não cumprem as medidas protetivas impostas a eles e, por essa razão, a eficácia das medidas protetivas estabelecidas pela Lei Maria da Penha é constantemente questionada. Nesse sentido, o estudo busca responder em que proporção as medidas protetivas estabelecidas pela Lei Maria da Penha são mecanismos eficazes de prevenção e de coibição da violência doméstica e familiar contra as mulheres.

O objetivo geral desse estudo consiste em analisar a eficácia das medidas protetivas estabelecidas pela Lei Maria da Penha, observando o papel do Estado do Rio Grande do Sul no alcance e na fiscalização do cumprimento dessas medidas protetivas, a fim de assegurar às mulheres o exercício de seus direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

No intuito de atingir os objetivos propostos, o tema foi caracterizado pela pesquisa como teórico, com tratamento qualitativo dos dados. Como análise de interpretação dos dados, optou-se pelo método dedutivo, pois o procedimento parte de doutrinas e de leis.

Para tanto, o artigo estrutura-se da seguinte forma: em um primeiro momento abordar-se-á breve relato histórico da violência de gênero e o patriarcado, bem como a violência doméstica e familiar contra as mulheres. Em momento posterior, analisar-se-á as medidas protetivas de urgência estabelecidas pela Lei Maria da Penha, juntamente com a análise de dados de órgãos públicos do Estado do Rio Grande do Sul a fim de apurar a eficácia das medidas protetivas da referida lei.

1 ORIGENS DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E SUA CORRELAÇÃO COM A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Neste primeiro momento, abordar-se-ão as diferenças entre os sexos construídas historicamente, que se fazem presentes na contemporaneidade, gerando desigualdades e resultando em uma violência de gênero. A violência de gênero e o patriarcado serão debatidos, assim como a violência doméstica e familiar contra as mulheres, a qual pode ser manifestada de diferentes formas, seja física, patrimonial, sexual, moral e/ou psicologicamente, impactando de

maneira negativa na identidade e no bem-estar social e emocional de quem a sofre.

1.1 VIOLÊNCIA DE GÊNERO E PATRIARCADO

As diferenças entre homens e mulheres deram-se com a utilização da categoria gênero, a qual representa uma categoria social, histórica, e expandiu-se no Brasil na década de 1990 (SAFFIOTI, 2007). O conceito de gênero, conforme entendimento de Juceli Pansera Silveira, “[...] se refere à construção social do sexo anatômico. Ele foi criado para distinguir a dimensão biológica da dimensão social, baseando-se no raciocínio de que há machos e fêmeas na espécie humana.” (SILVEIRA, 2018, p. 29).

A partir deste momento, em que a categoria gênero passou a ser utilizada pela sociedade, a autora Eni de Mesquita Samara explica que, a relação entre os sexos “[...] não é, portanto, um fato natural, mas sim uma interação social construída e remodelada incessantemente, nas diferentes sociedades e períodos históricos.” (SAMARA, 1997, p. 39 apud GONÇALVES, 2006, p. 74).

Ao longo da história, as autoras Marli M. M. da Costa e Rosane T. C. Porto relatam que foram impostos às mulheres e aos homens papéis sociais que acabam por induzir a relações violentas entre eles. Todavia, a prática dessa violência não pode ser considerada fruto da natureza, mas, sim, de um processo de socialização das pessoas (COSTA; PORTO, 2011).

Diversas situações contribuíram para o posicionamento da mulher na sociedade, sendo uma delas trazida por Friedrich Engels. O autor sustenta que a família monogâmica “[...] baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível [...]” (ENGELS, 1984, p. 66). Raquel Gutierrez, por sua vez, menciona que o desenvolvimento da sociedade burguesa foi o fator de transformação da condição da mulher, pois a burguesia necessitava de uma nova imagem da mulher, passando, então, a exaltar a mulher mãe (GUTIERREZ, 1985 apud SILVEIRA, 2018).

Diante do exposto, Zuleika Alambert afirma que “[...] o capitalismo precisou articular relações de parentesco com as demais relações sociais de acordo com suas necessidades [...]”, estruturando comportamentos, que eram

considerados adequados, para cada um dos membros da família. (ALAMBERT, 1986, p. 86 apud SILVEIRA, 2018, p. 20).

Nesse tocante, a Igreja, segundo Anney Tojeiro Giordani, também contribuiu em relação às questões familiares, considerando o casamento uma instituição em que a mulher deveria se casar e constituir uma família, devendo ser obediente ao seu marido. A Igreja também impôs que a mulher deveria se manter virgem para obter um bom casamento, delimitando, assim, regras quanto à conduta moral e social da mulher (GIORDANI, 2006 apud SILVEIRA, 2018).

Diante dos fatos supracitados, nota-se que há uma desigualdade nas relações entre homens e mulheres. Tal desigualdade acaba por gerar uma violência de gênero, a qual é conceituada por Eva Faleiros como sendo uma violência que:

[...] estrutura-se – social, cultural, econômica e politicamente – a partir da concepção de que os seres humanos estão divididos entre machos e fêmeas, correspondendo a cada sexo lugares, papéis, status e poderes desiguais na vida privada e na pública, na família, no trabalho e na política. (FALEIROS, 2007, p. 62).

Nesse cenário de imposição de papéis entre os gêneros masculino e feminino é nítida a posição de inferioridade a qual a mulher fica exposta, evidenciando-se nas relações a figura da dominação, composta pelo dominador e pelo(a) dominado(a), conforme explica Saffioti. A autora diz que o primeiro não elimina o segundo, pois para que haja a continuidade da dominação, o dominador deve preservar seu subordinado (SAFFIOTI, 2007).

