

Dezembro 2019

REVISTA

**DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Edição nº 25 – 2019

Alice Brocardo de Lima
Bruna Martins Aguiar
Bruna de Carvalho Fagundes de Lima
Caroline de Souza Emilio
Cleide Calgare
Elaine Souza Dantas
Gabriela Barboza
Jones Mariel Kehl
Suellen Barreto Peranovich
Thainá Rodrigues Vieira

Coord. Editorial
Mariana Py Muniz Cappellari



REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

do Rio Grande do Sul



**Porto Alegre/RS
2020**

ISSN 2177-8116

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [online] /
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 10, V.25
(set/dez.2019). – Porto Alegre: DPE, 2019 –

Quadrimestral.

Modo de Acesso: <<http://www.dpe.rs.gov.br>>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito - Periódico I. Rio Grande do Sul (estado). Defensoria Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Cristiano Vieira Heerdt

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Adriana Hervé Chaves Barcellos

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Liseane Hartmann

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Tiago Rodrigo dos Santos

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Antonio Flávio de Oliveira

COORDENADORA DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Mariana Py Muniz Cappellari

CONSELHO EDITORIAL

Angelita Maria Maders
Cristiane Achilles Guedes
Juliano Viali dos Santos
João Batista Oliveira de Moura
Jorge Luís Terra da Silva
Mariana Py Muniz Cappellari
Paulo Cezar Carbonari
Sandra Beatriz Morais da Silveira
Vanessa Chiari Gonçalves

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Morgana dos Santos Becker
Thiago Silveira de Oliveira
Virgínia Feix

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 – Centro Histórico
CEP 90010-100 – Porto Alegre/RS
Tel. 51 3211-2233
www.dpe.rs.gov.br/site/revista_eletronica.php

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EM COLISÃO COM O DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE INICIATIVA: ESTUDO DA ADPF N. 101 E DA ADI N. 3540 MC/DF IMPETRADAS NO STF <i>Cleide Calgaro e Gabriela Barboza</i>	12
NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA: UMA ANÁLISE SOBRE A INSEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL <i>Bruna Martins Aguiar</i>	34
CONSENTIMENTO INFORMADO: UMA APRECIÇÃO ACERCA DA VALIDADE PRÁTICA E JURÍDICA DO INSTRUMENTO <i>Thainá Rodrigues Vieira</i>	54
ADVOCACIA SISTÊMICA. A POSTURA SISTÊMICA NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA <i>Alice Brocardo de Lima, Elaine Souza Dantas e Suellen Barreto Peranovich</i>	78
ADOÇÃO NO BRASIL: ANÁLISE DO INSTITUTO E MOROSIDADE DO SEU PROCEDIMENTO NO PAÍS <i>Caroline de Souza Emilio</i>	96
A DESESTABILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E SOCIAIS PROVOCADAS PELO CÁRCERE FEMININO: UM ESTUDO REALIZADO NO PRESÍDIO ESTADUAL DE CANELA <i>Bruna de Carvalho Fagundes de Lima e Jones Mariel Kehl</i>	120

APRESENTAÇÃO

A 25ª edição da REVISTA DA DEFENSORIA, é composta de seis artigos que contemplam várias temáticas de interesse sociojurídico, seja para acadêmicos, seja para operadores dos diversos órgãos do sistema de justiça.

Ao discutir a colisão entre os direitos fundamentais ao meio ambiente e à livre iniciativa **Gabriela Barboza e Cleide Calgare** enfrentam antigos dilemas hermenêuticos constitucionais de modo crítico, a partir das discussões propostas em casos concretos, em ações impetradas junto ao Supremo Tribunal Federal.

Outro importante estudo no âmbito do Direito Constitucional é feito por **Bruna Martins Aguiar** para compreender os mecanismos de utilização das normas penais em branco, enfrentando o tema da insegurança jurídica e o entendimento de acadêmicos e doutrinadores a esse respeito, partindo dos pressupostos do Supremo Tribunal Federal e seu posicionamento pela constitucionalidade dessas normas.

Também mirando a prática judicial, Tainá **Rodrigues Vieira** analisa conceitos gerais de bioética, especialmente o consentimento informado e seus vícios, no contexto do crime que ficou conhecido como “Máfia das Próteses”, em 2015, visando a chamar atenção para a pouca discussão aos princípios éticos e médicos feridos no esquema criminoso e questionando a validade deste instrumento.

Ainda voltadas para a prática e aplicabilidade do Direito, **Alice Lima, Elaine Dantas e Suellen Peranovich** discutem o olhar sistêmico para a resolução de conflitos, seja no Poder Judiciário, ou na extrajudicialidade, nos atendimentos pelos advogados (e por que não pela Defensoria?) propondo uma postura menos litigante e como possibilidade de mudança, em uma preparação prévia para a paz, com fundamento nos ensinamentos de Bert Hellinger.

Sustentando o olhar para a realidade do abandono de crianças e adolescentes e o volume gigantesco de espera por adoção no Brasil, **Caroline de Souza Emilio**, apresenta dados sobre os entraves processuais e burocracia nos procedimentos. A autora aponta para os

prejuízos psíquicos e sociais da espera, apesar dos avanços promovidos pela Lei Nacional da Adoção de 2009, que conferiu maior celeridade ao processo de adoção no país, e criou o Cadastro Nacional de Adoção., com o intuito de cruzar informações constantes no banco de dados entre crianças ou adolescentes e pretendentes para o fim de encontrar perfis compatíveis.

Finalizando esta edição de textos voltados para aplicação prática do direito e o descortinamento da realidade, **Jones Mariel Kehel e Bruna Lima** analisam as especificidades da criminalidade feminina, chamando a atenção para o contexto social em que a mulher está inserida e o rompimento de laços familiares gerado pelo cárcere, a partir de pesquisa empírica realizada com quatro detentas do Presídio Estadual de Canela (PECAN), na cidade de Canela, RS.

Boa leitura a todos(as)!

MARIANA PY MUNIZ CAPPELLARI
Defensora Pública
Coordenadora da Revista da Defensoria

**DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EM COLISÃO COM O DIREITO
FUNDAMENTAL À LIVRE INICIATIVA: ESTUDO DA ADPF N. 101 E DA ADI N.
3540 MC/DF IMPETRADAS NO STF**

Gabriela Barboza¹

Cleide Calgaro²

RESUMO: O presente trabalho terá como objetivo analisar o conflito entre os direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à livre iniciativa, buscando averiguar a viabilidade de conciliação entre esses valores. O método utilizado é o analítico com estudo de ações. Por fim, será feita uma análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de examinar a solução encontrada nos casos concretos para a colisão dos direitos fundamentais em estudo a fim de verificar como foi o desfecho das mesmas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Meio ambiente. Livre iniciativa. Conflito. STF.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 101 julgada pelo STF. 3 Ação direta de inconstitucionalidade n. 3540 MC/DF julgada pelo STF. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Serão analisadas duas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que contenham, de forma preponderante, a solução do conflito entre os direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à livre iniciativa.

¹ Bacharela em Direito pela Universidade de Caxias do Sul.

² Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutoranda em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, na condição de taxista CAPES. Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestra em Direito e em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Atualmente é Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito na Universidade de Caxias do Sul. É Líder do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica” da Universidade de Caxias do Sul-UCS e Vice-Líder do Grupo de Pesquisa “Filosofia do Direito e Pensamento Político” da Universidade Federal da Paraíba-UFPB. Atua como pesquisadora no Grupo de pesquisa “Regulação ambiental da atividade econômica sustentável (REGA)” da Escola Superior Dom Helder Câmara e no CEDEUAM UNISALENTO - Centro Didattico Euroamericano sulle Politiche Costituzionali na Università del Salento-Itália. É membro do Comitê Assessor de Ciências Humanas e Sociais da FAPERGS: Membro Titular (2019-2021). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1840-9598>. CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: ccalgaro1@hotmail.com

Dessa forma, será possível realizar uma análise da solução do conflito de direitos fundamentais encontrada pelo Poder Judiciário brasileiro nos casos concretos.

A metodologia utilizada será a analítica, pois trará uma análise da Constituição Federal e doutrinas correspondentes ao tema, expondo todos os sentidos possíveis da interpretação textual. Com base nisso se fará um estudo de duas ações impetradas no Supremo Tribunal Federal – STF, sendo elas ADPF n. 101 ajuizada em 2009 pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva e a Ação direta de inconstitucionalidade n. 3540 MC/DF, sendo que a mesma foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, com o objetivo de reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 1º da Medida Provisória n. 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que alterou o art. 4º, “caput” e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º, da Lei n. 4.771, de 15/09/1965, que instituiu o antigo Código Florestal.

2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 101 JULGADA PELO STF

A ação de controle concentrado de constitucionalidade denominada como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é prevista pela Constituição da República em seu parágrafo primeiro do art. 102 e disciplina pela Lei 9.882 de 1999. A arguição é proposta perante o Supremo Tribunal Federal e tem como objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultado de algum ato do Poder Público. (BRASIL, 1999).

No caso analisado, a arguição fora ajuizada pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, no ano de 2009, contra decisões de quatro Tribunais Regionais Federais e vinte e quatro juízos federais em seis estados diferentes. As referidas decisões judiciais permitiram a importação de pneus usados, contrariando, portanto, as Portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior – Decex e da Secretaria de Comércio Exterior – Secex, Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama e Decretos Federais.

A empresa requerente das autorizações judiciais utilizava o argumento de que inexistia óbice na legislação brasileira quanto à importação de pneus usados advindos da Comunidade Europeia. Da mesma forma, a União Europeia questionou o Brasil perante a Organização Mundial de Comércio por constituir barreira comercial

que busca vedar a importação de pneus usados, ao argumento de que a mesma operação era permitida para os países integrantes do Mercosul.

A OMC negou as alegações da União Europeia, determinando que o Brasil comprovasse a efetividade da legislação brasileira sobre a temática e afirmando a possibilidade de o Estado instituir suas próprias políticas públicas, em especial sobre o meio ambiente e a saúde pública do país.

Os magistrados, ao permitirem a importação de pneus usados por países que não integram o Mercosul, fundamentaram ser uma ofensa à previsão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma vez que afronta o direito de livre iniciativa e de livre comércio (art. 170 da CRF/88). Além disso, a permissão de importação de pneus remoldados apenas provenientes de países integrantes do Mercosul seria uma ofensa ao princípio da isonomia. Por fim, alegam que os atos normativos são omissos quanto à importação de pneus recauchutados, referindo-se apenas aos em estado usado, e a norma regulamentar não seria competente para estabelecer tais restrições.

2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. (ADPF n. 101, 2012, p. 03).

A arguente, por sua vez, sustentou afrontada também à Convenção da Basiléia, em vigor desde maio de 1992, e recepcionada pelo Brasil através do Decreto n. 875, de 19.7.93, pela qual se reconhece que “qualquer Estado tem o direito soberano de proibir a entrada ou eliminação de Resíduos perigosos estrangeiros e outros Resíduos no seu território”. (CONVENÇÃO, 2000, p. 10).

Ao argumento de que “a maneira mais eficaz de proteger a saúde humana e o ambiente dos perigos causados por esses Resíduos é reduzir a sua produção ao mínimo, em termos de quantidade e ou potencial de perigo”. (CONVENÇÃO, 2000, p. 10).

Além disso, a arguente alega a importância da procedência da ADPF para a preservação do meio ambiente e proteção da saúde pública no país. Desse modo, elenca os motivos pelo qual a importação de pneus é prejudicial ao Brasil.

a) não existe “método eficaz de eliminação completa dos resíduos apresentados por pneumáticos que não revele riscos ao meio ambiente”;

- b) “mesmo a incineração, que é o método mais aceito e utilizado atualmente, produz gases tóxicos que trazem significativos danos à saúde humana e ao meio ambiente”;
- c) “outros métodos já desenvolvidos, a par de não assegurarem a incolumidade do meio ambiente e da saúde, são muito custosos economicamente, prestando-se apenas a eliminar uma fração mínima desses resíduos”;
- d) “assim como a Comunidade Européia, o Brasil não admite o aterro de pneus como método de eliminação de resíduos ambientalmente adequados, tendo em vista o risco de danificação da sua estrutura e consequente liberação de resíduos sólidos e líquidos prejudiciais ao meio ambiente e à saúde pública, assim como de cinzas tóxicas”;
- e) “o acúmulo de pneus ao ar livre frequentemente causa incêndio de grandes dimensões e de longa duração (...) liberando óleos pirolíticos no meio ambiente, gases tóxicos na atmosfera que contém compostos químicos altamente perigosos e muitas vezes cancerígenos, além de representarem grave risco à saúde pública, por serem criadouros ideais para mosquitos transmissores de doenças tropicais, como dengue, malária e febre amarela” (ADPF n. 101, 2012, p. 05).

Ressalta, ainda, que o Brasil possui sozinho um passivo de aproximadamente 40 milhões de unidade de pneus usados por ano. Portanto, de antemão, já possui extrema dificuldade para a destinação correta nas formas recomendadas para prevenir os danos ambientais, de maneira economicamente sustentável, dos pneus produzidos e abandonados no país.

3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de substituição em decorrência de seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. (ADPF n. 101, 2012. p. 03).

Segundo a União Europeia, o Brasil estaria impossibilitando o exercício da atividade econômica de reforma de pneus. Como resposta, o arguente afirma que apesar da possibilidade de os pneus usados poderem ser reformados através da recapagem ou da remoldagem, os pneus de automóveis de passeio, por exemplo, são passíveis apenas de um processo de reforma e, após isso, sua vida útil é muito inferior à de um pneu recém-fabricado. Logo, apesar da oportunidade de reforma, os pneus usados importados resultam, em um curto lapso temporal, em um grande passivo de lixo potencialmente nocivo.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101/2009 possui a seguinte pretensão:

- a) o reconhecimento da existência de lesão ao preceito fundamental consubstanciado no direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos dos arts. 196 e 225 da Constituição da República; b)

a declaração de ilegitimidade e inconstitucionalidade das interpretações e decisões judiciais que autorizam a importação de pneus usados, com efeito 'ex tunc', inclusive sobre as ações judiciais transitadas em julgado; c) a declaração de constitucionalidade e legalidade do art. 27 da Portaria DECEX n. 8, de 14.5.91, do Decreto n. 875, de 19.7.93, que ratificou a Convenção da Basiléia, do art. 4º da Resolução n. 23, de 12.12.96, do art. 1º da Resolução CONAMA n. 235, de 7.1.98, do art. 1º da Portaria SECEX n. 8, de 25.9.00, do art. 1º da Portaria SECEX n. 2, de 8.3.02, do art. 47-A do Decreto n. 3.179, de 21.9.99 e seu § 2º, incluído pelo Decreto n. 4.592, de 11.2.03, do art. 39 da Portaria SECEX n. 17, de 1º.12.03, e do art. 40 da Portaria SECEX n. 14, de 17.11.04, com efeito 'ex tunc'. (ADPF n. 101, 2012, p. 7).

Verificada a adequação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sendo inclusive comprovada a inexistência de outro meio judicial eficaz para a ação e, portanto, respeitado o requisito da subsidiariedade expressamente previsto no art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99. (BRASIL, 1999).

1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. (ADPF n. 101, 2012, p. 03).

Dessa forma, a Ministra Relatora Cármen Lúcia passou a analisar o mérito da questão. De início, ao fazer um minucioso histórico sobre a legislação da matéria, destaca a previsão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a inclusão do direito à saúde como um direito social fundamental, em seu art. 6º. Além disso, previsto também no diploma do art. 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988, p. 59).

Determinando, ainda, a competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios legislar a respeito da proteção do meio ambiente e do combate da poluição em todas as suas formas. (art. 23, VI, da CRF/88). De igual modo destaca a previsão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o art. 225 da CRF/88 como um todo.

Quanto ao âmbito internacional, com reflexo diretos na legislação interna do Brasil, destaca-se Convenção da Basiléia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, do ano de 1989.

Em seguimento da Convenção, em 1991, fora adotado no Brasil o princípio que norteou a Portaria n. 8, editada pelo Departamento de Operações de Comércio Exterior – Decex, a qual determinou a vedação da importação de bens de consumo usados. Além disso, no ano seguinte, foi publicada a Portaria Ibama n. 138-N, que, com base também na Convenção da Basileia, proibiu a importação de pneus usados.

Posteriormente, em 1996, a Resolução n. 23, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama, também proibiu a importação de pneus usados.

Em 1998, foi adotada a Convenção de Rotterdam ou Convenção PIC sobre o Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas, assinado por mais de 75 Países, para reduzir riscos associados ao uso de pesticidas e produtos químicos perigosos das atividades industriais. Por ela se permite que Países signatários, como o Brasil, deliberem sobre quais produtos químicos perigosos poderão ser importados em seu território e quais serão proibidos, por apresentarem riscos ao meio ambiente e à saúde humana. (ADPF 101, 2012, p. 28).

Entretanto, a legislação acima exposta entra em conflito com as Portarias n. 14/2004, da Secretaria de Comércio Exterior (Secex), que permitiu a importação de pneus usados quando se originar de países do Mercosul, estabelecendo, portanto, uma exceção à regra do direito brasileiro.

Art. 40. Não será deferida licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4012 da NCM, à exceção dos pneumáticos remoldados, classificados nas NCM 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 e 4012.19.00, originários e procedentes dos Estados Partes do Mercosul ao amparo do Acordo de Complementação Econômica n. 18. Parágrafo único. As importações originárias e procedentes do Mercosul deverão obedecer ao disposto nas normas constantes do regulamento técnico aprovado pelo Instituto de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro) para o produto, assim como nas relativas ao Regime de Origem do Mercosul e nas estabelecidas por autoridades de meio ambiente. (BRASIL, 2004, p. 7-8).

Essa exceção foi o argumento utilizado pela União Europeia perante a Organização Mundial do Comércio e pelas decisões judiciais que autorizaram a importação por países que não compõem o Mercosul.

A ministra-relatora, em seu voto, destacou a importância de pacificar a matéria, uma vez que foi objeto até mesmo de questionamento realizado pela União Europeia ante o Brasil na Organização Mundial do Comércio (OMC).

Destaca que a palavra de ordem nos dias atuais é o desenvolvimento sustentável, conceito que compreende o crescimento econômico e, ao mesmo

tempo, assegura a saúde da população, de grande importância tanto para a sociedade atual quanto para as futuras gerações. Nessa linha, o trecho da ementa da ADPF:

4. Princípios constitucionais (art. 225) *a*) do desenvolvimento sustentável e *b*) da equidade e responsabilidade intergeracional.

Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras.

Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. (ADPF n. 101, 2012, p. 04).

Conjuntamente, frisa a necessidade de assegurar o desenvolvimento econômico, afim de evitar uma crise econômica e, por conseguinte, uma crise social, tendo em vista que uma desencadeia a outra pelas repercussões imediatas na vida das pessoas. E sobre isso afirma:

Mas ela não se resolve pelo descumprimento de preceitos fundamentais, nem pela desobediência à Constituição.