Essa hierarquia entre os gêneros não ocorre de maneira natural, mas, sim, por meio de uma violência que, conforme explicada por Faleiros, é desencadeada no momento em que “[...] os gêneros não-masculinos saem dos lugares que lhes são determinados e se tornam subversivos – quando o poder patriarcal estruturado é contestado e se acha ameaçado.” (FALEIROS, 2007, p. 63).

O patriarcado é caracterizado por Saffioti como um caso específico de relações de gênero (SAFFIOTI, 2007). Para melhor entendimento, segue o conceito de patriarcado descrito pela autora Cristiane Delphy:

A palavra “patriarcado” – (do grego, *pater*= pai + *arkhe*= origem e comando) é antiga, porém sofreu alterações em seu sentido ao longo do tempo, ou seja, no final do século XIX, após a divulgação das primeiras teorias sobre os estágios da evolução da sociedade humana, nos quais o sentido da palavra estava ligado à organização da sociedade. No fim do século XX com a segunda onda do feminismo em 1970, considera-se o patriarcado como sinônimo de “dominação masculina” ou “de opressão, subordinação, sujeição das mulheres” [...] ou ainda “condição feminina” (DELPHY, 2009, p. 173 apud SILVEIRA, 2018, p. 21).

O poder ou o domínio patriarcal são exercidos, principalmente, sobre as mulheres adultas que tentam se desvincular de lugares, de espaços, de papéis e de poderes estruturados por esse poder (FALEIROS, 2007). Segundo estudos realizados pela autora Heleieth Iara Bongiovani Saffioti, pode-se compreender que o patriarcado:

[...] se baseia no controle e no medo, atitude/sentimento que formam um círculo vicioso [...]. Desta forma, não se trata de uns serem melhores que outros, mas de disputa pelo poder, que comporta, necessariamente, controle e medo. (SAFFIOTI, 2007, p. 121).

O homem possui o poder de dominação tanto no ambiente externo – sociedade -, quanto no interno - poder familiar -, o que acabou tornando-se um fardo para ele, pois ao ser responsável por tomar decisões, seja no âmbito doméstico ou social, espera-se que ele realize seus atos com exatidão, não admitindo falhas. Com isso, segundo afirmação de Désirée Drumond do Nascimento Diniz, foi permitido ao homem agir com violência contra aquele que viesse a desobedecer a suas ordens (DINIZ, 2012 apud SILVEIRA, 2018).

A violência de gênero e o patriarcado, há muito tempo aceitos nas relações sociais, sobretudo familiares, servem como base para o tratamento desigual entre os sexos masculino e feminino. A desigualdade, nesse contexto, acaba por deixar as mulheres em um nível de inferioridade em relação aos homens, e estes, por estarem em posição superior, sentem-se no direito de controlar as relações, muitas vezes com o uso de violência.

Nesse sentido, conforme entendimento de Angelin e Ferreira, pode-se dizer que “[...] o fenômeno da violência doméstica tem origem cultural, galgada em modelos patriarcais e machistas [...]” (ANGELIN; FERREIRA, 2016, p. 200). Para melhor entendimento acerca da temática, conceitos e formas de

manifestação da violência doméstica e familiar serão apresentados no tópico a seguir.

1.2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES

O poder de liderança também é atribuído ao sexo masculino nas relações sociais e familiares, via de regra. Tal poder alcançado aos homens acaba por desencadear violências, especialmente no momento em que esse poder passa a ser negado ou até mesmo desafiado, resultando, assim, em relações sociais conflituosas e desiguais presentes na contemporaneidade, atingindo diversas classes sociais.

A violência de gênero e o patriarcado possuem correlação com a violência doméstica e familiar praticada por homens, contra as mulheres. Tal violência é considerada um problema social, cultural e estrutural que acompanha a história da humanidade e de acordo com Campos, “[...] não conhece fronteiras geográficas, raça, idade ou renda.” (CAMPOS, 2008, p. 08 apud ANGELIN, 2015, p. 13).

Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti diz que esta é “[...] um tipo de violação dos direitos humanos fundamentais à vida, à dignidade, à segurança e à integridade física e psíquica.” (CAVALCANTI, 2008, p. 52). Para melhor entendimento acerca da problemática, a autora conceitua violência doméstica como sendo:

[...] aquela que acontece dentro da família, ou seja, nas relações entre os membros da comunidade familiar, formada por vínculo de parentesco natural (pai, mãe, filha etc.) ou civil (marido, sogra, padrasto ou outros), por afinidade (por exemplo, o primo ou tio do marido) ou afetividade (amigo ou amiga que more na mesma casa). (CAVALCANTI, 2007 apud NETO, 2008, p. 69).

Dentre os fatores que desencadeiam a violência doméstica e familiar, e que servem de “justificativa” para tal violência, estão a embriaguez patológica e a drogadição. Para Ricardo Ferracini Neto, tais situações levam “[...] a um estado de desequilíbrio tamanho do agressor que este normalmente sequer detém a consciência da forma como se comporta no seio familiar, tratando-se de pessoa normalmente inimputável ou semi-imputável.” (NETO, 2008, p. 86). As vítimas

tendem a não delatar as diferentes formas de violência, pois acreditam que o agressor tem comportamento adequado quando não está sob efeito de bebida alcoólica.

Outro fator que faz com que a vítima permaneça com o agressor é a dependência financeira. O rompimento do vínculo, nesses casos, se torna muito mais difícil e, segundo Neto, apenas ocorrerá “[...] em casos de insuportabilidade extrema, ou quando vier sedimentado por um início de uma nova relação, seja ela familiar ou profissional, que lhe ocasione o sustento.” (NETO, 2008, p. 84).