[...] não se resolve uma crise econômica com a criação de outra crise, esta gravosa à saúde das pessoas e ao meio ambiente. A fatura econômica não pode ser resgatada com a saúde humana nem com a deterioração ambiental para esta e para futuras gerações. (ADPF n. 101, 2012, p. 98).

A relatora ainda afirma que as medidas impostas nas normas brasileiras, que no presente caso se discute seu descumprimento pelas decisões judiciais, são pautadas no princípio da precaução, acolhido pela Constituição da República de 1988 e determinado como um dever de todos.

Lembra a relatora que o princípio da precaução consta no Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro, tirada na Rio-92, pelo qual se entende que “de modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades”. (ADPF n. 101, 2012, p. 97). Nas palavras da ministra-relatora Cármen Lúcia, o princípio da precaução:

vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio torna efetiva a busca constante de proteção da existência humana, seja tanto pela proteção do meio ambiente como pela garantia das condições de respeito à sua saúde e integridade física, considerando-se o indivíduo e a sociedade em sua inteireza. (ADPF n. 101, 2012, p. 97).

Prossegue com o cuidado de ressaltar que tal princípio “não desacata ou desatende os demais princípios constitucionais da ordem econômica, antes com eles se harmoniza e se entende, porque em sua integridade é que se conforma aquele sistema constitucional”. (ADPF n. 101, 2012, p. 99). E complementa:

Assim, pelo risco de dano ao meio ambiente ou à saúde pública tem aplicação plena o princípio constitucional da precaução ambiental, garantindo-se a supremacia do interesse público sobre o particular, na proteção da vida como bem maior à qual a Constituição deu especial atenção. (ADPF n. 101, 2012, p. 119).

Ademais, sublinha que a eliminação de pneus inservíveis provoca potencial risco à saúde pública e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, adotando o Poder Público medidas para que os fabricantes deem destinação correta aos pneus inservíveis e também aos rejeitos decorrentes da fabricação.

Sendo reconhecidos, portanto, os argumentos trazidos pelo arguente, elencados no trecho da ementa:

8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica. (ADPF n. 101, 2012, p. 05).

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela legitimidade constitucional da norma proibitiva de importação de pneus usados e sobre a necessidade de ser ela efetivada por todos, inclusive os órgãos do Poder Judiciário e complementa com uma ponderada colocação: “Talvez as próximas gerações sequer entendam o que aqui se discute hoje, pois o que num tempo é conturbado para novos tempos é apenas o óbvio.” (ADPF n. 101, 2012, p. 106).

Para chegar ao presente entendimento, a ministra-relatora utilizou-se da ponderação de direitos fundamentais, método utilizado para a conciliação de direitos fundamentais conflitantes, como é o caso em questão.

apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais demonstra que a importação de

pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225, da Constituição do Brasil. (ADPF n. 101, 2012, p.108).

Por fim, a ministra-relatora decidiu pela parcial procedência da ADPF n. 101, sendo acompanhada pelo voto da maioria dos ministros, sendo o ministro Marco Aurélio o único a proferir voto em posição contrária.

Defendeu, ainda, a exclusão da portaria que estabeleceu exceção à importação de pneus usados, permitindo a importação de países integrantes do Mercosul, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade se refere a todas as formas de importação de pneus usados de qualquer espécie, inclusive os pneus remoldados.

No que se refere à coisa julgada, a ministra-relatora faz ressalva ao que já foi cumprido, ao que foi executado e que não há como ser desfeito, respeitando a previsão do art. 5º, XXXVI da Constituição da República de 1988.

9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição. (ADPF n. 101, 2012, p. 05).

Cumprido destacar que a exceção às decisões com trânsito em julgado não se aplica nos casos de decisões com conteúdo aberto, ou seja, que contenham determinação de forma ilimitada para o futuro, pois a partir da decisão proferida na ADPF analisada ficam proibidas quaisquer importações de pneus usados.

O ministro Eros Grau, apesar da concordância, faz uma ressalva quanto ao voto da relatora, defendendo a interpretação sistêmica e a impossibilidade de ponderação entre a defesa da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e os princípios da livre iniciativa e do livre comércio. E afirma: “*princípios de direito* não podem, enquanto princípios, ser ponderados entre si. Apenas valores podem ser submetidos a essa operação”. (ADPF n. 101, 2012, p. 06). Dessa forma, a inconstitucionalidade dos atos descumpridores dos preceitos fundamentais estaria embasada na interpretação da Constituição brasileiro em sua totalidade.

Enquanto a ADPF estudada encontrava-se ainda em trâmite, em 02 de agosto de 2010 foi promulgada a Lei nº 12.305, legislação que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Em seu art. 49, a referida lei determinou definitivamente a

proibição da importação de resíduos perigosos, estabelecendo, enfim, previsão legal a respeito da matéria e reparando lacuna legislativa em favor ao direito à saúde e à preservação do meio ambiente.

Art. 49. É proibida a importação de resíduos sólidos perigosos e rejeitos, bem como de resíduos sólidos cujas características causem dano ao meio ambiente, à saúde pública e animal e à sanidade vegetal, ainda que para tratamento, reforma, reúso, reutilização ou recuperação. (BRASIL, 2010, p. 20).

Dessa forma, a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, analisou um caso concreto do conflito de direitos fundamentais, ou seja, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a livre iniciativa. Nesse caso houve a ponderação entre os princípios e a declaração de inconstitucionalidade de atos que permitiram a importação de pneus usados, prevalecendo a soberania nacional para defesa do meio ambiente e demais princípios fundamentais assegurados pela Constituição brasileira. A seguir se analisa ADI nº. 3540 e a decisão do STF acerca do tema exposto.

3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3540 MC/DF JULGADA PELO STF

A ação direta de inconstitucionalidade é um instrumento utilizado no controle direto de constitucionalidade de leis e atos normativos perante o Supremo Tribunal Federal. Sua previsão encontra-se no art. 102, I, 'a' da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e é regulamentada pela Lei n. 9.868/99.

A decisão em análise trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo eminente Procurador-Geral da República, com o objetivo de reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 1º da Medida Provisória n. 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que alterou o art. 4º, "caput" e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º, da Lei n. 4.771, de 15/09/1965, que instituiu o antigo Código Florestal.

A Medida Provisória determinou que o art. 4º, "caput" e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º, da Lei n. 4.771/65 passasse a vigor com a seguinte redação:

Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse

social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

§ 1º A supressão de que trata o caput deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana, dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico.

§ 3º O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente.

§ 4º O órgão ambiental competente indicará, previamente à emissão da autorização para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor.

§ 5º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, ou de dunas e mangues, de que tratam, respectivamente, as alíneas "c" e "f" do art. 2º deste Código, somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

§ 6º Na implantação de reservatório artificial é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do CONAMA.

§ 7º É permitido o acesso de pessoas e animais às áreas de preservação permanente, para obtenção de água, desde que não exija a supressão e não comprometa a regeneração e a manutenção a longo prazo da vegetação nativa. (BRASIL, 2001, p. 01).

Diante da alteração legislativa oriunda da Medida Provisória, o Procurador-Geral da República ingressou com medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, visando impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental.

O ministro-presidente, durante período de férias forenses, proferiu decisão que determinou a suspensão cautelar da Medida Provisória que alterou a lei que instituiu o Código Florestal. Utilizou-se dos seguintes argumentos para fundamentar a decisão:

Ora, a extração de minério **causa** danos irreparáveis e irreversíveis ao meio ambiente, **eis** que a área em que a atividade for desenvolvida **não voltará** ao seu estado anterior, **presente** por este motivo o 'periculum in mora'.

O 'fumus boni juris' **encontra-se** na norma constitucional (art. 225, § 3º, III, da CF) **que autoriza** a supressão de área de preservação permanente **somente por lei**.

Daí que a concessão da medida permitirá uma análise mais aprofundada sobre o tema e, ao mesmo tempo, não impedirá o perecimento do direito de eventuais interessados na exploração ambiental. (ADI 3.540-MC, 2005, p. 05).

O Presidente da República prestou informações e defendeu a legitimidade constitucional da alteração legislativa e não transgrediu a norma constitucional. Por

consequente, requereu a reconsideração da medida cautelar deferida. Para tanto, o consultor jurídico do Ministério do Meio Ambiente fez alguns apontamentos para apoiar o pedido.

III – o texto constitucional em análise **expressa a necessidade** de lei específica **para a alteração e a supressão** de espaços territoriais especialmente protegidos, **jamais** para a supressão **de vegetação** nestas áreas. **O corte de vegetação** em área de preservação permanente **não acarreta** a supressão da APP, **tanto** que o Código Florestal Federal reconhece, textualmente (art. 1º, § 2º, inciso II), a existência de área de preservação permanente, mesmo em espaços desprovidos de vegetação; (ADI 3.540-MC, 2005, p. 06).

E prossegue:

VII – a **segunda** condição constitucional, para que se possa alterar ou suprimir um espaço territorial especialmente protegido, é que tal alteração ou supressão **não implique** qualquer utilização que **comprometa** a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. Tal dispositivo só pode ser compreendido em consonância com a exigência constitucional do licenciamento ambiental para obras ou atividades potencialmente poluidoras ou causadoras de degradação do meio ambiente;

[...]

IX – **com as modificações introduzidas** na legislação ambiental, **as áreas de preservação permanente** se consolidaram como espaços em regra insuscetíveis de utilização, **ressalvados** os casos em que, **constatada** a presença dos requisitos previstos em lei, **o órgão ambiental competente** possa, com fulcro no interesse público, devidamente caracterizado e motivado em procedimento administrativo próprio, **autorizar** a retirada da vegetação e a conseqüente intervenção nesses locais; (ADI 3.540-MC, 2005, p. 06).

Os Estados de Minas Gerais, de São Paulo, de Espírito Santo e do Amazonas, bem como a Confederação Nacional da Indústria e o Instituto Brasileiro de Mineração foram admitidos na presente ação como “*amini curiae*” e todos defenderam a validade da Medida Provisória.

O ministro-relator Celso de Mello, ao proferir seu voto, destacou que o Ministério Público da União sustenta a inconstitucionalidade da MP por ofensa ao art. 225, § 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (BRASIL, 1988, p. 71).

Dessa forma, o autor alega que ao ser modificado o Código Florestal por Medida Provisória não foi observado o Princípio da Reserva Legal prevista no art. 225, § 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 por tratar-se a área de preservação permanente uma espécie do gênero de espaço territorialmente protegido.

Primeiramente o ministro-relator destaca a importância da previsão constitucional ao direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo um direito de caráter metaindividual. Sendo assim, é um dever preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Destaca que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pertence aos direitos de terceira geração, os quais materializam poderes de titularidade coletiva e são pautados no princípio da solidariedade, citando, por fim, Paulo Bonavides:

Com efeito, **um novo pólo jurídico** de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. **Dotados** de altíssimo teor de humanismo e universalidade, **os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se** neste fim de século **enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo**, de um grupo ou de um determinado Estado. **Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo**, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante do coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. **Emergiram eles na reflexão sobre os temas referentes** ao desenvolvimento, à paz, **ao meio ambiente**, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (ADI 3.540-MC, 2005, p. 14).

Discordando a medida cautelar concedida pelo Ministro Presidente da Suprema Corte em período de recesso forense, o relator argumenta sua decisão utilizando parte dos elementos levantados pelo Presidente da República em sua manifestação.

Dessa forma, afirma que a norma constitucional prevê que os espaços territoriais especialmente protegidos sejam alterados ou suprimidos através de lei. Entretanto, a nova redação não aborda alteração ou supressão de território protegido, mas sim de supressão da vegetação em área de preservação permanente.

Frisa que quem pretende a supressão da vegetação terá que se submeter ao trâmite necessário para autorização administrativa concedida junto ao legislativo do ente federativo responsável pela área pretendida.

Além disso, argumenta que criação de espaços territoriais protegidos pode dar-se através de lei ou decreto. Entretanto, a alteração ou supressão desses espaços pode ser feito unicamente por lei.

Questão que tem suscitado controvérsia diz com a necessidade de 'lei' **para executar** qualquer obra ou serviços **nesses** espaços territoriais, **mesmo** quando admissíveis nos termos da lei ou do decreto que instituiu e disciplinou qualquer desses territórios protegidos.

Pensamos que a alteração e a supressão **sujeitas** à lei **são** as do próprio regime jurídico que rege o espaço protegido. **Vale dizer, depende de lei** a alteração **ou** revogação da legislação – **portanto** também do decreto – **que institui**, delimita e disciplina esse espaço protegido. **Não depende de lei o ato administrativo** que, **nos termos** da legislação disciplina esse espaço, **nele autoriza**, licencia **ou** permite obras ou atividades. (ADI 3.540-MC, 2005, p. 26).

Para esse entendimento, embasa-se na doutrina de José Afonso da Silva:

Veja-se que aqui não se admite a supressão **de áreas** de preservação permanente em si, **mas apenas a 'supressão da vegetação'**. A diferença de redação em relação ao art. 3º, § 1º (supressão total ou parcial), **orienta a compreensão do art. 4º**, que **não** autoriza o corte raso. **Além de todas as cautelas e limitações formais** indicadas acima **com base** nos parágrafos do art. 4º, **a supressão de vegetação** só será admissível no **caso** de utilidade pública e interesse social. (ADI 3.540-MC, 2005, p. 27-28).

E complementa com a definição dos institutos da utilidade pública e do interesse coletivo que justificam a supressão de vegetação na área de preservação permanente:

Para tal efeito, a própria lei define esses institutos. **Têm-se** como 'utilidade pública' **(a)** as atividades de segurança nacional e proteção sanitária, **(b)** as obras essenciais de infra-estrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia e **(c)** demais obras, planos, atividades ou projetos previstos em resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA (art. 1º, § 2º, IV); **e como 'interesse social'**, **(a)** as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como prevenção, combate e controle de fogo, controle da erosão, erradicação de invasores e proteção de plantios com espécies nativas, conforme resolução do CONAMA, **(b)** as atividades de manejo agroflorestal sustentável praticadas na pequena propriedade ou posse rural familiar que não descaracterizem a cobertura vegetal e não prejudiquem a fundação ambiental da área e **(c)** demais obras, planos, atividades ou projetos definidos em resolução do CONAMA. (ADI 3.540-MC, 2005, p. 28).

Dessa forma, somente a alteração e a supressão do regime jurídico devem obedecer ao previsto no art. 225, § 1º, inciso III da Constituição da República, o qual

determina a observância ao princípio da reserva de lei formal. Portanto, é o lícito ao Poder Público autorizar, licenciar ou permitir a realização de atividades como execução de obras ou de serviços a serem realizados nos espaços territoriais preservados. Destaca, entretanto, que mesmo com a autorização administrativa, o território deve preservar os atributos que o qualificam como um território de regime jurídico especial.

Por fim, conclui o ministro-relator que não resta configurada a situação de “*periculum in mora*” pelo ajuizamento da ADI ser quatro anos posterior à edição da Medida Provisória impugnada e, por conseguinte, indeferiu a medida liminar, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Concorda, por outro lado, com a ponderação de “*periculum in mora*” inverso apresentada pelo Presidente da República em suas informações:

Na verdade, há a ocorrência de ‘*periculum in mora*’ inverso, **pois** o deferimento da liminar, **ao impor que qualquer supressão de vegetação se dê apenas** mediante lei em sentido estrito, **além de gerar** interferência indevida do Poder Legislativo em seara **que sempre pertenceu** ao Poder Executivo, **atingindo** o princípio federativo, **implicará** na paralisação de atividades econômicas, obras de saneamentos básico e outros serviços. (ADI 3.540-MC, 2005, p. 33).

Como conclusão do voto, o ministro Celso de Mello argumenta a respeito da ponderação dos valores antagônicos em questão:

Concluo o meu voto: atento à circunstância **de que existe** um permanente estado de tensão **entre** o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, **e** a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225), de outro, **torna-se essencial reconhecer** que a superação desse antagonismo, **que opõe** valores constitucionais relevantes, **dependerá** da ponderação concreta, **em cada caso ocorrente**, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, **em ordem** a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, **tendo-se** como vetor interpretativo, **para efeito** da obtenção **de um mais** justo e perfeito equilíbrio **entre as exigências** da economia e as da ecologia, **o princípio** do desenvolvimento sustentável [...] (ADI 3.540-MC, 2005, p. 33).

O ministro-presidente, quem determinou a medida cautelar anteriormente, nesse momento concordou com os argumentos expostos pelo relator e acompanhou-o, bem como pela maioria dos ministros integrantes da Suprema Corte.

O ministro Marco Aurélio, em seu voto de oposição, afirma que sopesados os valores vinculados ao desenvolvimento econômico e à exploração econômica, manter a referida legislação coloca em risco a proteção ao meio ambiente. Protesta,

ainda, a respeito da repercussão da presente decisão, calcada apenas no interesse econômico.

Entretanto, no ano de 2012, no curso do presente processo, houve a promulgação da Lei n. 12.651 que expressamente revogava os diplomas normativos objeto de controle de constitucionalidade

Art. 83. Revogam-se as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e suas alterações posteriores, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001. (BRASIL, 2012, p. 35).

Em razão da revogação superveniente, o ministro Celso de Mello entendeu pela extinção anômala devido à perda superveniente do objeto do presente processo de fiscalização concentrada da constitucionalidade.

Ainda assim, embora não seja abordado de forma aprofundada no voto do ministro-relator, este é um caso em que há conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito fundamental à livre iniciativa. De um lado o interesse na exploração da terra em área de preservação permanente, buscando um provável aproveitamento econômico, e de outro lado o interesse em preservar a vegetação do terreno com intuito da preservação ecológica.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode observar, ambos os direitos são de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro. Os artigos 170 e 225 CRF/88 servem, respectivamente, de suporte jurídico para o exercício e desenvolvimento da atividade econômica e a proteção e preservação do meio ambiente, bem como ambos estão ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana para garantia da qualidade de vida e bem-estar de todos.

Dessa forma, é possível confirmar que deve haver conciliação dos direitos fundamentais em estudo. Os dois direitos precisam coexistir, tendo em vista que ambos são imprescindíveis para o ordenamento jurídico brasileiro. Para sua efetiva aplicação, deverá ser aplicado o princípio da proporcionalidade, ao ser analisado o caso concreto pelo judiciário. Dessa maneira, já estão decididos os casos que apresentam o conflito entre os direitos fundamentais, como se viu nas duas decisões analisadas.

Ao analisar as decisões proferidas pela Suprema Corte, observa-se que o juízo a respeito do conflito do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a livre iniciativa no Judiciário depende quase que unicamente da análise do caso concreto.

Dessa maneira foram as ações do Supremo Tribunal Federal aqui estudadas. Na decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101 preponderou o direito à proteção do meio ambiente, visto que o Pretório Excelso entendeu que a importação de pneus usados afronta os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente.

Na segunda decisão examinada, a medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade foi indeferida pelo STF ao argumento de que a supressão de vegetação em área de preservação permanente não implica em qualquer utilização que comprometa a integridade do espaço territorial protegido. Nesse caso, portanto, prevaleceu a exploração econômica desde que comprovada a utilidade pública ou necessidade social, posto que a Suprema Corte entendeu que não há dano ao direito fundamental ao meio ambiente no presente caso.

5 REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Livre Iniciativa, Livre Concorrência e Intervenção do Estado no Domínio Econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 874, n. 536, p.70-100, ago. 2008. Disponível em: <file:///C:/Users/willh/Downloads/RTDoc%2006-04-2019%208_01%20(AM).pdf>. Acesso em: 06 abr. 2019.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARGERICH, Eloísa Nair de Andrade. Desenvolvimento Sustentável. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; AUGUSTIN, Sergio. **Direito Ambiental e Bioética: legislação, educação e cidadania**. Caxias do Sul: Educus, 2004.

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

_____. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em: 08 jul. 2018.

_____. Legislação (1999). **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 27 maio. 2019.

_____. Legislação (2001). **Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2166-67.htm>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Legislação (2010). **Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 30 maio 2019.

_____. Legislação (2012). **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 30 abr. 2019.

_____. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior Secretaria de Comércio Exterior. **Portaria n. 14 de 17 de novembro de 2004**, publicada no DOU de 23/11/2004. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/index.php/legislacao/157-portarias-secex/1397-portarias-da-secretaria-de-comercio-exterior-secex-ano-de-2004>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRANDÃO, André da Fonseca; AUGUSTIN, Sérgio. O dever fundamental de proteção do meio ambiente e as consequências jurídicas de seu reconhecimento. **Revista de Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul, v. 8, n. 2, p.39-55, maio/ago. 2018. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/6556>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2014.

BRÜSEKE, Franz Josef. O Problema do Desenvolvimento Sustentável. In: (ORG.), Clóvis Cavalcanti. **Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2003. p. 29-40.

CALGARO, Cleide; RECH, Moisés João. Justiça Ambiental, Direitos Humanos e Meio Ambiente: uma relação em construção. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, Maranhão, v. 3, n. 2, p.01-16, jul/dez. 2017. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/2261/pdf>>. Acesso em: 20 maio 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos, n. 7. Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

CONVENÇÃO da Basiléia sobre o controle de movimentos transfronteiriços e seu depósito. Belém: Ministério Público do Estado do Pará, 2000.
DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FACHINELLI, Bianca Amoretti. **Meio Ambiente, Propriedade e Livre Iniciativa: colisão de direitos fundamentais e ponderação**. Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 2017. 117 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/2595/Dissertacao%20Bianca%20Amoretti%20Fachinelli.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08 jul. 2018.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. A Constituição Federal como gênese do Direito Ambiental brasileiro e a defesa do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson. **Estado, Meio Ambiente e Jurisdição**. Caxias do Sul: Educs, 2012. p. 11-50.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente: direito e dever constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003.

GARCIA, Ricardo Lupion; TAVARES, Cláudio Kaminski. Livre Iniciativa: considerações sobre seu sentido e alcance no direito brasileiro. **Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 88, n. 1, p.148-175, jan./jun. 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/willh/Downloads/2084-8069-1-PB.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2019.

GIANSANTI, Roberto. **O desafio do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Atual, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012.

GUIMARÃES, Roberto. A ética da sustentabilidade e a formulação de políticas de desenvolvimento. In: VIANA, Gilnei et al. (Org.). **O desafio da sustentabilidade: um debate socioambiental no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

LEMOS, André Fagundes; BIZAWU, Kiwonghi. **Evolução Histórico-Jurídica do Meio Ambiente no Brasil**: uma análise interpretativa da sistematização e codificação do direito ambiental. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d7c3f8dee9f1ce4c>>. Acesso em: 08 jul. 2018

MAGALHÃES, Juraci Perez. **A Evolução do Direito Ambiental no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MEDAUAR, Odete. Alcance da proteção do meio ambiente pela via jurisdicional: controle das políticas públicas ambientais. In: DÍSEP, Clarissa Ferreira M.; NERY JUNIOR, Nelson; MEDAUAR, Odeter (coord.). **Políticas Públicas Ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do Estado Fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. Teses de Doutoramento.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. In: **Anais Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/2167.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2019.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. **Direito Ambiental e Biodireito**: da modernidade à pós-modernidade. Caxias do Sul: Educs, 2008.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito Econômico**: Doutrina e questões de concursos. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SANTANA, Anina Di Fernando. Uma análise da evolução histórica do Direito Ambiental e o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9701&revista_caderno=5>. Acesso em: 08 jul 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 543.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito Constitucional Ambiental**: Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. **Revista de Direito Ambiental**, n. 52, p. 73-100, São Paulo, Revista dos Tribunais, out-dez. 2008. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc50000169d013e7924e3626f8&docguid=lf5e8e5402d4111e0baf30000855dd350&hitguid=lf5e8e5402d4111e0baf30000855dd350&spos=11&epos=11&td=13&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 mar 2019.

SCHWANKA, Cristiane. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; AUGUSTIN, Sergio. **Direito Ambiental e Bioética**: legislação, educação e cidadania. Caxias do Sul: Educs, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2007.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Constitucional do Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; DIAS, Francine Bastos. Previsão Constitucional em Prol da Proteção do Meio Ambiente: Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul, v. IV, n. 11, p.183-192, maio 2015.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Supremo Tribunal Federal. ADI 3.540-MC/DF. Relator Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça**, 03-02-2006.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101/DF. Relator: Ministra Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 04-06-2012.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003.

NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA: UMA ANÁLISE SOBRE A INSEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

Bruna Martins Aguiar¹

RESUMO Este estudo objetiva avaliar a insegurança jurídica no âmbito constitucional das normas penais em branco e sua aplicabilidade como ferramenta de complementação dessas normas. Primeiramente, restou analisada, de forma breve, sua evolução histórica, indicando-se o constante conflito em relação ao seu complemento. Posteriormente, são classificadas as normas penais em branco em seu modo analítico e tradicional. Por último, foi abordado o problema da insegurança jurídica à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como a discussão doutrinária com espeque em tal insegurança causada. Este referencial teve fundamento bibliográfico, buscando através da literatura jurídica compreender os mecanismos existentes para utilização das normas bem como entender a classe doutrinária e acadêmica que ainda busca um melhor entendimento a esse respeito, partindo dos pressupostos do Supremo Tribunal Federal e seu posicionamento pela constitucionalidade dessas normas.

PALAVRAS-CHAVE: Norma. Insegurança. Heterogênea. Penal. Constitucional.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A gênese da norma penal em branco. 3 Norma penal em branco e sua classificação doutrinária. 4 Análise crítica a respeito da constitucionalidade das normas heterogêneas com relevância principiológica. 5 A insegurança jurídica e seu declínio a inconstitucionalidade. 6 Considerações finais. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O artigo em epígrafe avalia as normas penais em branco com espeque em sua classificação heterogênea e elenca os entendimentos doutrinários a fim de estabelecer as questões constitucionais que as circundam, referenciando-os com a

¹ Turismóloga, Bacharela em Direito. Servidora Pública. E-mail: bruna_martins@hotmail.com

insegurança jurídica causada por essa complementação, a qual ainda é objeto de importante discussão doutrinária nos dias de hoje.

Contemporaneamente, o Brasil adentra numa explosão de leis, um “Big Bang Legislativo” (LORENZETTI, 2010). Tal fato decorre da dinamicidade do mundo do crime, que busca constantes meios de burlar o sistema jurídico. O aumento da criminalidade, as constantes brigas judiciais entre o certo e o errado ou entre a doutrina e a jurisprudência, bem como os vários métodos de dar interpretação a norma de acordo com o caso concreto passam a propiciar muitas significações a um mesmo texto legal.

Indiscutivelmente, as alterações que acontecem na sociedade com os próprios valores devem ser acompanhadas de atualizações legislativas, a fim de continuar com justas punições e proibições, propiciando a sociedade um regramento a ser seguido para que haja o bem-estar social e uma boa vida em coletividade, devendo então o legislador estar atento a essas situações para que haja cumprimento da função que lhe é atribuída.

Nesse sentido, cumpre destacar que se vive em um tempo de pluralismo de fontes legislativas onde, por vezes, “a proliferação produz insegurança e paralisia. Não se sabe exatamente qual lei está vigente, como se solucionam os conflitos de leis, qual será a decisão final do intérprete...” (LORENZETTI, 2010), esse fato ocorre devido à infinidade de constantes atualizações legais efetuadas, as quais tentam acompanhar essa evolução da sociedade, mas que, por fim, acarreta mais dicotomia jurídica do que leis efetivas.

Diante de tantas normas penais em branco que necessitam de complemento, por vezes, surge o grande impasse doutrinário: a norma heterogênea afronta os princípios constitucionais e com isso resulta numa sensação “a *societá*” de insegurança jurídica? Nesse contexto epistemológico de incertezas e inseguranças que se fundamentam as circunstâncias da importância do estudo ora evidenciado. Depreende-se que a norma penal em branco em seu caráter homogêneo, não se conflita com as disposições constitucionais considerando que sua origem provém da mesma fonte legislativa assim seguindo os mesmos requisitos legislativos para que surtam seus efeitos.

Inicialmente, será pontuada brevemente a gênese da evolução histórica e as origens da norma penal em branco, bem como apontados os possíveis conflitos que podem advir das complementações derivadas da subdivisão das normas em relação

ao que estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e analisadas as suas classificações, elencando-se as respectivas críticas doutrinárias. Posteriormente, será observada a norma de complementação heterogênea, bem como as suas fontes, os seus fundamentos principiológicos e a ambiência de sua aplicação.

Ainda, é feita uma análise dos princípios norteadores de todo direito com fulcro primordial e basilar na Constituição da República Federativa do Brasil, apresentando suas razões para o tema proposto e a dicotomia que há nas circunstâncias complementares. São demonstradas algumas alegações de ofensa ao princípio da segurança jurídica bem como ao princípio da legalidade.

Ademais, mister elencar que haverá uma análise crítica que circunda esse cenário, apontando as razões que sugerem a ideia central de insegurança com fundamento exclusivamente legal, concebido da própria Constituição da República Federativa do Brasil, e a aparente escassez de controle de constitucionalidade ao manter-se em vigor a norma penal heterogênea, apontado também a relevância do caráter doutrinário diverso a esse respeito. O método empregado na elaboração do referido estudo foi o de análise bibliográfica para melhor compreensão literal das normas.

2 A GÊNESE DA NORMA PENAL EM BRANCO

O direito penal carrega em seu bojo o condão de oferecer segurança jurídica aos lesionados e a sociedade em geral, dessa forma, mister ressaltar que ele se orienta e se parametriza através de fontes formais de direito e, principalmente, é regido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 devendo assim respeitar todos os parâmetros lá estabelecidos assim como qualquer outro ramo do direito. Na técnica jurídica, fonte é origem do Direito; é na verdade, o Direito em si, mas saído do obscuro e revelado ao mundo (NUNES, 2008), e nessa circunstância deve ser revelado de forma evidente e que não haja dúvidas sobre a sua aplicação e interpretação.

Dando ênfase axiológica, descreve o caráter intrínseco dos princípios da Constituição Federal que permeiam:

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –,

limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal. (PRADO, 2010, pg. 32).

Por se tratar de um direito que limita outros direitos fundamentais, é condicionante seguir e respeitar alguns princípios essenciais como: dignidade da pessoa humana, liberdade, dando espeque no princípio da legalidade que conforme artigo 5º, XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil aduz, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, que principalmente nesse artigo convencionou-se não a maior, mas uma das discussões doutrinárias mais atinentes em desfavor das normas penais em branco. Os princípios devem ser analisados nas duas searas, tanto no âmbito constitucional quanto penal, e nesse diapasão ainda esclarece:

É de bom alvitre distinguir entre princípio de natureza penal constitucional – princípios penais propriamente ditos (v.g., princípio de legalidade, de culpabilidade, de individualização e da personalidade da pena) previstos na Constituição. Integram o ordenamento penal positivo “em razão do próprio conteúdo, têm, ademais, características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vinculam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no setor delicado do Direito Penal”, e outros princípios de conteúdo não especificamente penais (de caráter geral ou heterogêneo), também consagrados no texto constitucional, que versam sobre matéria penal (v.g., princípios de proporcionalidade, de igualdade, de necessidade). Estes últimos se referem à matéria de relevância constitucional, estabelecendo quase sempre suas diretrizes. Sua influência no Direito Penal moderno pressupõe, em certa medida, seu caráter sancionatório, “enquanto (...) condicionam, com prevalência, o conteúdo, a matéria penalmente disciplinada, e não a forma penal de tutela, o modo de disciplina penalística. [...] Em suma: os primeiros são princípios penais constitucionais, e os segundos são constitucionais penais. Tanto em um sentido como em outro, operam como fundamento e limite do exercício da atividade punitiva estatal. (PRADO, 2010, pg.67).

Foi Karl Binding, jurista e promotor de justiça da corte alemã, desde o início de sua carreira no mundo jurídico em 1879, que descreveu a norma penal em branco como “uma alma errante em busca de um corpo”, essa expressão é utilizada por muitos doutrinadores ao conceber em sua literalidade e de maneira expressiva seu significado, a considerar, que todo corpo possui sua alma, logo, essas normas estão à procura de sua complementação correta.

A discussão doutrinária a respeito de sua constitucionalidade não é pacificada até os dias atuais, dada as contrariedades de sua complementação

dentre outros motivos. Em que pese tal circunstância, etimologicamente, sua construção ao longo dos anos foi extremamente desenvolvida, em especial a respeito de sua complementação com o intuito de minimizar os possíveis efeitos de sua inconstitucionalidade ou insegurança jurídica.

Nesse sentido, com a evolução sistêmica em todos os âmbitos, tem-se um vasto crescimento ensejando a impossibilidade de previsão das várias nuances do mundo criminoso, uma vez que essa evolução emerge muito rápido e muito além das atualizações legais. Desta feita, alguns agentes criminosos buscam burlar a legislação por um determinado espaço de tempo até encontrarem outras maneiras de continuar a prática delituosa na tentativa de burlar o nosso sistema jurídico com as suas práticas antijurídicas, mas, que por não haver um tipo legal incriminador específico, haverá uma grande probabilidade de não ensejarem punição adequada.

O direito penal traz, em seu bojo, o dever de estabelecer o cumprimento dos princípios constitucionais com primazia ressaltando primordialmente a promoção de garantir a proteção dos bens jurídicos tutelados coibindo condutas delituosas através de sua penalização, salientando que toda e qualquer ramificação do direito deve ter como base a Constituição da República Federativa do Brasil.

Aduz ainda GUARAGNI (2010, pg. 02) em seu artigo “Critérios de compatibilização da Norma Penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras”, aduz que “O direito penal, ao assumir a função de patamares de risco, regulamenta setores que envolvem medicina sanitária, fármacos, atividades nucleares, biogenética, trato com agrotóxicos e respectivas embalagens, dentre outros”.

Por se tratar de limitação de direitos, e com espeque principal no direito à liberdade, o direito penal deve ser constituído de atenção máxima aos princípios e preceitos de nossa Carta Magna, para que, nesse condão, seja aplicado de modo coeso, uma vez que a sua utilização poderá atingir tanto a liberdade individual e como a coletiva.

A norma penal em branco pode ser complementada tanto pela mesma fonte legislativa como por atos normativos secundários, dentre os quais podemos citar alguns atos administrativos como os decretos e as portarias, sendo que, nesse segundo aspecto, há grandes discussões doutrinárias. O preceito primário com a necessidade de complementação muitas vezes em normas inferiores como portarias

e decretos faz com que haja muitas divergências sobre seu uso, a considerar os princípios constitucionais, refletindo a sensação de insegurança jurídica.

No entanto, com a contemporaneidade verifica-se uma modernização em relação às práticas delituosas, resultando em uma busca incessante para que tal criminalidade, muitas vezes organizada, se mantenha cada vez mais ativa e com o intuito de inibir e dificultar cada vez mais a sua penalização.

Dentre esses fatores, destaca-se a norma penal em branco heterogênea, que ocorre quando uma norma é complementada por fonte diversa e ou inferior daquela do preceito primário. Assim, esta complementação por fonte inferior é considerada inconstitucional por muitos estudiosos por violar o princípio da legalidade, atribuindo competência legislativa em matéria penal a quem não a possui por força de nossa Carta Política.

É vedado o exaurimento principiológico constitucional, por se tratar de base principal e essencial para fundamentar as leis advindas que devem obedecer aos critérios de compatibilização e não pormenorizar seus fundamentos. Nessa seara, merece destaque os ensinamentos PRADO (2010, pg.76):

A lei penal estruturalmente incompleta, também conhecida como lei penal imperfeita, é aquela em que se encontra prevista tão somente a hipótese fática (preceito incriminador), sendo que a consequência jurídica localiza-se em outro dispositivo da própria lei ou em diferente texto legal direito penal, ao assumir a função de patamares de risco, regulamenta setores que envolvem medicina sanitária, fármacos, atividades nucleares, biogenética, trato com agrotóxicos e respectivas embalagens, dentre outros.

Todavia, a maior discussão gira em torno da aplicação destas medidas. Considerando que por exemplo a se tratar de substâncias toxicológicas faz-se necessária a utilização de portaria da Anvisa, razão pela qual a correta aplicação da norma penal depende de um complemento administrativo advindo de órgão sem competência de legislativa em matéria penal.

Dessa maneira, há um sério descumprimento de nossa Carta Magna, a qual estabelece os critérios para se legislar em direito penal, como por exemplo a competência privativa da União para tal desiderato. Contudo, ao contrário, se considerarmos a possibilidade de todo trâmite legislativo para aprovação de novas substâncias tóxicas, por exemplo, haveria uma demora acentuada para a inclusão de tais substâncias no rol de crimes ensejando prejuízos irreparáveis para a coletividade.

3 NORMA PENAL EM BRANCO E SUA CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

As normas penais em branco se classificam em homogêneas e heterogêneas, sendo homogênea aquela que é complementada pela mesma fonte, como exemplo quando uma norma penal se complementa por algum dos mandamentos do código civil, já a heterogênea, objeto discussão desse estudo, ocorre quando a complementação da norma provém de uma norma inferior, como é o caso de portarias, resoluções, decretos entre outros atos normativos que não seguem o mesmo rito processual legislativo.

A lei quando é delimitadora de algum direito, como no caso da norma penal, deve ser escrita e compreensível a todos, conforme estabelece a própria Constituição Federal, uma vez que os cidadãos devem ter clareza das limitações de seus direitos, desse modo, a norma penal em branco heterogênea, quando necessário seu complemento ser buscado fora do contexto legislativo comum, passa a ensejar insegurança jurídica.