A violência doméstica e familiar, como mencionado anteriormente, pode ser exercida no âmbito da família, em que os agressores podem vir a ser o pai, o filho, o neto dentre outros. Tal violência também pode ser praticada no âmbito da unidade doméstica, caracterizada pelo convívio permanente de pessoas, não sendo necessário haver vínculo familiar, ou seja, a empregada doméstica que vier a sofrer algum tipo de violência por seu empregador estará amparada pela lei, conforme previsto nos incisos I e II, do artigo 5º, da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

A Lei Maria da Penha busca coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Para fins de enquadramento da lei, mulher deve ser compreendida como: as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino, que podem sofrer diferentes formas de violência, conforme rol exemplificativo do artigo 7º da referida lei.

Segundo artigo supracitado, a mulher poderá sofrer violência física, psicológica, sexual, patrimonial e/ou moral. Na maioria dos casos, a violência é desencadeada por meio de agressões verbais expressas, caracterizando a violência moral. Tal violência consiste na “[...] existência de ofensas que atingem a honra do sujeito passivo, comumente expressa nos crimes tipificados do Código Penal, como calúnia, injúria e difamação.” (NETO, 2008, p. 76). A violência psicológica se difere da violência moral, pois as ofensas atingem o emocional da vítima pela rejeição, pela discriminação, pelo desrespeito e pelas punições exageradas.

As mulheres que sofrem violências moral e psicológica passam, normalmente, junto com essas, outro tipo de violência que, na maioria das vezes, acaba por ser a violência física. A violência física pode ser compreendida, segundo Cavalcanti, como “[...] atos de acometimento físico sobre o corpo da

mulher através de tapas, chutes, golpes, queimaduras, mordeduras, estrangulamentos, punhaladas, mutilação genital, tortura, assassinato, entre outros.” (CAVALCANTI, 2008, p. 40).

Outra forma de violência exercida contra a mulher e raramente denunciada, devido ao sentimento de vergonha e medo causados à vítima, é a violência sexual. Esta, segundo Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto se concretiza “[...] mediante qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, manter ou a praticar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação, ou uso da força [...]” (CUNHA; PINTO, 2019, p. 80).

Por fim, há a violência patrimonial. Neto define violência patrimonial como “[...] aquela originada da agressão por parte do sujeito ativo nos bens e pertences de qualquer espécie que detenham valor de mercado e sejam de propriedade do sujeito passivo desta violência.” (NETO, 2008, p. 77). O dano causado por esta violência está diretamente ligado ao objeto material, contudo tal violência possui correlação com as demais, ou seja, a violência moral, psicológica e até mesmo física acompanham a violência patrimonial.

Diante de inúmeras formas de violência exercidas contra as mulheres, resultando na violação de direitos fundamentais e em uma má qualidade de vida, a Lei Maria da Penha disponibiliza mecanismos de proteção às mulheres, por meio de medidas protetivas de urgência, as quais poderão ser em favor da mulher vítima de violência doméstica e familiar ou em face do agressor.

2 LEI MARIA DA PENHA: ANÁLISE DA EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS

Para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra as mulheres, bem como dar um caráter mais severo às punições dos agressores, surge a Lei Maria da Penha. Neste segundo momento, serão abordadas as medidas protetivas de urgência, as quais poderão ser em favor da mulher vítima de violência doméstica e familiar ou em face do agressor.

É sabido que a eficácia das medidas protetivas é constantemente questionada, restando dúvidas se estas são realmente diligentes no combate à violência doméstica e familiar contra as mulheres. Por esta razão, sua eficácia

será analisada ao final por meio de dados de órgãos públicos do Estado do Rio Grande do Sul.

2.1 MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha é a primeira e mais relevante normativa nacional que possui mecanismos de prevenção, de assistência e de punição à violência doméstica e familiar contra as mulheres. Inúmeros casos de violência doméstica e familiar são registrados anualmente em todo o Estado brasileiro.

No tocante ao Estado do Rio Grande do Sul, indicadores da violência contra a mulher, segundo dados da Secretaria da Segurança Pública do Estado do RS, mostram que no ano de 2018 houve 37.623 casos de ameaça, 21.815 lesões corporais e 1.712 denúncias de estupro (RIO GRANDE DO SUL, 2019). No ano seguinte, em 2019, houve redução aos casos de ameaça e lesão corporal, com 37.381 e 20.989 casos respectivamente, e sensível aumento nos casos de estupro passando para 1.714 denúncias (RIO GRANDE DO SUL, 2020). Em relação ao ano de 2020, até o mês de maio foram registrados 14.342 casos de ameaça, 8.434 lesões corporais e 644 estupros (RIO GRANDE DO SUL, 2020). Toda forma de agressão sofrida pela mulher poderá ser denunciada e medidas protetivas poderão ser concedidas a ela, ou em face de seu agressor, com o intuito de cessar as agressões que geram tanto sofrimento, medo e desrespeito.

Para tanto, a vítima de violência doméstica e familiar deverá dirigir-se à Delegacia de Atendimento à Mulher, a qual possui atendimento policial especializado, que será realizado, preferencialmente, por policial do sexo feminino.

Estando presente a ofendida, a Autoridade Policial deverá fazer o registro de ocorrência de violência doméstica. O artigo 12 da Lei Maria da Penha descreve alguns procedimentos a serem realizados pela Autoridade Policial, devendo esta ouvir a ofendida, lavrar boletim de ocorrência, tomar a representação a termo, colher as provas do crime, determinar que se proceda o exame de corpo de delito e outras perícias, ouvir o agressor e as testemunhas, juntar os antecedentes criminais do agressor, bem como remeter o inquérito policial ao Juiz e ao Ministério Público no prazo legal (BRASIL, 2006).