A norma, por vezes em sua interpretação literal, inviabiliza a aplicação de uma decisão justa ao caso judicializado, “havendo necessidade de uma correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade” (NADER, 2013). Esses limites impostos pela lei, geram, por vezes, incoerências, porém há uma norma basilar de princípios a ser seguida para que parametrize essas correções sem afetar o texto e sua constitucionalidade, para que, dessa maneira, não perca a norma o seu parâmetro legal.

Consoante ao caráter peculiar de cada vertente da norma penal em branco, são classificadas em homogênea e heterogênea, sendo uma em sentido lato e a outras em sentido estrito respectivamente, GRECO (2014, pg. 23) leciona a esse respeito:

As normas penais existentes no Código não têm como finalidade única e exclusiva punir aqueles que praticam as condutas descritas nos chamados tipos penais incriminadores. Existem normas que, em vez de conterem proibições ou mandamentos os quais, se infringidos, levarão a punição do agente, possuem um conteúdo explicativo, ou mesmo têm a finalidade de excluir o crime ou isentar o réu da pena.

A norma penal em branco homogênea é aquela cujo complemento se dá pela mesma fonte legislativa, como clássico exemplo, tem-se o artigo 237 do código penal, contrair casamento sabendo de impedimento, sendo fundamentado seu entendimento com espeque no artigo 1521 do código civil, mesmo que haja a

necessidade de complemento ele é fundamentado no mesmo dispositivo, sendo assim a hierarquia está nivelada e os procedimentos legislativos para confecção de tal ato normativo seguiu os mesmos ritos sob os padrões constitucionais exigidos, a considerar que toda lei passa pelo controle de constitucionalidade e demais ritos legislativos.

Em contrapartida, a norma penal em branco heterogênea, passível de constante discussão doutrinária e entendimento acadêmico, se dá pelo fato de que a complementação deriva de ato normativo de instância inferior como decretos, portarias, instruções, regulamentos, dentre outros, os quais não seguem o mesmo rito de aprovação legislativa e o próprio controle de constitucionalidade que se estabelece quando criada uma lei principalmente em caráter restritivo de direitos, como é o caso do direito penal.

Como fundamento contemporâneo a respeito da relevância da discussão sobre a possível inconstitucionalidade que a norma penal em branco heterogênea norteia podemos elencar a Lei nº 11.343/2006 que institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, que em seu artigo 33 dispõe sobre o crime de tráfico de drogas, sendo que o conceito do que pode ser compreendido como droga é encontrado na Portaria nº 344/1998 da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária que aprova o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial.

A Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária atualizou a Portaria nº 344/1998 através da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 175 de 15 de setembro de 2017, a qual incluiu substâncias no rol de drogas, bem como alterou outras.

Essa lista é extremamente substancial no caráter punitivo em consonância com a Lei nº 11.343/2006 considerando que para que haja as punições e penalidades descritas na lei é essencial a análise proibitiva de tais substâncias químicas, que podem sofrer alterações em seu conteúdo a qualquer momento, assim, atingindo diretamente o contexto jurídico que se propõe indubitavelmente, recaindo assim seus efeitos sobre a sociedade.

Nesse contexto pode-se destacar as considerações de BATISTA, ZAFFARONI, ALAGIA e SLOKAR (2003, pg. 503):

Não é simples demonstrar que a lei penal em branco não configura uma delegação legislativa constitucionalmente proibida. Argumenta-se que há

delegação legislativa indevida quando a norma complementar provém de um órgão sem autoridade constitucional legiferante penal, ao passo que quando a lei penal em branco quanto a sua complementação emergem da fonte geradora constitucionalmente legítima não se faz outra coisa senão respeitar a distribuição da potestade legislativa estabelecida nas formas fundamentais. O argumento é válido, mas não resolve o problema. Quando assim se teorizou, as leis penais em branco eram escassas e insignificantes: hoje, sua presença é considerável e tende a superar as demais leis penais, como fruto de uma banalização e administrativização da lei penal. A massificação provoca uma mudança qualitativa: através das leis penais em branco o legislador penal está renunciando a sua função programadora de criminalização primária, assim transferida a funcionários e órgãos do poder executivo, e incorrendo, ao mesmo tempo, na abdicação da cláusula da *ultima ratio*, própria do estado de direito.

A norma penal em branco, quando heterogênea então, delega a função de legislar a uma fonte inferior, ensejando inúmeras discussões a esse respeito, uma vez que denigre, além das disposições constitucionais, muitos princípios norteadores de todas as leis, os quais devem ser seguidos para que não haja instabilidade no direito, principalmente quando se considera o direito penal. Deve-se levar em consideração que a norma penal em branco heterogênea aponta uma exclusão principiológica de normas jurídicas estabelecidas pela Constituição República Federativa do Brasil.

Destarte, é possível concluir, com propriedade no âmbito do Código Penal, que não se deve pormenorizar a utilização dialética dos princípios, uma vez que o direito penal utilizado como "*ultima ratio*" por cercear direitos, como o de liberdade em especial, deve estar fundamentado em bases sólidas que são encontradas e cristalizadas na Constituição da República Federativa do Brasil, tanto que a mesma definiu uma série de requisitos tais como competência, princípios e limitações a fim de mitigar os erros advindos de seu mau uso e a má influência sobre a sociedade.

Esses limites e o uso do controle de constitucionalidade nas normas infraconstitucionais servem como limitadoras para que normas posteriores não possam mitigar direitos já definidos, não podendo sofrer limitações indevidas.

4 ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS HETEROGÊNEAS COM RELEVÂNCIA PRINCIPIOLÓGICA

Como amplamente debatido na doutrina, há uma grande discussão que assola a constitucionalidade das normas penais em branco em sua definição

heterogênea uma vez que sua complementação violaria o princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Mesmo que o assunto esteja pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual, em seu informativo de número 41, conferiu uma maior ênfase em relação à constitucionalidade dessas normas, cumpre destacar que ainda resta presente a sensação de insegurança jurídica tanto para a sociedade quanto para os operadores do direito de uma maneira geral.

Nesse sentido, ZAFFARONI e PIERANGELI (2010, pg. 388) lecionam:

Essas leis em branco não criam maior problema quando a fonte normativa a que remetem é outra lei formal, isto é, também emanada do Congresso Nacional. Mas o problema se torna mais complicado quando a norma não surge de outra lei em sentido formal, e sim de uma lei em sentido material, mas que emana de uma Assembleia Legislativa Estadual ou da Administração (Poder Executivo, inclusive o municipal). Nestes casos, pode-se correr o risco de estarmos diante de uma delegação de atribuição legislativa em matéria penal – que compete ao Congresso da Nação – e que estaria vedada pela Constituição Federal.

Deve-se observar que apesar da constante mutação de meios sobre os quais os criminosos buscam burlar as leis para que não sejam punidos podemos afirmar que é relativamente impossível haver toda previsão escrita na forma da lei, considerando até mesmo o tempo do rito para que a lei esteja apta a surtir efeitos.

Neste diapasão, com fulcro no princípio da legalidade, previsto no artigo 5º de nossa Constituição e que dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal, a doutrina, ao verificar o contexto da complementação heterogênea, afirma que tal fenômeno não respeita o trâmite processual regular, uma vez que o complemento pode ser alterado a qualquer tempo sem aprovação das casas legislativas, bem como a partir de sua publicação este ato normativo secundário terá validade de lei, podendo então, cercear e liberar alguns direitos, no âmbito do direito penal.

Cabe aqui elencar o Processo Crime nº 2000.61.06.012880-0/SP, da 4ª Vara Federal de São José do Rio Preto SP, em que o agente foi denunciado pelo Ministério Público por tráfico de drogas, com mais de seis mil unidades de lança perfume, que continha a substância indicada cloreto de etila, que na época constava no rol de substâncias proibidas, mas por superveniente edição da Resolução ANVISA nº 104/2000, publicada em 07/12/2000, a substância foi excluída da referida lista. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC proveniente de tal processo determinou a soltura do denunciado por não haver então praticado crime

algum, operando-se a “*abolitio criminis*”. Verifica-se a emenda do Habeas Corpus 94.397/BA, de relatoria do Ministro CEZAR PELUSO:

AÇÃO PENAL. Tráfico de entorpecentes. Comercialização de 'lança-perfume'. Edição válida da Resolução ANVISA nº 104/2000. Retirada do cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito. 'Abolitio criminis'. Republicação da Resolução. Irrelevância. Retroatividade da lei penal mais benéfica. 'HC' concedido. A edição, por autoridade competente e de acordo com as disposições regimentais, da Resolução ANVISA nº 104, de 7/12/2000, retirou o 'cloreto de etila' da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito durante a sua vigência, tornando atípicos o uso e tráfico da substância até a nova edição da Resolução, e extinguindo a punibilidade dos fatos ocorridos antes da primeira portaria, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Desta feita, através do caso em comento, podemos ressaltar a volatilidade oferecida por intermédio da norma penal em branco, uma vez que a Anvisa, ao simplesmente editar um ato administrativo, foi capaz de interferir na liberdade e condenação do cidadão, sem ter seguido qualquer rito processual.

Ademais, mister salientar que a referida substância fora retirada da lista de substâncias proibidas pela Anvisa em 07/12/2000 sendo reeditada e novamente incluída em 15/12/2000, ou seja, em um curto lapso temporal entre a exclusão e a inclusão da substância, com efeitos diretos na liberdade do agente.

Para muitos descabe alegar inconstitucionalidade ou insegurança jurídica, por não haver possibilidade de que o ordenamento jurídico passe a prever toda e qualquer ação dos indivíduos. Alega-se isso, por exemplo, em relação às drogas, uma vez que as substâncias químicas proibidas são definidas através de portaria da Anvisa, por não haver um modo de concatenar todas essas num único e fixo rol de substâncias proibidas.

Cabe trazer à baila, no entanto que se trata de uma maneira de mitigação da Carta Magna, considerando seu sentido literal que deveria ser entendido para os ritos processuais, principalmente, em condutas proibitivas no âmbito da esfera penal, os quais são de competência legislativa privativa da União. De toda ordem é dizer, a mesma alegação de insegurança jurídica pode ser oferecida a muitos métodos tradicionais de interpretação, mas não de complementação e principalmente na vertente penal.

No fundo, seja essa complementação obtida mediante o método homogêneo ou sob o método heterogêneo, se exige coerente fundamentação na Constituição da República. De qualquer modo, qualquer que seja o fundamento da complementação,

a mesma deverá seguir os preceitos estabelecidos inclusive podendo ser guerreada ao valer-se do controle de constitucionalidade.

A crítica mais robusta ao método de complementação heterogênea, que encontra arrimo numa possível ofensa aos princípios da segurança jurídica e da legalidade, parte, como bem colocado por ZAFFARONI e PIERANGELI (2010, pg. 390), de uma certa desvalorização do rito a ser seguido, conforme explica:

O poder que complementa a lei em branco deve ter o cuidado de respeitar a natureza das coisas porque, do contrário, através de tal recurso pode ser mascarada uma delegação de competências legislativas penais. Assim, por exemplo, o Executivo não pode incluir o café na lista de substâncias entorpecentes, como tampouco o vinho. Nem mesmo poderia incluir um rifle de ar comprimido entre as armas de guerra.

Seguramente, eventual “surpresa” da sociedade que é regida pelo ordenamento jurídico brasileiro, não deveria acontecer, pois a compreensão isolada da norma penal em branco não tem sentido, mas quando passa essa complementação por uma vertente formal e de mesma fonte legislativa se considera cumprimento dos preceitos fundamentais.

Pode-se analisar os princípios de modo singular constatando assim que há fundamento real nessa discussão doutrinária a respeito de sua legalidade e descumprimento aos princípios basilares constitucionais, com ênfase no artigo 22, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil que estabelece ser de competência exclusiva da União legislar sobre direito penal, destaca-se que os principais doutrinadores que defendem a ideia de inconstitucionalidade das normas penais em branco são: Rogério Greco, Grégore de Moura, Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia, Slokar entre outros juristas que se preocupam com a questão de controle de constitucionalidade das normas, e ainda nesse sentido COPETTI (2000, pg.39) analisa:

Já havendo uma inflação penal desmedida que torna impossível o conhecimento, pela população, das condutas consideradas ilícitas, a situação criada pelas normas penais em branco, que transferem basicamente à esfera administrativa a atribuição de regulamentar a extensão dos tipos penais, torna-se ainda mais agravada. Não concordamos com a despreocupação de Soler quanto à não existência de qualquer função repressiva na regulamentação administrativa das normas penais o penalista argentino, a lei penal em branco, que defere a outro a fixação de determinadas condições, não é nunca uma carta branca outorgada a esse poder para que assumam funções repressivas, e sim o reconhecimento de uma faculdade meramente regulamentar. Ora, se não há uma transferência da função repressiva, no mínimo existe um deslocamento da complementação da norma penal, a ser feita através de

uma outra espécie legislativa que não a lei, o que viola o princípio da reserva legal. Por outro lado, há um aumento significativo da extensão do enunciado da norma penal, em instrumentos normativos de difícil acesso aos destinatários do sistema normativo, pois os regulamentos, portarias ou editais administrativos são praticamente desconhecidos dos cidadãos, o que, sem dúvida alguma, enfraquece substancialmente a função de garantia dos tipos penais.

A premissa que deveria ser seguida segundo esses doutrinadores é a de que a lei de ordem penal deve manter-se em seu caráter constitucional e seguir todos os tramites processuais e não delegar tais funções de tamanha monta a um ato administrativo capaz de delimitar direitos na seara criminal, continuando com o entendimento, cita-se ainda MOURA (2011, pg. 03):

As normas penais em branco ferem o princípio da legalidade estrita, pois permite que decretos, portarias, entre outros, instituem crimes e cominem penas; abre uma enorme margem de discricionariedade para o Poder Executivo, cujo qual, é altamente suscetível às pressões políticas, bem como às pressões da opinião pública, o que gera normas atécnicas; abrem margem à criação de um Direito Penal de exceção; geram insegurança jurídica no cidadão, pois se já é difícil para o destinatário da norma penal conhecer a lei penal, ainda mais difícil se torna o conhecimento de decretos, portarias, etc.

A interpretação sistemática e literal das diretrizes constitucionais, principalmente no mundo acadêmico, e a complementação heterogênea geram grande sensação de insegurança jurídica, ora, se os preceitos basilares podem ser, de certa forma, suprimidos e isso é contemplado e recepcionado pelos operadores de direito, há, neste caso, um grande dilema a respeito do que seriam as cláusulas pétreas e se elas realmente são de “pedra”, pois havendo a possibilidade de alteração, como “*in casu*” um ato administrativo penalizar um ato na esfera criminal, não tira esse poder exclusivo da União?

Nesse passo, o intérprete deve avaliar a norma dentro do sistema, observando todas as suas concatenações do mundo contemporâneo e buscando o entendimento que a norma penal em branco é complementada de forma homogênea ou heterogênea, objetivando sempre o real cumprimento e propósito do direito penal e conferindo atenção à estrutura do sistema, ou seja, aos comandos hierárquicos e à coerência das combinações entre as normas e o próprio arcabouço jurídico.

5 A INSEGURANÇA JURÍDICA E SEU DECLÍNIO A INCONSTITUCIONALIDADE

A conceituação da norma penal em branco heterogênea traz consigo o caráter de insegurança jurídica ao considerar que tal norma de âmbito penal será complementada através de fonte inferior e fora dos princípios supramencionados, bem como retira a função do poder legislativo, a quem lhe é conferida essa tarefa através do sufrágio universal.

Muito embora as considerações para defesa dessas normas sejam os aspetos técnicos exigidos em determinadas áreas, bem como o caráter volúvel da sociedade sendo impossível positivar todas as possíveis infrações humanas, gera estranheza a forma com que um poder exclusivo de legislar da União seja esquivado de tal rito a considerar o conhecimento específico como acima citado.

A hermenêutica deve ser utilizada, analisada e consolidada, ora, é este o preceito fundamental de prevalecer os aspectos constitucionais, uma vez que eles surgem a partir de diretrizes básicas e limitadoras, para que assim seja minimizada senão evitada totalmente a insegurança jurídica que se destaca através de um tipo penal aberto para fechamento com fonte inferior.

Desta feita, faz-se necessária a obtenção de conhecimento intrínseco, assim considerando que “enquanto a hermenêutica é teórica e visa estabelecer princípios, critérios, métodos, orientação geral, a interpretação é de cunho prático, aplicando tais diretrizes.” (NADER, 2013, p. 261).

Logo, extrai-se que há muito mais emprego da interpretação nas normas penais em branco, do que o uso da hermenêutica visando um entendimento mais completo, determinando o alcance legal de maneira completa. Ainda nesse aspecto MAXIMILIANO (2011, pg. 09), já advertia:

A interpretação colima a clareza; porém não existe medida para determinar com precisão matemática o alcance de um texto; não e dispõe, sequer de expressões absolutamente precisas e lúcidas, nem de definições infalíveis e completas. Embora clara a linguagem, força é contar com o que se oculta por detrás da letra da lei; deve esta ser encarada, como uma obra humana, com todas as suas deficiências e fraquezas, sem embargo de ser alguma coisa mais do que um alinhamento ocasional de palavras e sinais.

Assim sendo o direito penal tão limitador e tão restritivo dos direitos humanos fundamentais também instituídos pela Constituição Federal traz à tona uma norma indeterminada ou que não se encontra seu fechamento no mesmo códex. Ao não se obedecer às bases que são impostas nessa vertente se verifica a fragilidade do ordenamento jurídico no que diz respeito a própria origem.

A norma em si deve ser clara a ponto de qualquer cidadão entender com clareza os parâmetros proibitivos ou não de que se propõe. Nesse sentido, a leitura tão somente de uma norma penal em branco em que há necessidade de buscar sua complementação fora do ordenamento, tendo-se conhecimento a constituição que preceitua a exclusividade da União em legislar sobre a norma penal, gera insegurança, isso é fato.

Se os valores basilares não estão sendo verificados como exigir que o cidadão acredite que há no Brasil leis que tenham real eficácia, sendo que dentro de suas próprias regras autoriza o uso de atos administrativos para incriminação de uma conduta, como, por exemplo, no caso de drogas.

O processo legislativo seguido pelo Brasil é rígido, exige uma série de requisitos para que haja finalmente uma lei capaz de surtir efeitos. O mesmo não ocorre em esfera administrativa, pois a publicação de ato administrativo como portaria e resoluções, por exemplo, não se faz necessário passar pelo rito de aprovação legislativa como é das leis normalmente, e sim um estudo meramente técnico, que se chega a uma determinada conclusão considerando padrões por eles estabelecidos, mas que no âmbito legal segue sem nenhum tipo de verificação padrão e até mesmo pelo controle de constitucionalidade que toda lei deve ser revestida e sabatinada.

É imprescindível a observação de que toda interpretação, tenha influência da Constituição Federal. Toda interpretação não deve entrar em conflito com a Constituição Federal, sob pena de invalidade (MIRAGEM, 2012).