O pedido de concessão de medidas protetivas de urgência, o qual poderá ser de caráter cível, criminal ou familiar, deve ser encaminhado ao Juiz pela Autoridade Policial. Após o encaminhamento, o magistrado possui prazo de até 48 horas para apreciá-lo (BRASIL, 2006).

A concessão das medidas protetivas possui caráter relevante, uma vez que, por meio delas, presume-se que ocorrerá a preservação da saúde física e mental, assim como o aperfeiçoamento moral e social da mulher vítima de agressão; também a segurança de seus familiares, se for o caso.

As medidas protetivas de urgência que constam na Lei Maria da Penha, podem ser concedidas pelo Juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conforme disposto no artigo 19 da lei. Tais medidas poderão ser aplicadas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, todavia este deve ser comunicado, conforme § 1º do referido artigo (BRASIL, 2006).

As medidas de urgência, conforme estabelecido no § 2º do artigo supracitado da Lei Maria da Penha, podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, podendo, ainda, serem substituídas a qualquer tempo por medidas de maior eficácia, caso seja de entendimento do magistrado, a requerimento do Ministério Público, ou a pedido da ofendida (BRASIL, 2006).

Conforme agravamento do caso, medidas protetivas de urgência de maior eficácia poderão ser aplicadas, tanto as que tutelam à vítima quanto as que se referem ao agressor. Sendo constatada a prática de violência contra a mulher, poderá o Juiz, de imediato, aplicar medidas protetivas, em conjunto ou separadamente, contra o agressor. Isso é o que dispõe o artigo 22 da Lei Federal nº 11.340/06, tendo como medidas:

[...]

- I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas;
- II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- III – proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço militar;
- V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios;

- VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e
- VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. (BRASIL, 2006).

No que tange às medidas a favor da ofendida, o artigo 23 da Lei Maria da Penha dispõe a respeito de alguns atos que poderão ser estipulados pelo magistrado, quando este observar a necessidade ao caso:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

- I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
- II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
- III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
- IV – determinar a separação de corpos;
- V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga. (BRASIL, 2006).

Tratando-se de bens patrimoniais, sejam da sociedade conjugal ou de propriedade particular da vítima, o artigo 24 da Lei Maria da Penha estabelece medidas que o Juiz poderá determinar, liminarmente, quais sejam:

[...]

- I – restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;
- II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;
- III – suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;
- IV – prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica contra a ofendida. (BRASIL, 2006).

Ao se tratar de bens de uso pessoal ou ainda de instrumentos de trabalho que o agressor tenha subtraído ou deteriorado da vítima, o Juiz poderá, de imediato, determinar sua restituição à vítima. Todavia, em relação aos bens adquiridos durante o casamento sob regime de comunhão parcial de bens, Cunha e Pinto explicam que, o Juiz deverá adotar o procedimento do arrolamento, nomeando a mulher como depositária dos bens até que sua propriedade fique definida na ação principal (CUNHA; PINTO, 2019).

As medidas que obrigam o agressor a fazer ou não determinadas condutas tipificadas no artigo 22 da Lei Maria da Penha, ou qualquer outra imposta pelo magistrado, devem, via de regra, ser cumpridas. Caso venha a ocorrer o descumprimento de alguma medida protetiva de urgência, aplicar-se-á pena de detenção de três meses a dois anos, conforme disposto no artigo 24-A da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006). Contudo, para que tal medida seja adotada, o descumprimento da medida protetiva deve ser relatado à autoridade competente.

Nesse sentido, analisar-se-á no tópico a seguir se as medidas protetivas da Lei Maria da Penha são realmente cumpridas pelos agressores, tornando-se, assim, eficazes aos casos de violência doméstica e familiar.

2.2 ANÁLISE DA EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA

A vítima de violência doméstica e familiar, assim como seus familiares, pode receber medidas protetivas de urgência para sua segurança, desde que devidamente informadas as autoridades competentes. Ao agressor são impostas medidas que podem estabelecer o seu afastamento do lar, a proibição de aproximação da ofendida, bem como o contato com a mesma, cabendo, ainda, outras determinações, as quais devem ser cumpridas. Ocorre que, muitas vezes, tais medidas acabam por não ser devidamente respeitadas, o que se torna um problema, pois nessas circunstâncias o agressor pode voltar, a qualquer momento, a praticar delitos contra a vítima. A tendência, nesses casos, é que sejam cada vez mais graves.

Por ser uma mazela que assola mulheres de diferentes idades, raças, condições econômicas e sociais, ações entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e entes não governamentais, tendem a ser desenvolvidas com o intuito de coibir e de prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Desse modo, tais entes devem adotar medidas efetivas de prevenção e de proteção às mulheres em situação de vulnerabilidade (BRASIL, 2006).

A Câmara dos Deputados analisava, em 2017, o Projeto de Lei nº 7181, que foi aprovado e criou o programa Patrulha Maria da Penha. Tal programa foi

implementado pelos órgãos de segurança dos estados e do Distrito Federal para monitorar, por meio de visitas periódicas às residências de mulheres, os casos de violência doméstica e familiar que possuem medidas protetivas de urgência (BRASIL, 2017).