Permeia-se que o nivelamento das normas legais traria a sociedade uma sensação jurídica de justiça muito relevante assim como deveria ser. A busca pela unidade do ordenamento e respeito à constituição são diretrizes impostas ao intérprete que se vale da tese do diálogo das fontes, mas isso não implica em igualá-la à interpretação sistemática, à conforme a constituição ou qualquer outra (BESSA, 2012).

A norma heterogênea não é em si inconstitucional, mas sim, fora dos próprios limites constituídos ao longo desses anos, e o fundamento desses princípios é para que se evite o caráter excessivo ou desregular do uso das normas jurídicas, mesmo assim dispõe um leque de interpretações, mas nesse sentido vale salientar:

Seja como for, deve ser o próprio legislador quem toma a decisão última sobre o possível conteúdo da norma de comportamento. De maneira que, quando deixa o legislador plena liberdade à Administração para estabelecer obrigações de comportamento, o correspondente tipo penal ou contravençional se torna inconstitucional por vulnerar [...] a Constituição Federal. TIEDEMANN (2002, p. 77).

Então, pode-se considerar que o direito penal em sua totalidade retira de alguma maneira a liberdade do cidadão que infringe alguma lei, e sendo a liberdade consagrada como direito fundamental, o legislador ao positivizar uma norma tem que estar atento a todos os princípios que a envolvem, mas ao indicar essa possibilidade a um ente inferior, que irá praticamente legislar sobre o assunto delimitando quem poderá ser penalizado por exemplo passa a ideia da inconstitucionalidade.

As complementações técnicas exigíveis são consideráveis mas não tiram de seu conteúdo a necessidade de seguimento constitucional para alcançar e manter a segurança jurídica e nisso se concatena muito bem a norma penal homogênea, tendo em vista o fato de se tratar de uma norma aberta, mas que seu fechamento está disposto no mesmo tipo, dando a legalidade real que se busca através de uma interpretação sistemática no mesmo nível hierárquico.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A considerar a análise geral do tema em epígrafe, ressalta-se que apesar do tema estar pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, o mesmo ao examinar a norma penal em branco e as hipóteses incidentais não consagra a inconstitucionalidade da norma penal em branco por encontrar fundamentos de específicas necessidades técnicas para que tal ato se mantenha no ordenamento jurídico brasileiro.

Vale registrar o importante aresto do Supremo Tribunal Federal, mas há de se estabelecer parâmetros que a doutrina julga como peculiar. Muitos juristas tendem a explicar a inconstitucionalidade da norma penal em branco heterogênea por encontrarem motivos de fato e de direito no sentido de que a norma em questão viola os princípios norteadores do direito.

A discussão permanece e aflora ao longo dos anos, uma vez que as insurgências decorrentes da utilização inadequada dos aspectos basilares constitucionais trazem uma relevante fragilidade de valores essenciais como a

segurança jurídica e o respeito à reserva legal da lei penal, em especial no que tange às normas penais em branco de caráter heterogêneo.

A aceitação do complemento em sentido estrito, demonstra clara agressão à segurança jurídica, uma vez que relega aos órgãos administrativos o poder de legislar sobre a esfera penal. O promotor de justiça e jurista GUARAGNI (2000), nesse sentido delimita três pontos essenciais que devem ser observados para que a norma penal em branco seja utilizada com caráter constitucional sem extrapolar os limites já impostos e retirar do seio social a insegurança jurídica atinente da mesma, primeiramente que a norma estabeleça o núcleo duro, que só remeta o complemento ao cunho técnico de caráter científico para comprovação da necessidade do complemento heterogêneo e por fim que a fonte complementadora já desenvolva as atividades ligadas ao complemento tendo assim atribuições sobre a área que incidirá tal norma sobretudo a penal.

O Supremo Tribunal Federal tem prestigiado o tema em análise, decidindo de forma reiterada pela constitucionalidade do instituto em voga. Entende a Corte Superior que a norma necessita de cunho técnico e ela não delega poderes de legislar, mas tão somente o de complementar, devendo ser aplicada concomitantemente a interpretação da Constituição Federal e todos os princípios, assim não havendo nenhum tipo de inconstitucionalidade a ser questionada.

Porém, o que se pode contextualizar é que a norma penal em branco heterogênea não obedece aos critérios constitucionais, uma vez que os princípios norteadores do sistema jurídico pátrio são suprimidos nesse tipo de complemento. Em que pese a importante necessidade do cunho técnico extremamente inescusável e real para haver plausibilidade no conteúdo do estereótipo, porém o simples aceite a cada publicação de um ato administrativo, que é capaz de surtir efeitos tão modificadores, não parece ser aceitável considerando que, de fato, limita direitos fundamentais e gera na sociedade a sensação de insegurança jurídica, pois não havendo um trâmite legal a ser seguido a qualquer momento pode o cidadão ser surpreendido com novos complementos ensejadores de condenações penais.

A discussão doutrinária a esse respeito se mantém ao passo que, se pode a norma penal em branco heterogênea ter a capacidade de mitigar alguns princípios constitucionais e os próprios constituintes são a favor dessa complementação, essa insegurança se manterá independente da sociedade civil e acadêmica em seu âmbito estudantil ou doutrinário.

Apesar de a legitimidade do instituto em voga já se encontrar pacificada pela Suprema Corte, podemos concluir que a norma penal em branco heterogênea não encontra legitimidade no contexto constitucional, assim orienta PAVÓN (2002, pg. 111), salientando que o princípio da legalidade não deve ser encarado apenas como garantia de segurança e previsibilidade, mas também para evitar o arbítrio judicial.

Logo, o estudo em questão passa a um caráter reflexivo a respeito dos contextos em que as normas penais em branco de caráter heterogêneo passam a mitigar as suas análises e compreensão junto à luz da constitucional, o que salienta o sentido de insegurança nesse grandioso rol legislativo que a sociedade está submetida, mas que ainda assim é ineficaz.

O intento desse paradigma é demonstrar que pode o direito penal ser tendencioso, uma vez que ao ser complementado por ato administrativo, passa então, a exclusividade de legislar a um ente de instância inferior, mas, ainda assim, capaz de criminalizar atos e limitar direitos de alta monta na vida humana.

Cumprе salientar que a ideologia ora apresentada, aclara-se nas razões de que o direito independente do ramo, mas principalmente o penal, deverá consubstanciar-se nos aspectos constitucionais, sem exceção, porém, como foi observado por vezes é acometido de mitigação para que as atualizações legislativas alcancem sua eficácia em tempo hábil.

As normas penais em branco devem ter uma atenção especial da sociedade acadêmica no que concerne ao seu entendimento no sentido literal, verificando a cada passo do estudo desse instituto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para haver plena compreensão a respeito da eficácia da norma bem como seu revestimento de controle de constitucionalidade, deve-se ainda considerar que o sistema jurídico é constituído de poderes superiores que pacificam todas as questões conflituosas em torno do ordenamento, dessa forma, por mais que gere estranheza ao confronto desse instituto, o entendimento final é do Supremo Tribunal Federal, que já se manifestou pela constitucionalidade da norma heterogênea.

O entendimento a fundo das questões conflitantes e arraigadas de discussões doutrinárias, deve sempre ser objeto de estudo tanto ao estudante quanto ao profissional, para que assim, se possa continuar com os estudos e acompanhar o entendimento das cortes superiores e se posicionar o faça de

maneira coerente e com fundamentos reais e não com meras convicções de rasos estudos.

O direito nunca terá aceitação total, sempre haverá afrontamento doutrinário, sempre haverá duas correntes de entendimentos, o que facilita para o campo de atuação do profissional de direito, bem como a sociedade tanto a que foi relativamente lesada quanto para aquela que se sente acatada pelo ordenamento, logo, pelo sim ou pelo não, considera-se relevante o aspecto geral de estudos dicotômicos a respeito das normas penais em branco.

7 REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. 2 ed. **Direito Penal Brasileiro**. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 489-660.

BESSA, Leonardo Roscoe. **“Diálogo das Fontes no direito do consumidor: A visão do Superior Tribunal de Justiça”**. Coordenação: Cláudia Lima Marques. 1º ed. 2012 São Paulo. RT.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 94.397/BA**. Relator: Ministro CEZAR

PELUSO. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8996220/habeas-corporus-hc-94397-ba>>. Acessado em: 03/09/2018.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acessado em: 16/08/2018.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal brasileiro**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 16/08/2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7º ed. rev. Coimbra. Almedina, 2003.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SCATOLINO, Gustavo. **Manual de Direito Administrativo**. 5 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GUARAGNI, Fábio André. **Critérios de compatibilização da Norma Penal em branco com o Princípio da Reserva Legal, no aspecto formal da competência legislativa exclusiva para edição de normas incriminadoras**. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/criterios__2.pdf>. Acessado em 26/08/2018.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Teoria da decisão judicial. Fundamentos de direito**. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20° ed. Rio de Janeiro. Forense. 2011.

MIRAGEM, Bruno. **“Eppur si muove”**: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. Coordenação: Cláudia Lima Marques. 1° ed. 2012. São Paulo. Revista dos Tribunais.

MOURA, Grégore Moreira de. **Reflexões sobre a norma penal em branco e o princípio da legalidade**. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1204. Acessado em: 30/05/18.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 35° ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAVÓN, Pilar Gómez. **Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, v. 37, jan./mar. 2002

TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 7° ed. São Paulo. Método. 2012.

TIEDEMANN, Klaus. **La ley penal em blanco**: concepto y cuestiontes conexas. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, v. 37, jan./mar. 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 8.ed. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CONSENTIMENTO INFORMADO: UMA APRECIÇÃO ACERCA DA VALIDADE PRÁTICA E JURÍDICA DO INSTRUMENTO

Thainá Rodrigues Vieira¹

RESUMO: Neste artigo foram trabalhados conceitos gerais de bioética e analisados sobretudo o consentimento informado e seus vícios, no contexto do crime que ficou conhecido como “Máfia das Próteses”, em 2015. O objetivo da análise do caso prático foi analisar não somente os crimes elencados na denúncia envolvendo médicos, advogados e empresários do ramo das OPME, mas principalmente chamar a atenção para o fato de que houve pouca discussão no que toca aos princípios éticos e médicos feridos no esquema criminoso. Algo de essencial relação com o ocorrido está diretamente ligado ao fato de que o registro do consentimento informado se situa atualmente em um campo de padronização quase absoluta, sendo utilizado muito mais como um “escudo jurídico” de médicos.

PALAVRAS-CHAVE: Bioética. Consentimento informado. Máfia das próteses. Vícios de consentimento.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Considerações sobre o princípio da Dignidade Humana, quando voltado para o estudo da ética profissional e da bioética. 2 Consentimento Informado: observações sobre a validade prática e jurídica do instrumento. 2.1 Vícios de Consentimento. 3 Breves apontamentos sobre as premissas do procedimento cirúrgico de implante de próteses. 3.1 Legislação sobre o OPME. 4 “Máfia das Próteses”: os envolvidos, os crimes e os danos. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O trato nas relações médico-paciente e suas vertentes principiológicas e éticas não é um assunto recente. Ainda assim, não raras vezes assistimos a notícias que evidenciam a não observação profissional de certos requisitos básicos em procedimentos médicos. Neste sentido, o caso escolhido para servir de plano de fundo deste artigo foi o crime nacionalmente conhecido como Fraude das Próteses

1 Mestranda em Ciências Criminais (PUCRS). Especialista em Ciências Penais (PUCRS). Bacharela em Direito (UniRitter). Advogada. E-mail: thaina_rv@live.com

(ou Máfia das próteses), descoberto em 2015, por meio do qual médicos, advogados e empresários ludibriavam pacientes e Estado, no intuito de lucros ilícitos.

A escolha do referido esquema criminoso deve-se ao interesse de se tratar da importância do cumprimento de certos parâmetros éticos, por parte dos médicos, com relação a seus pacientes, sobretudo no que se refere ao consentimento informado destes. Isto, porque, ao que tudo indica, o instrumento em tela não fora atendido da maneira correta, uma vez que pacientes, dentre eles idosos, acabavam sendo induzidos à submissão de procedimentos cirúrgicos sem necessidades reais. Ou seja, a informação, prévia ao consentimento do paciente, foi fornecida, porém de maneira fraudulenta. Este, portanto, é o ponto a que nos dedicaremos no presente trabalho.

A organização sistemática da pesquisa contará com a exposição de conceitos básicos sobre dignidade da pessoa humana, bem como sobre ética profissional. Além disso, os princípios da bioética também serão abordados, de modo a tudo ser concatenado para averiguação, ao final, da validade prática dos consentimentos obtidos por pacientes no contexto do esquema de implantes de próteses desnecessários ou superfaturados.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA, QUANDO VOLTADO PARA O ESTUDO DA ÉTICA PROFISSIONAL E DA BIOÉTICA

No que toca ao princípio constitucional da dignidade humana, com ênfase no direito à vida digna, importa ressaltar que foi apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 que se contemplou expressamente o referido direito, como prescrição inviolável (art. 1º, inciso III e art. 5º, caput).² Muito embora a evolução constitucional mereça reconhecimento, a formulação genérica do direito à vida como direito fundamental, bem como sua relação com outros direitos, são objetos que merecem atenção.

Nesta perspectiva, a UNESCO redigiu uma Declaração sobre os princípios fundamentais no campo da bioética, em 2003, a qual foi adotada pelos Estados Membros das Nações Unidas solenemente, como “Declaração Universal sobre

² Verificou-se que as demais constituições anteriores, tais como as de 1824 e 1891, faziam menção apenas ao direito de uma segurança individual. A constituição de 1946, por sua vez, iniciou o acolhimento do direito à vida, reconhecendo-o e protegendo-o como um direito individual, no caput do art. 141.

Bioética e Direitos Humanos”, em 2005. O documento discute temas éticos, na observância da dignidade humana³, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, apresentando-se como base para a medicina, quando aplicada a seres humanos. Seu objetivo principal é o de estabelecer as diretrizes para que os Estados possam legislar sobre o assunto, e um dos princípios mais bem estabelecidos pela declaração é o do consentimento informado – foco deste artigo.⁴

A partir dos instrumentos citados, resta claro que o sistema democrático deve basear-se na tutela dos direitos essenciais à pessoa, de modo a fazer do bem jurídico “vida” seu principal objeto de proteção. O que interessa aqui é enfatizar que, dentro os direitos e garantias que marcam a dignidade humana, o mais importante é o direito à vida, sendo este garantido, também, por dispositivos normativos como o Código Penal e o Código Civil. É justamente neste sentido que hoje nos referimos a danos pessoais “ampliados”, tais como os danos biológicos, os danos estéticos, e os danos existenciais, por exemplo.⁵ Os três tipos de danos referenciados possuem estreita relação ao enfoque desta pesquisa, tendo em vista alguns dos resultados desastrosos para as vítimas da organização criminosa.

No presente contexto, é importante destrincharmos os conceitos de “vida” e “vida digna”. O primeiro, diz respeito à existência física, baseando-se em um critério simplesmente biológico, isto é, “vida humana é toda aquela abarcada pelo código genético humano”. O segundo, por sua vez, diz respeito à ligação (mas não confusão) entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana: o direito à vida opera como pressuposto fundante de todos os outros direitos fundamentais, sendo base vital para a dignidade.⁶ É dizer que, dignidade e vida não se confundem, pois são autônomos entre si, inclusive podendo entrar em conflito, eventualmente.⁷ Aqui, também cabe menção ao direito à integridade física e psíquica, por sua conexão com o direito à vida, possuindo, inclusive, desenvolvimento histórico parecido,

3 Neste sentido: “Viver dignamente é habitar conscientemente o universo ético, e a única forma de realizá-la é no Encontro com o Outro que, na finitude do intervalo existencial, inaugura a infinitude do Novo: o infinito ético que constitui propriamente a humanidade do Humano.” (SOUZA, Ricardo Tim de. A dignidade da pessoa humana. In: KIPPER, Délio José. Ética: teoria e prática – uma visão multidisciplinar. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 100-132.)

4 CASADO. *Sobre a dignidade e os princípios*. p. 23-24

5 CARLUCCI. *Responsabilidad Civil*. p. 513-514

6 SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. p. 410-415

7 Exemplo: autorizar a interrupção da gravidez ou mesmo a eutanásia. (SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. p. 410-415)

motivo pelo qual a doutrina costuma apontar uma quase identidade entre os seus âmbitos de proteção, muito embora aqui também se trate de direitos autônomos.⁸

Passado o momento de exposição inicial sobre critérios básicos de diferenciação e explicação sobre a importância de uma vida digna, entra em foco a ética profissional, especificamente no que tange às profissões voltadas à saúde. Daí, surge então uma questão inicial: “qual a fundamentação da ética em uma sociedade plural e secularizada?”. Neste ponto, entra novamente em pauta a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela qual se conferiu autonomia bastante ampla ao ser humano individual (neste contexto, ao paciente), fato que se tornou bastante notório, inclusive, após o Julgamento de Nuremberg, quando a comunidade procurou regulamentar a prática da medicina para a inclusão do consentimento informado.⁹

Considerando o cenário em que novas tecnologias são colocadas em prática a todo momento, e tendo em vista alguns referenciais éticos tracionais insuficientes, ressurgem o notório papel da nova ética médica. A deontologia profissional, portanto, deveria estar adequada aos preceitos éticos no que toca aos deveres inerentes ao campo da saúde, sobretudo. Mas, de modo geral, a deontologia profissional “mergulha suas raízes na tradição hipocrática do exercício da medicina”. O Juramento de Hipócrates, não raras vezes, acaba sendo reproduzido a partir de convicções morais, ao invés de se reportar às exigências profissionais da medicina.¹⁰

É justamente a partir desta vertente de entendimento que entra o papel de destaque progressivo dos cidadãos, ao reconhecerem cada vez mais sua autodeterminação na relação médico-paciente. O Código de Nuremberg¹¹, em particular, refere-se a essa problemática a propósito do imperativo ético da obtenção de consentimento informado. Daí uma ética profissional reformulada à luz de novos paradigmas sociais, capaz de englobar o direito à autonomia individual, por

8 A violação do direito à vida abrange a afetação da integridade física e corporal, ao passo que uma intervenção nesta muitas vezes coloca em risco a vida e em outros casos leva à morte, muito embora o direito à integridade física e corporal também abarque intervenções que não geram risco à vida. (SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. p. 410-415)

9 NUNES, Rui. *Ensaio em Bioética*. p. 15

10 NUNES, Rui. *Ensaio em Bioética*. p. 15-19

11 O Código de Nuremberg é um conjunto de princípios éticos que regem a pesquisa com seres humanos, sendo considerado como uma das consequências dos Processos de Guerra de Nuremberg, ocorridos no fim da Segunda Guerra Mundial.

exemplo.¹² Nesta ordem crescente de acontecimentos e avanços, evidenciam-se os quatro princípios da ética biomédica, estabelecidos por Tom Beauchamp e James Childress¹³: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça, estabelecidos a partir de um novo domínio da ética médica, de cunho transdisciplinar.¹⁴

Ademais, a medicina baseada em evidências, em tese, também tende a ser um meio útil para ambos dos lados da relação médico-paciente, tendo em vista justamente a dinâmica proposta. Não obstante a significativa evolução, que permitiu que médicos e pacientes tenham acesso a diversas informações sobre os cuidados e os procedimentos, muitas dessas informações costumam ser confusas ou fragmentadas, já que para o paciente pode ser bem difícil relacionar a informação repassada e as evidências científicas. Em vista disso, os avanços científicos e tecnológicos da biomedicina, invariavelmente, necessitarão sempre transmitir a informação de forma clara, objetiva e acessível a pacientes, considerando suas particularidades sociais. Isto, porque “a interação médico-doente é relação fiduciária baseada na confiança”, devendo o profissional zelar pelo melhor interesse do doente, tendo em vista que este possui um papel cada vez mais exigente enquanto consumidor.¹⁵

De maneira a completar a exposição atual, o estudo específico sobre a bioética se faz essencial, esta que se constitui em, basicamente, três sistemas distintos: o anglo-saxão, principialista; o humanista-europeu, orientado pelos direitos e deveres inerentes à pessoa humana; e o latino-americano, que prioriza as

12 NUNES, Rui. *Ensaios em Bioética*. p. 21-23

13 BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. p. 54-56

14 O **princípio da não maleficência** consiste na proibição de causar qualquer dano intencional ao paciente (ou à cobaia de testes científicos), sendo sua mais antiga formulação encontrada no Juramento de Hipócrates. O **princípio da beneficência**, por sua vez, também pode ter seu ponto de início no juramento hipocrático, pelo qual se afirma que o médico deve visar ao benefício do paciente, mas vai além, estabelecendo que tanto médicos quanto cientistas que utilizem cobaias devem basear-se no princípio da utilidade (o utilitarismo de Bentham), visando a provocar o maior benefício para o maior número possível de pessoas. Já o **princípio da autonomia** advém da filosofia de Kant e busca romper a relação paternal entre médico e paciente e impedir qualquer tipo de obrigação de cobaias para com a ciência, tratando de verificar que o indivíduo é o responsável por si, e é ele que decide se quer ser tratado ou se quer participar de um estudo científico. Por fim, o **princípio da justiça** visa a criar um mecanismo regulador da relação entre paciente e médico. (CHRISTOFOLETTI, Rogério; BECK, Alfeu A. H (org.). *Ética, ciência e conhecimento*. p. 17-25; BEUCHAMP, Tom L.; CHILDESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. p. 209, 281, 137 e 351). No entanto, a crítica mais comum em relação a estes princípios é o fato de não se tratar de um corpo integrado de regras éticas, nem providenciar um método coerente de articular os princípios. Mas a formulação dos princípios **pretende ir ao encontro do acervo plural das sociedades** modernas ocidentais. (NUNES, Rui. *Ensaios em Bioética*. p. 23-24)

15 NUNES, Rui. *Ensaios em Bioética*. p. 24-26

questões sociais e considera as consequências previsíveis. Os dois primeiros estão centrados na ética da relação médico-paciente e na ética da pesquisa, sustentando-se na autonomia dos sujeitos sociais; o terceiro, por sua vez, volta-se à ética pública e coletiva.¹⁶

Desenvolvida na década de 1970 e difundida na de 1980, a bioética passou por uma revisão no início do século XXI¹⁷. Mas, de modo geral, se trata de uma área de estudo interdisciplinar que envolve a Ética e a Biologia, fundamentando os princípios éticos que regem a vida quando essa é colocada em risco pela Medicina ou pelas ciências.¹⁸ Além disso, de acordo com a *Encyclopedia of Bioethics*, a bioética engloba a ética médica, mas não se limita a ela, isto é, ela não serve apenas para retratar uma moral do bem e do mal a ser transmitida e aplicada na realidade concreta; a referência conceitual da disciplina também inclui os campos da bioética social e ambiental.¹⁹

Em suma:

A bioética, assim, diferentemente da ética profissional e deontológica, de cunho legalista, não tem por base a proibição, a limitação ou a negação. Ao contrário, atua com base na legitimidade de ações e situações, tratando de atuar afirmativamente, positivamente. Para ela, a essência é a liberdade, porém com compromisso e responsabilidade.²⁰

2 CONSENTIMENTO INFORMADO²¹: VALIDADE PRÁTICA E JURÍDICA DO INSTRUMENTO

16 SOARES, Francisco J. P.; SHIMIZU, Helena E.; GARRAFA, Volnei. *Código de Ética Médica brasileiro*.

17 SOARES, Francisco J. P.; SHIMIZU, Helena E.; GARRAFA, Volnei. *Código de Ética Médica brasileiro*.

18 "Bio" é a vida pulsante dos animais, aquela que nos mantém vivos enquanto corpos; "Ethos" diz respeito à conduta moral.

19 "Seus verdadeiros fundamentos somente podem ser encontrados por meio de uma **ação transdisciplinar** que inclua as ciências médicas e biológicas, além da filosofia, do direito, da teologia, da antropologia, da política, da comunicação, da sociologia e da economia. [...] a ética (ética natural) tem um fundamento biológico: **toda ética é, antes e fundamentalmente, uma bioética**, porque o agir ético só seria uma elaboração secundária de algo que de fato pertence à biologia humana". (CHRISTOFOLETTI, Rogério; BECK, Alfeu A. H (org.). *Ética, ciência e conhecimento*. p. 17-25)

20 CHRISTOFOLETTI, Rogério; BECK, Alfeu A. H (org.). *Ética, ciência e conhecimento*. p. 17-25

21 A expressão "consentimento informado" é a que melhor se aplica e a mais utilizada, pois se trata do ato de bem informar o paciente a respeito de procedimentos médicos diagnósticos ou terapêuticos. (DIAS DOS SANTOS. *O Consentimento Informado na prática médica*); O Termo de Consentimento Informado muitas vezes é **utilizado para registrar a consolidação do diálogo, a resolução**, a aceitação do paciente em realizar determinado procedimento médico (*RE nº 1.081/82 – CFM*).

No tocante à relação médico-paciente, possuem relevância três regras morais, cujo cumprimento deve ser obrigatório pelo profissional. São elas: confidencialidade, veracidade, privacidade, fidelidade e consentimento informado²². Portanto, neste tópico nos dedicaremos à terceira regra.

22 KVITKO, Luis Alberto. *El consentimiento informado*. p. XVIII-XIX; BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principios de Ética Biomédica*. p. 425

Conforme já mencionado brevemente, o dever de observância de diversos princípios éticos e bioéticos é basilar em profissões voltadas ao campo da saúde, e o dever de informação do médico, no que se refere a obtenção do consentimento informado livre e esclarecido de seus pacientes é de suma importância para a legitimação não só no setor laborativo profissional, mas também na esfera jurídica. Deste modo, passa a ser responsabilidade intrínseca ao médico o cumprimento deste ato, para que se evitem possíveis prejuízos para o paciente, inclusive gerando a obrigação de indenizá-lo, quando não observado corretamente o instrumento de registro. Por isso, será analisada no presente tópico a forma como o consentimento informado vem sendo realizado na prática médica, com o objetivo de averiguar se está sendo garantida a autonomia do paciente, bem como o respeito à dignidade humana.

Hoje, o processo de consentimento²³, desde que realizado corretamente, serve para respaldar o médico e proporcionar a construção de uma boa relação com o paciente, devendo ocorrer antes de procedimentos diagnósticos ou terapêuticos, onde os pacientes possam ser informados sobre tais procedimentos. Relatar os riscos e benefícios da ação médica, apresentando, inclusive, outras alternativas para tratar ou diagnosticar, e se certificar de que o paciente compreendeu, legitima a capacidade médica de decidir qual a melhor forma de assistir o clínico. Destarte, cabe ao médico acatar a decisão do paciente após as informações prestadas, salvo em caso de risco iminente de morte daquele (Código de Ética Médica, capítulo IV, Art. 22).²⁴

O Código de Ética Médica²⁵ brasileiro visa combater uma prática profissional paternalista e prega o respeito à autodeterminação do paciente. Enquanto isso, o Código Civil²⁶, em seu art. 422, diz que o consentimento informado é uma forma objetiva de se mostrar a boa-fé do médico com o usuário/consumidor/paciente, e

23 O consentimento do titular do bem jurídico, também conhecido como consentimento da vítima ou do ofendido, se trata da renúncia à proteção penal de bens jurídicos disponíveis. O termo "titular do bem jurídico" implica que o sujeito passivo da relação não assumo o papel de vítima, nome comumente relacionado à injusta lesão. Assim, se o fato é atípico ou típico e justificado, não há que se falar na existência de vítima. (CIRINO DOS SANTOS. *Direito penal*. p. 271-278)

24 DIAS DOS SANTOS. *O Consentimento Informado na prática médica*. p. 5-7

25 *Código de ética médica*. Disponível em:

<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf> Acesso em: 01 nov. 2019.

26 *Código Civil*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm Acesso em: 03 nov. 2019. Observe-se que o instituto é mencionado, também, na *Lei nº 9.263/96* (planejamento familiar); na *Lei nº 9.434/97* (transplante de órgãos); e na *Resolução nº 1.358/92* (utilização de técnicas de reprodução assistida).

deve ser registrado de forma clara e objetiva.²⁷ Além disso, como já mencionado, por meio do presente ato, o médico delimita sua responsabilidade, isto é, ele terá respaldo jurídico para eventuais questionamentos. Porém, para que o consentimento de fato expresse a autonomia do paciente, necessita observar três condições: intencionalidade de ser compreendido, conhecimento adequado dos fatos e ausência de controle externo, justamente para retratar que o processo serve para a troca de informações honestas.²⁸

Na prática médica, entretanto, tem-se a não rara concepção de que o Termo de Consentimento Informado²⁹ possui maior importância para a chamada “medicina defensiva”, indo de encontro, portanto, aos princípios da bioética e da ética médica ora apresentados, que entendem o documento como uma garantia da autodeterminação do paciente.³⁰ Trata-se de um fenômeno que pode ser definido como uma prática médica que “prioriza condutas e estratégias diagnósticas e/ou terapêuticas e que têm como objetivo evitar demandas nos tribunais”. É dizer, para se proteger documentalmente, o profissional se mune de termos de “consentimento informado” que não passam de formulários padronizados, incapazes de provar que o dever de informar foi realizado, justamente por não poderem comprovar a manifestação de uma vontade esclarecida pelo paciente.³¹ Vale ressaltar, neste sentido, os requisitos para a validação legal do consentimento.

Um dos requisitos de validade do documento é a capacidade civil do paciente. Ele é considerado plenamente capaz após atingir dezoito anos (ou em casos de emancipação)³², devendo ser capaz de exprimir suas vontades. Importante ressaltar que o processo de informação oral, assim como o termo assinado não deve conter

27 DIAS DOS SANTOS. *O Consentimento Informado na prática médica*. p. 7

28 DIAS DOS SANTOS. *O Consentimento Informado na prática médica*. p. 13

29 O Conselho Federal de Medicina entende que o TCI deve conter a identificação do paciente ou a de seu responsável; o nome do procedimento; a descrição técnica; os possíveis insucessos; as complicações pré, durante e pós-procedimento; a descrição do procedimento anestésico; a explicação quanto à possibilidade de modificação de conduta durante o procedimento; a declaração de que as explicações foram efetivamente entendidas; a confirmação de autorização, com local e data da realização do procedimento; o modelo para revogação do procedimento; e a assinatura de testemunhas.

30 DIAS DOS SANTOS. *O Consentimento Informado na prática médica*. p. 14

31 DUARTE. *Consentimento informado*. p. 1

32 PICARELLI. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. p. 20; CLOTET; GOLDIM; FRANCISCONI. *Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. p. 13

termos técnicos que impossibilitem a sua compreensão.³³ Além disso, entra como requisito de validade o reconhecimento e a autorização do procedimento médico pelos órgãos reguladores. Ademais, o médico deverá certificar-se de que o consentimento do paciente ocorreu de forma legítima, ou seja, sob hipótese alguma o paciente pode ser coagido, influenciado ou induzido. Neste sentido:

O dever de informar deriva do princípio da boa-fé objetiva em matéria contratual, positivado no artigo 422 do Código Civil. [...] Além disto, os incisos XIV, XXXIII e LXXII, do artigo 5º, da Constituição Federal, asseguram a todos o direito à informação. Contudo, **em se tratando de relação médico-paciente, o direito à informação ultrapassa a ideia de boa-fé, apresentando-se como um desdobramento da autonomia e da dignidade da pessoa humana.** A informação prestada ao paciente deve corresponder à realidade, ter forma simples, completa, compreensível. [...] A essência desse dever é proporcionar ao paciente a verdade sobre os aspectos da contratação, que são determinantes de seu consentimento e contribuem para que o mesmo seja feito de maneira refletida, livre, consciente e segura.³⁴ (grifado)

Outrossim, interessante se faz analisar as duas possibilidades de consentimento, quais sejam, aquela em que o consentimento pode ser obtido e aquela em que não pode. A primeira se refere ao caso concreto, cujas vítimas estavam conscientes e podiam assimilar as informações prestadas pelos médicos; a segunda, diz respeito aos casos em que há urgência do procedimento (por exemplo: acidente grave; paciente desacordado).³⁵ Mas, de modo amplo, consentimento é a maneira encontrada para se concordar/conceder aprovação a alguém, supondo, claro, a voluntariedade do ato.

2.1 VÍCIOS DE CONSENTIMENTO

No tocante aos vícios do consentimento informado, estes se fundam no “desequilíbrio da atuação volitiva” da declaração. Ou seja, são elementos viciosos que estabelecem divergência entre a vontade real ou não a permitem que se forme, já que o indivíduo se encontra viciado no momento em que supostamente manifesta sua vontade, e, por isso, não possui o verdadeiro conhecimento da situação,

33 DIAS DOS SANTOS. *O Consentimento Informado na prática médica*. p. 13. Frise-se que somente a **baliza etária é insuficiente**, devendo o ato de consentir estar baseado na concreta compreensão do significado e da extensão do ato consentido, isto é, da natureza e das consequências da renúncia ao bem jurídico. Deste modo, o consentimento deve expressar a vontade do titular do bem jurídico, podendo ser **afastado por engano, erro ou violência e demais vícios da vontade**. (CIRINO DOS SANTOS. *Direito Penal*. p. 271-278)

34 EFING; NEVES. *Consentimento livre e esclarecido*. p. 72

35 HAFT apud CIRINO DOS SANTOS. *Direito Penal*. p. 275

permitindo que se conclua que sua manifestação seria diferente diante da informação real.

O erro, o dolo e a coação são os vícios de consentimento previstos no Código Civil³⁶. O primeiro, se resume à percepção errônea da realidade, desenvolvida pelo próprio declarante. O segundo, se refere ao ato malicioso, comissivo ou omissivo, que leva alguém a realizar algo que lhe é prejudicial; são atos ou uma série de atos, sugestões ou artifícios que, quando empregados, induzem ou mantêm em erro o declarante de uma vontade; o agente é induzido ao erro por obra de alguém que tem a intenção clara de enganá-lo e obter vantagem em seu desfavor (para si ou terceiro). O terceiro, por fim, nos remete à ideia de ameaça, de pressão sobre um indivíduo no momento da realização de um ato; a coação moral é modalidade de vício de consentimento, pois permite que o coagido emita uma vontade, embora corrompida, acarretando a anulabilidade do negócio por ele realizado.³⁷ Neste interim, a previsão é de que tais atos, realizados sob tais condições, sejam anulados, e, nada obstante, tendo em vista o teor prático desta pesquisa, o elemento “fraude” deve ser estudado mais a fundo.³⁸

Fala-se em fraude, especificamente no direito penal, através do tipo penal “estelionato” (art. 171, CP), no qual se observam também os termos “induzir ao erro”, há pouco retratado. No inciso IV do dispositivo, descreve-se a fraude na entrega de coisa: “defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém”, ato que possui referência, também, ao caso criminal utilizado como plano de fundo deste artigo, uma vez que, dentre os delitos, constava a indução de pacientes ao erro relativamente ao uso de próteses ou materiais especiais, utilizados desnecessariamente ou até mesmo não utilizados durante o ato cirúrgico – materiais como o “cimento cirúrgico”³⁹ podem ser facilmente utilizados, ou não, já que desaparecem do organismo com o passar do tempo, sendo improvável a captação de imagens via raio-x que comprovem a utilização da substância.

36 BRASIL. *Código Civil*. Art. 138 a 155. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm

Acesso em: 30 out. 2019. Observe-se que os vícios do consentimento são o erro, o dolo e a coação, já os vícios sociais são a simulação e a fraude.

37 ROHN; JESUS; BALLIN; ARAÚJO. *Vícios de consentimento e vícios sociais*. p. 4-9

38 Entende-se por fraude todo “ato ardiloso, enganoso, imbuído de má-fé, com o intuito de lesar outrem ou de não cumprir determinada obrigação”, podendo ocorrer em diferentes áreas. Quem frauda descumpra preceitos, fingindo que os cumpre, engana em proveito próprio ou de outrem, desfaz do princípio da boa-fé e ludibria a ordem jurídica.

39 HATEM, Munif. *Artroplastia total do quadril*: tipos de próteses.

3 BREVES APONTAMENTO SOBRE AS PREMISSAS DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE IMPLANTES DE PRÓTESES

Estima-se que, aproximadamente, um milhão de pessoas necessitem de próteses no país a cada ano.⁴⁰ As próteses podem ser definidas como aparelhos de substituição total ou parcial de ossos ou cartilagens, permanentes ou não, implantadas ou não. Elas também podem ser de teor estético, isto é, que não possuem caráter funcional. Na ortopedia, respeitando o contexto do caso em estudo, existe a função de fixação (de parafusos, de placas, entre outros) e de substituição (próteses articulares e ósseas). Essas últimas fazem parte do foco deste trabalho.⁴¹

Atualmente, a sigla OPME é a utilizada para tratar das órteses, próteses e materiais especiais em um procedimento, muito embora já haja uma tendência à substituição do termo por “dispositivos médicos”. O fornecimento destes produtos pela rede pública de saúde possui previsão no Decreto nº 3.298/99⁴², mas ainda que assegurado em lei, estes aparelhos não são de tão simples acesso. A maioria das pessoas que precisam realizar os procedimentos cirúrgicos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) acabam enfrentando longas filas de espera.

Agora, pertinente às principais indicações do procedimento, de nome técnico Artroplastia, destacam-se as seguintes: displasia do quadril; fraturas e sequelas de fraturas; osteoartrose etc. Essa técnica de implante cirúrgico tem o potencial de melhorar a vida de muitos pacientes, devolvendo-os uma vida sem dor, com liberdade e movimento, porém deve-se ter em mente, e ser informado pelo profissional, que os implantes nunca serão melhores que o quadril natural, por exemplo. Além disso, também devem ser comunicadas as possíveis complicações, tais como fratura intra-operatória, disfunção nervosa, lesão vascular, trombose venosa, embolia pulmonar e infecções, bem como os possíveis resultados, tendo em

40 DOURADOS AGORA (Jornal Progresso). *Mais de 1 milhão de pessoas precisam de próteses no Brasil* Disponível em: <https://www.douradosagora.com.br/noticias/ciencia-e-saude/mais-de-1-milhao-de-pessoas-precisam-de-protese-no-brasil> Acesso em: 25 out. 2019.