No Estado do Rio Grande do Sul, segundo informações da Brigada Militar, houve aumento de 82% da Patrulha Maria da Penha do ano de 2019 para 2020, passando a atender mais 38 municípios. Com a ampliação da área de atuação, mais mulheres passaram a ser cadastradas no primeiro trimestre do ano de 2020 e foram realizadas cerca de 7.460 visitas em residências de vítimas, havendo, ainda, a prisão de 42 agressores que não cumpriram as medidas protetivas a eles impostas (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

Conforme informações fornecidas pela Brigada Militar, o número de prisões de agressores vem crescendo a cada ano. Em 2018 ocorreram 242 prisões por descumprimento de medidas protetivas, já no ano de 2019 passaram a ser 308 e apenas no primeiro trimestre de 2020 foram realizadas 42 (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

Havendo o descumprimento de medidas protetivas pelo agressor, a mulher vítima de violência doméstica e familiar fica muito mais vulnerável a sofrer novamente as agressões, uma vez que sua segurança, assim como a de seus dependentes, encontra-se ameaçada. Nesses casos de descumprimento das medidas protetivas, as autoridades competentes devem ser informadas a respeito para que os devidos procedimentos sejam aplicados, podendo o agressor vir a ser preso.

Os canais de denúncia devem, também, ser amplamente divulgados para que todos tenham conhecimento. As denúncias podem ser realizadas por meio de ligações para o número 197 da Polícia Civil, o disque 190 da Brigada Militar - uma viatura da Polícia Militar é enviada imediatamente até o local para o atendimento, ou o disque 180 - serviço registra e encaminha denúncias de violência contra a mulher aos órgãos competentes. Mulheres também poderão dirigir-se ao Ministério Público, à Defensoria Pública e às Delegacias Especializadas em Violência Doméstica e Familiar para pedir ajuda (BRASÍLIA, s.a).

Para que as medidas protetivas da Lei Maria da Penha sejam eficazes, é necessário que a vítima, ao sofrer novas agressões, informe rapidamente as

autoridades competentes sobre o ocorrido. Também, deverá proceder da mesma forma caso as medidas protetivas em face do agressor sejam descumpridas. A fiscalização das medidas, é, também, de suma importância para garantir a eficácia das mesmas.

Ocorre que, muitas vezes, tais medidas não são fiscalizadas como deveriam ser, pois não há um grande número de agentes para realizar o serviço de todas as medidas protetivas em andamento, e por essa razão tem-se sua eficácia prejudicada, dando assim oportunidade para o agressor reiniciar o ciclo de agressões com a vítima.

Segundo informações da Brigada Militar, houve aumento no número de prisões por descumprimento de medidas protetivas no Estado do Rio Grande do Sul. No ano de 2018 ocorreram 242 prisões e no ano posterior houve 308 detenções, todas em razão do descumprimento de medidas protetivas da Lei Maria da Penha. Tal fato, acarreta em um aumento de 27% dos casos (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

Na cidade de Porto Alegre/RS, em 2018, cerca de 30 pedidos de medidas protetivas eram encaminhados por dia à Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher (DEAM), totalizando 9,6 mil pedidos no ano. Pedidos foram concedidos, porém casos de descumprimento de medidas protetivas foram relatados às autoridades competentes, o que resultou na prisão de 60 de agressores (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

O Ministério Público do RS relata que o percentual de agressores que voltam a praticar violência contra as vítimas, no período de até 30 meses após incidente de violência doméstica, é de 41% (RIO GRANDE DO SUL, 2019). Objetivando o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, a Polícia Civil do Rio Grande do Sul coordenou a Operação Marias¹, que se deu no mês de março de 2020. Tal operação destinou-se ao cumprimento de 61 mandados de prisão preventiva especialmente por casos de descumprimento de medidas protetivas de urgência e casos de feminicídios (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

Tendo em vista a análise de dados de órgãos públicos do Estado do Rio Grande do Sul, como a Brigada Militar, a Polícia Civil e o Ministério Público,

¹ Idealizada pelo Conselho Nacional dos Chefes de Polícia e com apoio do Ministério da Justiça, a mobilização tem como objetivo o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher em âmbito nacional.

pode-se observar que considerável parte dos casos as medidas protetivas impostas em desfavor dos agressores foram descumpridas, uma vez que voltaram a importunar, a ameaçar e até mesmo a agredir as vítimas. Desse modo, conclui-se que as medidas protetivas da Lei Maria da Penha deixam lacunas em relação a sua eficácia, o que as tornam parcialmente eficazes ao garantir a segurança das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, as quais deveriam ser protegidas pela força da norma.

CONCLUSÃO

A violência doméstica e familiar contra as mulheres é considerada um problema social, cultural e de saúde pública e, infelizmente, está presente, há muito tempo, na vida de inúmeras mulheres. Essa violência se expressa de diferentes formas e em diversos espaços sociais, não atingindo apenas uma classe específica de mulheres. O estudo foi direcionado à violência doméstica e familiar contra as mulheres, tendo como foco a análise das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, especialmente no tocante à sua aplicação e cumprimento.

Inicialmente foi abordado o contexto histórico da violência contra as mulheres, sobretudo o patriarcado e a violência de gênero. O sistema patriarcal, assim como a violência de gênero, se faz presente na sociedade. Trata-se de um sistema de dominação em que o homem, gênero masculino, detém o poder das relações, seja na esfera pública ou privada. A desigualdade entre os gêneros acarreta relações de poder e de subordinação. O homem, ao ser detentor do domínio das relações, acaba por restringir a mulher a determinados atos, impedindo-a de exercer seus direitos fundamentais. Tal restrição faz com que a mulher esteja em estado de dependência, seja emocional ou econômica, com o homem. A mulher, ao tentar sair dessa situação de submissão e buscar sua independência e autonomia, desperta no homem a sensação de que seu poder está sendo ameaçado. Na tentativa de impedir que isso se concretize, há o uso da violência (simbólica, física, moral, patrimonial, sexual e/ou psicológica) contra a mulher.

Também, se deu ênfase a violência doméstica e familiar contra as mulheres, restando claro que não atinge uma classe determinada de mulheres e pode ser desencadeada no âmbito doméstico e familiar. As agressões sofridas

podem ser cometidas por diferentes agentes ativos, como pelo indivíduo que a mulher tenha ou já tenha tido alguma relação íntima de afeto, ou, por um membro da sua família podendo ser seu pai, tio, avô, neto, padrasto, dentre outros. As diversas formas de violência sofridas interferem na qualidade de vida da mulher, bem como daqueles que têm convivência próxima, além de acarretar na violação de seus direitos fundamentais. O Estado brasileiro, após se fazer omisso em relação aos casos de violência doméstica e familiar, passou a ratificar documentos internacionais os quais versam sobre o tema.

Na sequência, foi analisada a Lei Maria da Penha, como um marco importante para as mulheres brasileiras, visto que foi criada com o intuito de prevenir, de coibir e de proteger mulheres que sofrem violência doméstica e familiar. Diversas mudanças puderam ser observadas na sociedade após a lei ser sancionada, oferecendo às mulheres mais segurança e as encorajando a denunciar seus agressores. Após a realização da denúncia do agressor, medidas protetivas de urgência são concedidas para a vítima, com o objetivo de preservar sua segurança, bem como a de seus familiares e dependentes. Ao agressor são impostas medidas de urgência que o obrigam a realizar ou não determinados atos. A determinação de afastamento do lar e a não aproximação da ofendida, são algumas das mais requeridas contra o agressor, pois presume-se que desta maneira as sevícias por ele praticadas não mais ocorrerão.

Todavia, pode-se notar que a Lei Maria da Penha possui algumas falhas no tocante às medidas protetivas, em especial no que diz respeito ao seu cumprimento. O descumprimento de medidas protetivas pelo agressor faz com que este volte a perturbar, a ameaçar e até mesmo a praticar novamente delitos contra a vítima. Nesse sentido, foram analisados dados de órgãos públicos do Estado do Rio Grande do Sul, no período de 2018 a maio de 2020. Pela análise dos dados, verificou-se que há bastante descumprimento de medidas protetivas de urgência impostas em face dos agressores, chegando a aumentar em 27% os casos de descumprimento do ano de 2018 para o ano de 2019, nos quais mulheres, bem como seus familiares e dependentes, passaram a vivenciar, novamente, toda a angústia, o medo e o sofrimento causados pelas violências realizadas por seus agressores.

Nota-se que apesar das medidas protetivas serem impostas aos agressores, mulheres ainda continuam recebendo ameaças, sofrendo lesões

corporais, estupro e até mesmo sendo vítimas de feminicídio. Dessa forma, resta comprovado que as medidas protetivas da Lei Maria da Penha são parcialmente eficazes, uma vez que nem todas as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar conseguem ficar livres das agressões, nas suas diferentes formas de expressão, mesmo após a concessão das medidas protetivas de urgência da Lei nº 11.340/2006.

Insta registrar que a criação de leis protetivas específicas ao público feminino, quando aplicadas isoladamente, não tem se mostrado suficientes para a tutela dessas. As políticas públicas transversais são importantes mecanismos e devem ser fortemente trabalhadas na área da educação, no mercado de trabalho e, sobretudo, na mudança social e cultural. A criação de políticas públicas para enfrentar a violência contra as mulheres, assim como cuidar da educação da sociedade, da vítima e também do agressor, são questões essenciais para combater a problemática de modo mais eficaz.

Por todo o exposto, pode-se concluir que para uma melhor aplicação e cumprimento das medidas protetivas, necessário seria intensificar a implantação de projetos e de campanhas educativas, esclarecendo pontos como desigualdades e discriminações de gênero. Com isso, poderia se ter uma maior garantia da segurança jurídica da norma, assim como maior proteção e fiscalização aos casos de violência doméstica e familiar, objetivando, assim, fazer com que o ciclo da violência não volte a ocorrer.

REFERÊNCIAS

ANGELIN, Jaqueline. **A lei Maria da Penha no Combate à Violência Doméstica e a [eventual] Distorção de seus Mecanismos**: quando a má-fé ultrapassa o escopo da norma. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Curso de Direito-Faculdades Integradas Machado de Assis, Fundação Educacional Machado de Assis. Santa Rosa, 2015.

ANGELIN, Jaqueline; FERREIRA, Fernando Martins. A Lei Maria da Penha no combate à violência doméstica e a (eventual) distorção de seus mecanismos: quando a má-fé ultrapassa o escopo da norma. In: MARQUES, Aline Damian; SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos; SILVA, Roberta Herter da. (Orgs.). **Direitos Humanos Dilema e Perspectivas**. Vol.2. Curitiba: Editora CRV, 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.340/2006**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 11 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Como Denunciar Situações de Violência Contra as Mulheres?**. Brasília, DF. Disponível em:< <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/centro-judiciario-mulher/o-nucleo-judiciario-da-mulher/como-denunciar-situacoes-de-violencia-contra-as-mulheres>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica: análise artigo por artigo da lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06**. Editora JusPodivm, 2008, 2ª edição.

COSTA, Marli M. M. da; PORTO, Rosane T. C. Os Processos Circulares e o Triângulo de Empoderamento da Mulher a partir da perspectiva de gênero. In: COSTA, Marli M. M. da; HERMANY, Ricardo; SODER, Rodrigo Magnos. **Direito, Cidadania e Políticas Públicas**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006**. Comentada artigo por artigo. 8 ed. ver. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. 384 p.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. Tradução de Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro. Editora Civilização Brasileira S.A. Disponível em:<<https://professordiegodelpasso.files.wordpress.com/2016/05/engels-a-origem-da-familia-da-propriedade-privada.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

FALEIROS, Eva. Violência de gênero. In: TAQUETTE, Stella R.(Org.). **Violência Contra a Mulher Adolescente/ Jovem**. Rio de Janeiro: Editora UERJ, 2007.