41 MACHADO. *Órteses e próteses no Sistema Único de Saúde*. p. 4-6

42 *Decreto nº 3.298/99*. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências.

vista que muitos fatores podem afetar a durabilidade da prótese, dentre eles o tipo de material utilizado, a técnica cirúrgica, e a idade dos pacientes.⁴³

Portanto, decidido que a prótese é a melhor alternativa, são considerados basicamente dois fatores para definir quando se fazer a cirurgia: qual a severidade da dor e quais as limitações físicas do paciente naquele momento. Neste seguimento, não se trata de matemática: a melhor decisão deve vir do bom senso do cirurgião, decidindo, sempre que possível, em conjunto com o paciente.

3.1 LEGISLAÇÃO OPME

Recentemente, em um estudo técnico⁴⁴ realizado sobre a política de dispensação de órteses e próteses, foram levantados aspectos importantes sobre as OPME, tais como conceitos e marcos normativos de regulamentação dos instrumentos. No entanto, o que interessa verificar, sobretudo neste tópico, são os principais instrumentos legais em torno destes produtos.

A partir do estudo, se evidenciou que no que toca à saúde pública no Brasil dispõe-se de diversas legislações esparsas, não sendo diferente no âmbito específico das órteses e próteses. Alguns dos instrumentos normativos de relevância são a Lei 5.991/73⁴⁵, que dispõe sobre medicamentos; a Lei 6.360/76⁴⁶, que dispõe sobre vigilância sanitária de drogas e insumos farmacêuticos; e a Lei 9.782/99⁴⁷, que define o sistema nacional de vigilância sanitária. Além disso, o Decreto 8.077/13⁴⁸ também se faz importante, pois é responsável por regulamentar o funcionamento das empresas sujeitas ao licenciamento sanitário.

43 HATEM, Munif. *Indicações e Resultados da Prótese/Artroplastia do quadril*.

44 MACHADO. *Órteses e próteses no Sistema Único de Saúde*. p. 6

45 *Lei nº 5.991/73*. Art. 4º, IV. Correlato - a substância, produto, aparelho ou acessório não enquadrado nos conceitos anteriores, cujo uso ou aplicação esteja ligado à defesa e proteção da saúde individual ou coletiva, à higiene pessoal ou de ambientes, ou a fins diagnósticos e analíticos, os cosméticos e perfumes, e, ainda, os produtos dietéticos, óticos, de acústica médica, odontológicos e veterinários.

46 *Lei nº 6.360/76*. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências.

47 *Lei nº 9.782/99*. Conversão da Medida Provisória nº 1.791, de 1998. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências.

48 *Decreto nº 8.077/13*. Regulamenta as condições para o funcionamento de empresas sujeitas ao licenciamento sanitário, e o registro, controle e monitoramento, no âmbito da vigilância sanitária, dos produtos de que trata a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências.

A Portaria 403/15⁴⁹, pela qual se disciplina a aquisição, o recebimento, a utilização e o controle das OPME, e algumas resoluções da ANVISA (exemplo: RDC 56/01⁵⁰; RDC 185/01⁵¹; RDC 156/06⁵²; RE 2605/06⁵³; RDC 27/11⁵⁴; RDC 16/13⁵⁵) também possuem certa relevância. E, por fim, merecem destaque nesta lista o Art. 198, incisos I, II, III, da CF/88 (disposição sobre o Sistema Único de Saúde)⁵⁶ e a Lei de Seguros e Planos de Saúde nº 9656/98, art. 10, incisos II e VII⁵⁷, devido à sua ligação imediata aos crimes que baseiam este trabalho.

Entretanto, muito embora a recente RN 428/17⁵⁸ trate do assunto com maior atualização, pelo que se pode observar, resta claro que a legislação, por mais ampla que possa parecer, limita-se a regulamentações formais, sobretudo ligada à administração pública. É dizer, nota-se uma ausência de tato no que tange a

49 *Portaria nº 403/15*. Disciplina a aquisição, o recebimento, a utilização e o controle de Órteses, Próteses e Materiais Especiais (OPME) pelas Unidades Hospitalares subordinadas à Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde (SAS/MS).

50 *RDC nº 56/01*. Art. 1º Os produtos para saúde devem atender aos requisitos essenciais de segurança e eficácia aplicáveis a estes produtos, referidos no Regulamento Técnico anexo a esta Resolução.

Parágrafo único. Os produtos para saúde de que trata esta Resolução, são os produtos definidos como "correlatos" pela Lei nº 6.360/76 e o Decreto nº 79.094/77, excetuando-se os produtos para diagnóstico de uso *in vitro*.

51 *RDC nº 185/01*. Art. 2º O fabricante ou importador de produto médico deve apresentar à ANVISA os documentos para registro, alteração, revalidação ou cancelamento do registro, relacionados nos itens 5,6,9,10 e 11 da Parte 3 do Regulamento anexo a esta Resolução.

52 *RDC nº 156/06*. Dispõe sobre o registro, rotulagem e reprocessamento de produtos médicos, e dá outras providências.

53 *RE nº 2605/06*. Art. 1º Estabelecer a lista de produtos médicos enquadrados como de uso único proibidos de ser reprocessados, que constam no anexo desta Resolução. Art. 2º Revoga-se a Resolução RE/ANVISA nº 515, de 15 de fevereiro de 2006.

54 *RDC nº 27/11*. Dispõe sobre os procedimentos para certificação compulsória dos equipamentos sob regime de Vigilância Sanitária.

55 *RDC nº 16/13*. Aprova o Regulamento Técnico de Boas Práticas de Fabricação de Produtos Médicos e Produtos para Diagnóstico de Uso In Vitro e dá outras providências.

56 BRASIL. *Constituição Federal*. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

57 *Lei nº 9.656/98*. Art. 10. É instituído o plano Referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico.

58 *RN nº 428/17*. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga as Resoluções Normativas – RN nº 387, de 28 de outubro de 2015, e RN nº 407, de 3 de junho de 2016.

princípios básicos aqui já tratados, inclusive fazendo raras menções a comportamentos éticos dos profissionais envolvidos nas funções estabelecidas.

4 “MÁFIA DAS PRÓTESES”:⁵⁹ OS ENVOLVIDOS, OS CRIMES E OS DANOS

No ano de 2015, foi amplamente divulgado na grande mídia um esquema de desvio de dinheiro, denunciado pelo repórter Giovani Grizotti, da Rede Globo⁵⁹, pelo qual médicos, advogados e empresas especializadas na distribuição de produtos cirúrgicos ludibriavam pacientes, com relação aos procedimentos a serem realizados, e o Poder público, para a obtenção de vantagem econômica ilícita. O englobado de crimes e violações de princípios éticos ficou nacionalmente conhecido como “Máfia das Próteses”, uma vez que o objeto que serviu como plano de fundo para a organização criminosa foi o referido material (OPME), já devidamente explicado. A partir de uma operação da polícia civil, cerca de 22,5 milhões de reais, em imóveis e veículos (vinte imóveis e oito veículos), foram apreendidos, além de bloqueadas diversas contas bancárias. Os mandados foram cumpridos em Porto Alegre, Canoas e Xangri-lá.

O processo teve início após o acolhimento da denúncia do Ministério Público do RS pelo Juiz Eduardo Almada, em setembro de 2016. A denúncia contou com a indicação de treze pessoas⁶⁰ pelo encaminhamento de cirurgias de coluna e de implante de próteses a pacientes que não necessitavam do procedimento (os laudos prescritivos indicavam a necessidade urgente dos procedimentos, porém fora comprovado, a partir de perícia inicial, a não configuração desta urgência – vide *Resolução nº 1451/95*, do CFM, art. 1º, §§ 1 e 2). Participavam da organização criminosa médicos, advogados e empresas especializadas. Os médicos indicavam advogados específicos a pacientes, para buscarem o custeio de cirurgias e de

59 Importante deixar claro desde logo que o esquema criminoso em estudo não é algo exclusivo do RS. O programa global “Fantástico” foi o responsável por trazer à tona, de modo detalhado, a existência de organizações criminosas nesta mesma linha delitiva em várias regiões do Brasil. No entanto, alguns detalhes específicos deste trabalho são em referência ao *processo nº 001/2.16.0045415-0* (Tribunal de Justiça do RS – originalmente 10ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre; atualmente redistribuído para 17ª).

60 Os médicos Fernando Sanchis, Antonio Carlos Sábio Jr., Henrique Alves Cruz, Marcelo Leal Tafas e Alfredo Sanchis Gritsch; os advogados Niéli de Campos Severo e Ricardo Felipe Bayer; e os empresários Luis Souza Fidelix (INTELMIMED); Francisco José Dambros (IMPROTEC); Larson Hermilo Strehl (PROHOSP); Luiz Alberto Caporlingua Paz (PROGER); Maria Alcía Guerra Paz (PROGER) e Jonas Ferreira (TECSS). Importante ressaltar que foi apenas após o recurso do MP que foram acolhidas as denúncias contra os outros quatro médicos (4ª câmara criminal TJ/RS – crimes: organização criminosa e estelionatos tentados e consumados, em continuidade delitiva – *processo nº 70072829989*).

próteses pelo poder público. Além disso, os profissionais da saúde forjavam os laudos de aconselhamento do ato cirúrgico. Basicamente, o objetivo dos envolvidos era o superfaturamento de equipamentos, o qual chegou a ser estimado pela polícia civil em 752%, e a vantagem estimada de 1,79 milhão de reais.

Não obstante ao já caótico cenário exposto, um dos médicos envolvidos, o ortopedista Fernando Sanchis, abriu três lojas de artigos infantis para a simulação de faturamento compatível com o patrimônio dos investigados, na tentativa de “esquentar” o dinheiro obtido nas fraudes a planos de saúde, ao instituto de previdência do Estado (IPE) e a vítimas (pacientes), após serem induzidos a realização desnecessária, no que se refere ao caráter emergencial, de cirurgias. Deste modo, ficaram configurados os seguintes crimes: organização criminosa⁶¹, falsidade ideológica⁶² e estelionato⁶³, tentado e consumado.

61 À luz do art. 1º, §1 da *Lei 12.850/13*, considera-se organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional. No período compreendido entre os anos de 2012 e 2014 em diversas cidades do Estado do Rio Grande do Sul, em várias oportunidades, **os denunciados constituíram e integraram pessoalmente organização criminosa**, estruturalmente ordenada e com divisão de tarefas, com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza, praticando diversas infrações penais, quais sejam, os delitos de estelionato narrados na sequência da denúncia.

62 Com relação ao crime de falsidade ideológica, este ficou configurado pela suposta falsificação de documentos públicos ou particulares para darem suporte a pedidos de materiais hospitalares em convenio médicos ou ações judiciais em caso de negativa de coberturas para os referidos pacientes. Por meio de tais documentos introduziam informações ou elementos ideologicamente falsos, como a prescrição de equipamentos desnecessários ou diversos daqueles aos quais realmente eram necessários aos pacientes. Além disso, em 20 de maio de 2014, no processo judicial nº 001/1.13.0183302-0, o denunciado Fernando Sanchis inseriu, em documento particular, declaração falsa, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. No processo supracitado, foi determinado pelo Juízo (nota de expediente nº 258/2014, publicada em 16/05/2014) que fosse juntado, pela parte autora, laudo médico informando o atual estado clínico da paciente Andréia, bem como a evolução da mesma depois de realizado o procedimento cirúrgico. O denunciado FERNANDO **confeccionou um laudo com informações inverídicas**. Obs.: BRASIL. *Código Penal*. Art. 298. Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro; Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante).

63 No período compreendido entre 23/07/2013 e 07/08/2014, nas cidades de Canoas/RS e Porto Alegre/RS, os denunciados Fernando, Henrique, Niéli e Luiz **obtiveram, para si, vantagem ilícita no valor total de aproximadamente R\$ 45.058,00, induzindo em erro o Poder Judiciário, em prejuízo do IPERGS** (autarquia estadual de previdência e assistência, com natureza jurídica de direito público), mediante meios fraudulentos. Isto é, além da prescrição de cirurgias desnecessárias a pacientes (frise-se o risco de morte contido em qualquer procedimento cirúrgico), os médicos exploram ainda mais estes pacientes, que já haviam esperado anos na fila do SUS, os induzindo a procurar os advogados de sua confiança para o custeio do procedimento pelo Poder Público, cujos valores chegavam a alcançar vinte vezes o valor “normal” de uma cirurgia deste porte. (BRASIL. *Código Penal*. Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento).

Em suma, a máfia foi sistematizada de modo a encadear as seguintes partes: o fabricante (nacional ou estrangeiro), que deixa a cargo do distribuidor a política de preços; os hospitais, que ficam reféns das decisões dos médicos sobre procedimentos; os médicos, que escolhem os materiais (apesar da *Resolução nº 1956/2010*, que veda aos médicos a possibilidade de indicação de marcas de órteses, próteses e materiais implantáveis aos pacientes, devendo o médico somente indicar as características do produto que irá ser utilizado, justificando clinicamente tais opções, e não mais indicar a marca ou o fabricante); e os distribuidores, que oferecem porcentagens extras aos médicos que indicam e utilizam seus materiais. Neste cenário, a “máfia” contava com distribuidores desprovidos de ética profissional, que deixam em segundo plano o interesse do paciente e do hospital e aliciam médicos para a compra de produtos que mais os interessam, bem como médicos que passam por cima de quaisquer princípios básicos de ética e bioética, inclusive por cima de seu juramento profissional, em troca de lucros exorbitantes em forma de comissão.

Como já imaginado, os resultados danosos do encadeamento delitivo foram desastrosos, mas o que importa analisarmos é a responsabilização dos envolvidos, sobretudo dos médicos. Como se sabe, para ocorrer uma responsabilização deve-se observar três elementos: o inadimplemento de uma obrigação; a comprovação de culpa; e a existência de dano. Daí a tradicional divisão entre danos patrimoniais ou materiais e danos morais. Por certo, danos são lesões a interesses protegidos juridicamente, sendo a moralidade aquela de cunho íntimo, pois envolve uma honra subjetiva.

No caso narrado, em tese,⁶⁴ os danos decorrentes da ação médica possuem efeitos tanto patrimoniais (mais declaradamente aos prejuízos causados ao Poder Público), como morais – aqueles que levam ao sentimento de desprezo, estresse, depressão, angústia, traumas etc (com relação aos pacientes). Mas não só isso: os pacientes também tiveram prejuízo no que diz respeito à uma condição de vida digna, tendo em vista que alguns deles ficaram com sequelas permanentes. Ademais, e como forma de encerrar com base no ponto principal deste trabalho, as vítimas (neste caso, os pacientes) tiveram seu direito à autonomia e

64 O processo ainda está tramitando, não sendo possível, portanto, à luz do princípio da presunção de inocência, indicarmos, com certeza e especificamente, os reais motivos condenatórios. Por isso, aponta-se os possíveis danos, em teoria.

autodeterminação violado, uma vez que os procedimentos realizados foram contrários às indicações mencionadas pelos profissionais.

Com isso, ficamos diante de uma situação conflituosa, qual seja, a de definir se a violação do direito ao consentimento informado caracteriza, por si só, dano passível de reparação ou satisfação. Seria a violação ao direito de disposição sobre o próprio corpo efetivado no consentimento informado um dano a ser indenizado? Como?⁶⁵ Ou, então, como evitar, formalmente, a violação do direito ao consentimento informado? Estes são questionamentos que não podem ser facilmente respondidos, cabendo o estudo mais aprofundado do assunto, em um estudo posterior.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi analisar, no contexto do crime que ficou conhecido como “Máfia das Próteses”, o instrumento médico conhecido como consentimento informado, bem como destacar sua inafastável importância para a fidedigna relação médico-paciente.

Para a construção dos argumentos aqui apresentados foram utilizados conceitos básicos sociais, tais como o do princípio da Dignidade da pessoa humana e os princípios bioéticos, elencados por Tom Beauchamp e James Childress. O princípio escolhido para se destacar no contexto em estudo foi o do consentimento informado, o que implicou na observância dos critérios para sua validade, bem como as possibilidades de vícios de consentimento.

Tendo em vista o caso concreto, o crime de estelionato apontado na denúncia e os vícios de consentimento previstos no ordenamento jurídico, o objetivo passou a ser averiguar se os consentimentos obtidos pelas vítimas daquele esquema delitivo foram válidos. E, como conclusão, temos que, diante dos fatos narrados, os consentimentos foram permeados por um processo de indução ao erro e de fraudes, tendo em vista que os profissionais da saúde indicavam cirurgias de implantes de próteses desnecessárias – com a suposta urgência dos procedimentos – aos seus pacientes, apenas no intuito de obterem os lucros combinados com os distribuidores de OPME.

65
médico.

SILVA, Carlos Alberto. *O consentimento informado e a responsabilidade civil do*

Portanto, neste estudo pretendeu-se a ênfase aos direitos fundamentais violados das vítimas (pacientes), no que se refere ao seu direito de informação e à vida digna. Apesar de o processo ainda estar em andamento e não podermos nos ater, especificamente, ao estudo das possíveis condenações concretas, o fato que se sobressai é aquele divulgado pela grande mídia: o fato de pacientes, dentre eles idosos e com carência de discernimento técnico sobre procedimentos médicos, terem sido enganados por médicos, após, muitas vezes, já terem aguardado, dolorosamente, por anos na fila de espera no SUS. Aqui, a falta de ética desses “profissionais” salta aos olhos.

Ainda, observe-se que o instituto do consentimento é mencionado nas mais variadas normas, conforme citado ao longo da pesquisa⁶⁶, porém sua instrumentalização parece ter ocorrido somente no que toca ao respeito à dignidade humana no âmbito de pesquisas científicas, e não especificamente na relação médico-paciente. Assim sendo, verifica-se que no Brasil ainda não há uma previsão legal própria sobre consentimento informado, pelo menos no que se refere à conexão entre médico e paciente. Isto acaba tornando-o mais flexível ou vago⁶⁷ do que deveria, sendo o atual motivo de incerteza no momento de judicialização da conduta de médicos (em referência à prática mencionada de “escudo defensivo” dos profissionais).

Em vista disso, podemos estar diante de um momento propício para um processo de qualificação do consentimento informado no âmbito das relações médico-paciente, na medida em que o caso concreto utilizado como base serve de ponto de partida para que se observe a facilidade de manipulação das informações contidas no instrumento, nos termos em que é previsto atualmente.