NETO, Ricardo Ferracini. A Violência Doméstica sob a Ótica da Criminalidade; OLIVEIRA, Maria de Fátima Cabral Barroso de. Vitimização: A Mídia e a Violência Doméstica. In: SÁ, Alvinio Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (orgs.). **Criminologia e os Problemas da Atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. GaúchaZh. **MB Amplia mais de 80% as Patrulhas Maria da Penha no RS**. Publicado em 06 abr. 2020. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/04/bm-amplia-em-mais-de-80-as-patrulhas-maria-da-penha-no-rs-ck8ok1jki006s01qwx5caflor.html>> Acesso em: 28 maio. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. GaúchaZh. **Ofensiva Nacional Contra Violência Doméstica Cumpre 61 Mandados de Prisão no RS**. Publicado em 05 mar. 2020. Disponível em:<<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/03/ofensiva-nacional-contra-violencia-domestica-cumpr-61-mandados-de-prisao-no-rs-ck7ekzgd01jb01oab1rq9x4a.html>>. Acesso em: 04 jul. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público Estado do Rio Grande do Sul. **Lançada Cartilha Virtual de Combate à Violência Contra a Mulher**. Publicado em: 25 out. 2019. Disponível em:< <https://www.mprs.mp.br/noticias/50092/>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. RBSTV. **Patrulhas Maria da Penha Fecham 2019 com Aumento de 27% nas Prisões por Descumprimento de Medidas Protetivas, diz BM**. Atualizado em: 22 jan. 2020. Disponível em:< <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/01/22/patrulhas-maria-da-penha-fecham-2019-com-aumento-de-27percent-nas-prisoos-por-descumprimento-de-medida-protetiva-diz-bm.ghtml>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Segurança Pública. **Indicadores da Violência Contra a Mulher - Lei Maria da Penha**. Atualização realizada em 06 jan. 2019. Disponível em:< <https://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-da-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Segurança Pública. **Indicadores da Violência Contra a Mulher - Lei Maria da Penha**. Atualização realizada em 21 fev. 2020. Disponível em:< <https://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-da-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Segurança Pública. **Indicadores da Violência Contra a Mulher - Lei Maria da Penha**. Atualização realizada em 07 jun. 2020. Disponível em:< <https://www.ssp.rs.gov.br/indicadores-da-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, Patriarcado, Violência**. 2004. Reimpressão. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2007.

SILVEIRA, Juceli Pancera. **Enfrentamento à Violência Doméstica Contra a Mulher: a efetividade das políticas públicas no município de Cascavel/PR**. 2018. 136 f. Mestrado- Universidade Estadual do Oeste do Paraná- UNIOESTE, Toledo, 2018. Disponível em:<http://tede.unioeste.br/bitstream/tede/4036/2/Juceli_Silveira_2018.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

UMA BREVE ANÁLISE DA OBRA *AS BRUXAS DE SALEM* DE ARTHUR MILLER

MILLER, Arthur. *As Bruxas de Salem*. Trad. de Valeria Chamon. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

A obra analisada a seguir aborda, principalmente, a temática do Processo Inquisitório.

Acadêmica Júlia Vier Ramos
Professora Mariel S. Haubert
Faculdades Integradas Machado de Assis – Curso de Direito – 4º semestre.

Arthur Miller foi um dramaturgo norte-americano (nascido em Nova York no dia 17 de outubro de 1915), destacando-se, principalmente, por suas peças “*The Crucible (As Bruxas de Salem)*” de 1953 e “*A Morte de um Caixeiro Viajante*” de 1949. Miller graduou-se em jornalismo pela Universidade de Michigan em 1938 e recebeu diversos prêmios por suas obras, entre eles o prêmio espanhol Príncipe de Astúrias de Letras em 2002.

O presente trabalho busca analisar a peça “*As Bruxas de Salem*” de Arthur Miller a partir de perspectivas jurídicas que evidenciam a problemática da questão processual retratada na obra (inexistência de garantias processuais, processo penal inquisitório, contaminação do julgador pela opinião pública, julgamento injusto, utilização do processo como forma de vingança, confissões forçadas e testemunhos suspeitos), bem como estabelecer uma crítica a situações de perseguição àqueles que discordavam ou agiam de maneira distinta aos ideais puritanos que dominavam as colônias inglesas na época. Além disso, pretende-se abordar a temática de intolerância religiosa juntamente ao preconceito e racismo.

A peça de Arthur Miller se passa na cidade de Salem, em Massachussets nos Estados Unidos no ano de 1692, tendo sido caracterizada por um julgamento brutal e desprovido de garantias em face de mulheres acusadas da prática de bruxaria, considerada crime à época.

A história tem seu início após algumas jovens do vilarejo participarem de uma espécie de ritual com o intuito de terem revelações a respeito de futuros

relacionamentos amorosos e situações semelhantes, acompanhadas de uma escrava negra que supostamente seria versada em magia. Na manhã seguinte duas dessas jovens amanhecem desacordadas. Esse fato, associado aos rumores de que as moças foram vistas dançando histericamente ao redor de uma fogueira, provocou pânico nos moradores da comunidade que não hesitaram em relacionar a situação com a prática de bruxaria.

A partir disso, o pastor do vilarejo, reverendo Parris, convoca um “perito” em questões sobrenaturais para que analise os casos e desvende o mistério por trás do ocorrido com as jovens. Concomitantemente a isso, as demais meninas que se reuniram na noite anterior, ficavam cada vez mais receosas do que poderia acontecer se os habitantes do vilarejo descobrissem o seu envolvimento com questões de tamanha reprovação.

Com a chegada de reverendo Hale, perito solicitado por Parris, a primeira pessoa a ser considerada como bruxa é a escrava Tituba, que, por possuir alguns conhecimentos sobre espíritos e rituais, tinha sido procurada pelas meninas do vilarejo para que satisfizesse suas vontades de enfeitiçar pretendentes, além de sanar dúvidas em relação aos mortos. No entanto não foi tal afirmação que chegou aos ouvidos de Hale, mas, sim, a acusação, feita pela jovem Abigail (sobrinha do Reverendo Parris e a principal interessada nos conhecimentos de ocultismo de Tituba para que pudesse atrair John Proctor, seu interesse amoroso), de que a escrava havia obrigado as moças a participarem de práticas ocultas. Neste momento da história, é possível perceber a intolerância religiosa em relação aos cultos realizados pelo povo de Tituba, uma vez que prontamente foram associados ao Demônio por se diferenciarem do que era pregado na comunidade naquele momento. Além disso, ao longo da narrativa é clara a propagação da ideia de que qualquer situação diferenciada do padrão ou que sequer questionasse as ideologias cristãs pregadas naquele tempo, seria algo de extremo mal e que deveria ser evitado a todo custo.

Tituba, por medo de que fosse para a forca se discordasse do que estava sendo dito pelas jovens, “confessou” que teve uma visão do próprio Diabo, que veio a ela pedindo que fosse sua serva. O reverendo Hale pergunta se havia mais alguém em sua visão que pudesse estar aliciado com tamanho mal e que poderia ter enfeitiçado as meninas e Tituba. Então ela, influenciada pelas jovens que haviam professado alguns nomes momentos antes, repete os nomes que

pertenciam a mulheres mais pobres e sem muito prestígio que ali habitavam. À vista disso, as jovens simulam visões e começam a citar outros nomes de supostas bruxas que agiram de maneira a coagi-las para que se portassem de maneira distinta ao comportamento puritano esperado das mulheres honestas e de bem. É importante destacar, a partir desse discurso, que as mulheres que não estivessem em suas casas agindo de maneira submissa aos seus maridos e cuidando dos filhos ou as jovens que não estivessem almejando tal contexto, eram terrivelmente julgadas pela sociedade da época. Além disso, havia o comportamento destrutivo de algumas mulheres em relação a outras, tratando-as como inimigas ou rivais que deveriam estar constantemente competindo pelos homens.

A partir desse momento, inicia-se uma verdadeira caça às bruxas. Por meio das acusações, que não se faziam acompanhadas de prova alguma, dezenas de pessoas foram perseguidas e, quando não confessavam terem praticado os rituais, eram direcionadas para a forca e assassinadas. Uma vez acusadas, as únicas opções que lhes eram apresentadas seriam: confessarem e ficarem presas (estando sujeitas a morte se não se recuperassem da vida de pecados) ou não confessarem e irem para a forca indiciadas por bruxaria e rebeldia. Não existiam garantias processuais e, segundo explicações dos próprios juízes, não existiam provas determinantes pois, como se tratavam de fatos sobrenaturais, as únicas que saberiam do feito eram a bruxa e a vítima. Nesse sentido, os julgadores agiam como acusadores no processo e a defesa, ao invés de figurar como uma garantia processual, era considerada uma afronta aos poderes do Tribunal.

Além das acusações representarem uma maneira de as jovens se eximirem do que fizeram, desviando a atenção para incriminações mal fundamentadas em relação aos grupos vulneráveis do vilarejo, algumas pessoas se beneficiaram pessoalmente das perseguições. Exemplos disso foram as situações de Abigail e Putnam. No caso de Abigail, era muito conveniente que a mulher de John Proctor, homem com quem a jovem teve um caso, fosse considerada uma bruxa, pois, dessa maneira, conseguiria exatamente o que havia pedido na noite em que tudo começou enquanto dançava ao redor da fogueira. Já no caso de Putnam, com a condenação, prisão e possível morte pela

força dos moradores, ele poderia adquirir as terras que a estes pertenciam e teria cada vez mais posses.

Muito embora houvesse revolta por parte de alguns em relação ao procedimento e às injustiças que estavam sendo cometidas em Salem, o caos estava instaurado na pequena cidade a tal ponto que era preferível condenar inocentes a fim de criar a falsa sensação de segurança. As pessoas queriam respostas e já não importava mais se essas eram verdadeiras, pois o objetivo de um processo sem garantias não é chegar próximo à verdade real a partir de provas, mas o de perseguir, condenar e entregar ao grande público o que ele quer. Nesse sentido, é oportuno citar a influência da contaminação do julgador pela opinião pública. Em casos como esse, os julgadores buscam satisfazer os desejos de vingança do povo e não atuar em prol de um processo justo e adequado.

A história termina quando John Proctor é levado para a força por se recusar a assinar a confissão que estabelecia sua suposta relação com o ocultismo. Enquanto é levado, ele pede a sua mulher que não chore, que não dê aos perseguidores o que eles querem, mas que demonstre dignidade e a pureza de sua alma. Elizabeth Proctor, ao ver seu marido sendo conduzido à força com a cabeça erguida, chega à conclusão de que ele finalmente encontrou sua claridade.

Arthur Miller realizou um ótimo trabalho ao retratar a questão do processo em sua obra, pois evidencia questões objetivas jurídicas com grande sensibilidade, possibilitando a compreensão do leitor para além das garantias escritas na letra da lei. Quando relata de forma tão real o que pode ocorrer em um contexto que não respeita direitos fundamentais de um processo devido e justo, demonstra que, se um processo não protege os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, de fato não passa de uma caça às bruxas.

REFERÊNCIA

MILLER, Arthur. *As Bruxas de Salém*. Trad. de Valeria Chamon. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.