6 REFERÊNCIAS

ANS. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa nº 428, de 7 de novembro de 2017**. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga as Resoluções Normativas – RN nº 387/2015, e RN nº 407/2016. Disponível em:

66 Ver notas 22, 26, 27, 35 e 37.

67 BEUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. p. 162-163

<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzUwMg==> Acesso em: 30 out. 2019. (Citado: *RN nº 428/17*)

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução da Diretoria Colegiada nº 16, de 18 de março de 2013**. Aprova o Regulamento Técnico de Boas Práticas de Fabricação de Produtos Médicos e Produtos para Diagnóstico de Uso In Vitro e dá outras providências. Disponível em:

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2013/rdc0016_28_03_2013.pdf
Acesso em: 30 out. 2019. (Citado: *RDC nº 16/13*)

_____. **Resolução da Diretoria Colegiada nº 27, de 21 de junho de 2011**. Dispõe sobre os procedimentos para certificação compulsória dos equipamentos sob regime de Vigilância Sanitária. Disponível em:

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2011/res0027_21_06_2011.html
Acesso em: 30 out. 2019. (Citado: *RDC nº 27/2011*)

_____. **Resolução da Diretoria Colegiada nº 156 de 11 de agosto de 2006**. Dispõe sobre o registro, rotulagem e reproprocessamento de produtos médicos, e dá outras providências. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/2568070/res0156_11_08_2006.pdf/74354a5e-3f52-455b-8de1-0c3d74e67067 Acesso em: 30 out. 2019. (Citado: *RDC nº 156/2006*)

_____. **Resolução da Diretoria Colegiada nº 56, de 06 de abril de 2001**. Art. 1º. Os produtos para saúde devem atender aos requisitos essenciais de segurança e eficácia aplicáveis a estes produtos, referidos no Regulamento Técnico anexo a esta Resolução. Parágrafo único. Os produtos para saúde de que trata esta Resolução, são os produtos definidos como "correlatos" pela Lei nº 6.360/76 e o Decreto nº 79.094/77, excetuando-se os produtos para diagnóstico de uso *in vitro*. Disponível em: http://saude.mg.gov.br/images/documentos/RES_056.pdf Acesso em: 30 out. 2019. (Citado: *RDC nº 56/2001*)

_____. **Resolução da Diretoria Colegiada nº 185, de 06 de novembro de 2001**. Art. 2º O fabricante ou importador de produto médico deve apresentar à ANVISA os documentos para registro, alteração, revalidação ou cancelamento do registro, relacionados nos itens 5,6,9,10 e 11 da Parte 3 do Regulamento anexo a esta Resolução. Disponível em: Acesso em: 04 nov. 2019. (Citado: *RDC nº 185/01*)

_____. **Resolução nº 2.605 de 11 de agosto de 2015**. Estabelece a lista de produtos médicos enquadrados como de uso único proibidos de ser reproprocessados. Disponível em: https://controlab.com/pdf/re_515_2006.pdf Acesso em: 30 out. 2019. (Citado: *RE nº 2.605/2006*)

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. (Citado: *Princípios de Ética Biomédica*)

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

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm Acesso em: 03 nov. 2019. (Citado: *Código Penal*)

_____. **Decreto nº 8.077, de 14 de agosto de 2013**. Regulamenta as condições para o funcionamento de empresas sujeitas ao licenciamento sanitário, e o registro, controle e monitoramento, no âmbito da vigilância sanitária, dos produtos de que trata a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8077.htm Acesso em: 30 out. 2019. (Citado: *Decreto nº 8.077/13*)

_____. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm Acesso em: 30 out. 2019. (Citado: *Decreto nº 3.298/99*)

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm Acesso em: 03 nov. 2019. (Citado: *Código Civil*)

_____. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm Acesso em: 30 out. 2019. (Citado: *Lei nº 12.850/13*)

_____. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm Acesso em: 30 out. 2019. (Citado: *Lei nº 9.656/98*)

_____. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm Acesso em: 30 out. 2019. (Citado: *Lei nº 9.782/99*)

_____. **Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976**. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6360.htm Acesso em: 30 out. 2019. (Citado: *Lei nº 6.360/76*)

_____. **Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e

Correlatos, e dá outras Providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5991.htm Acesso em: 30 out. 2019.
(Citado: *Lei nº 5.991/76*)

_____. **Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm Acesso em: 03 nov. 2019. (Citado: *Lei nº 12.850/13*)

CARLUCCI, Aída K. **Responsabilidade Civil.** ed. 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007. (Citado: *Responsabilidade Civil*)

CASADO, Maria. **Sobre a dignidade e os princípios.** Análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco. Trad. Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013. (Citado: *Sobre a dignidade e os princípios*)

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal:** parte geral. ed. 3. Curitiba: Lumen Juris, 2008. (Citado: *Direito Penal*)

CHRISTOFOLETTI, Rogério; BECK, Alfeu A. H (org.). **Ética, ciência e conhecimento.** Itajaí: UNIVALI, 2006. (Citado: *Ética, ciência e conhecimento*)

CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José R.; FRANCISCONI, Carlos F. **Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. (Citado: *Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*)

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018,** modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. (Citado: *Código de ética médica*)

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.081 de 12 de março de 1982.** CFM. Art. 1º - O Médico deve solicitar a seu paciente o consentimento para as provas necessárias ao diagnóstico e terapêutica a que este será submetido. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1982/1081_1982.htm Acesso em: 30 out. 2019. (Citado: *RE nº 1.081/82 - CFM*)

DIAS DOS SANTOS, Thiago Dantas. **O Consentimento Informado na prática médica:** Revisão Sistemática. Orientadora: Prof.^a Cláudia Bacelar Batista. 2016. Monografia (Graduação em Medicina) – Faculdade de Medicina da Bahia (FMB), da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Salvador (Bahia), 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/20855/1/Thiago%20Dantas%20Dias%20-%20Versao%20Final.pdf> Acesso em: 31 out. 2019. (Citado: *O Consentimento Informado na prática médica*)

DOURADOS AGORA (Jornal Progresso). **Mais de 1 milhão de pessoas precisam de próteses no Brasil.** Disponível em: <https://www.douradosagora.com.br/noticias/ciencia-e-saude/mais-de-1-milhao-de-pessoas-precisam-de-protese-no-brasil> Acesso em: 25 out. 2019. (Citação completa)

DUARTE, Ricardo Cesar. **Consentimento informado:** um conceito incompreendido breve ensaio sobre a judicialização da medicina e suas consequências na relação médico-paciente. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 19, n. 29, p. 1-10, jan.-jul., 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/19190814/Downloads/Dialnet-ConsentimentoInformado-5526353.pdf> Acesso em: 31 out. 2019. (Citado: *Consentimento informado*)

EFING, Antônio Carlos; NEVES, Mariana Moreira. **Consentimento livre e esclarecido:** responsabilidade civil do médico pelo descumprimento do dever de informar. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1631/1559> Acesso em: 31 out. 2019. (Citado: *Consentimento livre e esclarecido*)
Resolução Normativa nº 428/2017

HATEM, Munif. **Artroplastia total do quadril:** tipos de próteses. Disponível em: <https://www.quadrilcirurgia.com.br/tipos-de-proacuteteses.html> Acesso em: 15 out. 2019. (Citado: *Artroplastia total do quadril*)

_____. **Indicações e Resultados da prótese/Artroplastia do quadril.** Disponível em: <https://www.quadrilcirurgia.com.br/indicaccediltildees---resultados.html> Acesso em: 15 out. 2019. (Citado: *Indicações e Resultados da prótese/ Artroplastia do quadril*)

KVITKO, Luis Alberto. **El consentimiento informado.** ed. 1. Ciudadela: Dosyuna Ediciones Argentinas, 2009. (Citado: *El consentimiento informado*)

MACHADO, Gustavo Silveira. **Órteses e próteses no Sistema Único de Saúde.** Estudo técnico – consultoria legislativa. Abr. 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/19190814/Downloads/ortese_protese_machado%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/19190814/Downloads/ortese_protese_machado%20(2).pdf) Acesso em: 15 out. 2019. (Citado: *Órteses e próteses no Sistema Único de Saúde*)

NUNES, Rui. **Ensaio em Bioética.** Brasília: CFM, 2017. (Citado: *Ensaio em Bioética*)

PICARELLI, Luciana Soares Rodrigues. **O consentimento informado na relação médico-paciente.** Orientadora: Prof.^a Fabiana Junqueira Tamaoki Neves. 2012. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito. Presidente Prudente (SP), 2012. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/viewFile/3083/2845> Acesso em: 30 out. 2019. (Citado: *O consentimento informado na relação médico-paciente*)

ROHN, Heleno da Costa; JESUS, Karla Alves Rodrigues; BALLIN, Luiz Eduardo; ARAÚJO, Márcia Cristina Silva. **Vícios de consentimento e vícios sociais.** Orientador: Prof. Luciano Marchesini. Trabalho de graduação apresentado à

disciplina Direito Civil II do curso de Direito das Faculdades Integradas Curitiba. Curitiba, 2004. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/17965408/vicio-de-consentimento-e-vicio-social> Acesso em: 29 out. 2019. (Citado: *Vícios de consentimento e vícios sociais*)

SAS/MS. Secretaria de Atenção à Saúde. **Portaria nº 403, de 7 de maio de 2015.** Disciplina a aquisição, o recebimento, a utilização e o controle de Órteses, Próteses e Materiais Especiais (OPME) pelas Unidades Hospitalares subordinadas à Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde (SAS/MS). Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2015/prt0403_06_05_2015.html Acesso em: 30 out. 2019. (Citado: *Portaria nº 403/2015*)

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** rev., atual., e ampl. ed. 8. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (Citado: *Curso de Direito Constitucional*)

SILVA, Carlos Alberto. **O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 63, 1 mar. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3809>. Acesso em: 03 nov. 2019. (Citado: *O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico*)

SOARES, Francisco J. P.; SHIMIZU, Helena E.; GARRAFA, Volnei. **Código de Ética Médica brasileiro:** limites deontológicos e bioéticos. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/24324/1/ARTIGO_CodigoEticaMedicaBrasilairo.pdf Acesso em: 31 out. 2019. (Citado: *Código de Ética Médica brasileiro*)

SOUZA, Ricardo Tim de. A dignidade da pessoa humana. In: KIPPER, Délio José. **Ética: teoria e prática** – uma visão multidisciplinar. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 100-132. (Citação completa)

ADVOCACIA SISTÊMICA. A POSTURA SISTÊMICA NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

Alice Brocardo de Lima¹
Elaine Souza Dantas²
Suellen Barreto Peranovich³

RESUMO: O Direito Sistêmico pretende ser utilizado como um dos métodos mais eficazes de resolução de conflitos, seja no Poder Judiciário, ou antes dele, nos atendimentos pelos advogados ao adotar uma postura menos litigante e aplicar um olhar mais ampliado acerca daquele conflito trazido pelo seu cliente. O olhar sistêmico ressignifica o conflito e passa a enxergá-lo como a possibilidade de mudança e uma preparação prévia para a paz, nas palavras de Bert Hellinger.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Sistêmica. Direito Sistêmico. Constelação Familiar. Resolução de conflitos. Advocacia colaborativa.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Advocacia e a visão sistêmica. 3 Considerações finais. 4 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que dispõe sobre o tratamento adequado dos conflitos de interesses e com o advento da Lei nº. 13.105/2015 o novo Código de Processo Civil ao ordenamento jurídico nacional, que trouxe como uma de suas principais características a obrigatoriedade de uma audiência de mediação ou conciliação e já é considerado uma norma mais sintonizada com os princípios da Constituição Federal de 1988, o

¹ Advogada. Consteladora desde 2016. Pós graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNISUL em Santa Catarina/SC. Pós Graduada pela Primeira Turma de Direito Sistêmico pela Faculdade Innovare Hellinger Schule em São Paulo/SP.

² Advogada. Procuradora do Município de Ribeira do Pombal/BA. Consteladora Familiar. Pós graduada em Direito Eleitoral pela Fundacem, Fabac e TRE/BA. Pós Graduada pela Primeira Turma de Direito Sistêmico pela Faculdade Innovare Hellinger Schule em São Paulo/SP.

³ Advogada. Consteladora Familiar. Pós Graduada pela Primeira Turma de Direito Sistêmico pela Faculdade Innovare Hellinger Schule em São Paulo/SP.

processo deixou de ser visto como mera ferramenta para resolução de conflitos e passou a ser visto como uma maneira de distribuição da justiça.

Eis, portanto, o embasamento legal para a utilização de novas posturas de resolução de conflitos dentro do Poder Judiciário e o amparo utilizado pelo juiz Dr. Sami Storch para ingressar com as técnicas do Direito Sistêmico no Poder Judiciário. Sendo certo, nas palavras do professor Diogo Assunção Rezende de Almeida, (2015), *literis*:

“Situações de conflito são inerentes ao convívio em sociedade, na qual as vontades são ilimitadas e os recursos escassos. As controvérsias entre os indivíduos, decorrentes de pretensões contrapostas, acarretam conflitos, também denominados lides”.

Neste prisma, em razão da alta efetividade do Direito Sistêmico como um dos métodos de resolução de conflitos, houve a adesão de muitos magistrados isoladamente e em alguns Tribunais. Essa expansão também atingiu os advogados que, a partir da experiência exitosa no âmbito do Judiciário começaram a aplicar nos seus escritórios, com a necessidade de respaldo pelo órgão de classe.

2 A ADVOCACIA E A VISÃO SISTÊMICA

O advogado, adotando uma postura menos litigante e aplicando um olhar mais ampliado acerca do conflito, utiliza o processo, judicial ou não, para aproximar as partes, produzindo muitas vezes, um reencontro de pessoas de um mesmo sistema familiar, por exemplo.

Ao olhar de uma forma mais ampla, faz-se mister destacar que tipo de emaranhamento possibilita a escolha da advocacia como profissão e de que forma esse profissional pode, aplicando o olhar sistêmico no atendimento desenvolver o seu trabalho de forma coerente com a dignidade do exercício de sua profissão de maneira a buscar o equilíbrio da situação trazida pelo seu cliente sem que haja a necessidade de fomentar o conflito, nem tampouco deixar de prestar o seu serviço jurídico pelo qual fora procurado.

O advogado com postura sistêmica entende que a verdadeira missão do Poder Judiciário transcende a mera aplicação da lei e consiste na propagação da paz, que exige muito mais do que passividade e o aceitar do acordo ou uma decisão judicial a todo e qualquer custo.

Em uma análise preliminar, o advogado que utiliza o Direito Sistêmico como pilar norteador de sua carreira entende que tem uma missão pessoal e nesta missão está contida o núcleo familiar, seja através de injustiças, exclusões, etc. do seu próprio sistema familiar, seja no sistema do seu cliente, que o impulsiona a resolver algo que não foi bem resolvido. Afinal, a busca pelo atendimento advocatício é para buscar prevenção, a partir da consultoria, ou, a solução de algum problema, a partir da ação judicial ou não.

Bert Hellinger ensina acerca da boa e má consciência, segundo ele: a boa consciência é aquilo que determina o pertencimento naquele sistema familiar, aquilo que é repetido conscientemente ou não. Já a má consciência é quando se aprende algo novo, cresce e evolui.

Sobre os modos de atuação da consciência, Bert Hellinger, no livro *Conflito e Paz: uma resposta*, nas págs. 50/51, assim refere:

“(...) A consciência como destino

A consciência do vínculo

A consciência serve, em primeiro lugar, para vincular-nos à nossa família. Por isso temos uma boa consciência quando nos comportamos de tal maneira que estamos seguros de nossa vinculação à família. E temos má consciência quando nos comportamos de tal maneira que temos ter perdido o direito de fazer parte dela. Com a ajuda da consciência podemos perceber exatamente o que precisamos fazer para pertencer a família, e o que precisamos evitar para não perder essa condição.

Essa percepção é instintiva. Podemos compará-lo ao sentido do equilíbrio físico. Quando perdemos o equilíbrio sentimo-nos tão desconfortáveis que imediatamente corrigimos nossa posição até que o recuperemos. Algo semelhante se passa com a consciência. Logo que percebemos que não estamos mais em conexão com nossa família e que precisamos temer perder nossa vinculação a ela, temos má consciência. E esta nos é tão desagradável que mudamos o nosso comportamento para voltar a pertencer-lhe.

As diversas consciências

Que a consciência é algo instintivo pode-se ver pelo simples fato de que um cão também sente boa consciência e má consciência, apesar de não afirmarmos que a consciência dele é a voz de Deus em sua alma, como costumamos dizer da nossa. A consciência não pode ser a voz de Deus em nossa alma, caso contrário não haveria consciências diferentes em diferentes famílias. Todo mundo sente isso quando se casa. O homem pensa que o que valia na família dele também vale para todo mundo, e a mulher pensa que o que valia na família dela também vale para todo mundo. Ambos brigam entre si com a boa consciência, tentando impor ao parceiro as regras da própria família.

O que ocorrerá com seus filhos? – quando seguirem a mãe terão má consciência diante de seu pai, e quando seguirem seu pai terão má consciência diante de sua mãe.

Qual a solução nesse caso? Cada um precisa reconhecer que a família do parceiro é igualmente certa e boa. Cada um precisa ampliar a própria consciência, reconhecendo com humanamente correto e bom o que vale na família do parceiro. Enfrentando a má consciência, precisa encontrar um novo caminho que reconheça e incorpore os valores e as experiências da família do cônjuge. Portanto, só existe progresso com má consciência. Quem quer permanecer inocente permanece

criança; adultos se tornam culpados, sem que tornem maus. Pelo contrário: ao se tornarem culpados tornam-se mais humanos. Sua alma se torna mais ampla e se abre às diferenças.(...)”

Assim, também podemos vislumbrar que os conflitos de uma forma geral se devem ao fato de cada um estar “defendendo” sua boa consciência familiar, sem validar, respeitar e reconhecer a do outro como boa e certa para poder existir. Conflitos nada mais são do que duas partes com boa consciência familiar.

Ainda, com relação à boa e má consciência, quando agimos de boa consciência nos sentimos inocentes, podemos estar em um conflito pessoal ou uma grande guerra que dizima uma população, se estamos agindo de boa consciência estamos nos sentindo inocentes. Então, na infelicidade e miséria de uma guerra ou conflito, estamos nos sentindo pertencentes ao nosso clã, mas ao mesmo tempo infelizes. Bert Hellinger, na pg.25, As Ordens do Amor, diz:

“Felicidade dá medo. Vou lhe dizer algo sobre a felicidade. Ela é sentida como perigosa, porque traz solidão. O mesmo se passa com a solução: é tida como perigosa, porque traz solidão. No problema e na infelicidade, temos companhia. O problema e a infelicidade se associam a sentimentos de inocência e de fidelidade. A solução e a felicidade, ao contrário, estão associados a sentimentos de culpa e traição. Por isso a felicidade e a solução só são possíveis quando enfrentamos esse sentimento de culpa. Não que a culpa seja racional, mas é experimentadas como se o fosse, Por esta razão também é tão difícil passar do problema para a solução. Pois se fosse verdade o que eu lhe disse e você o aceitasse como tal, você teria que mudar radicalmente.”

Neste sentido, só se pode cumprir e seguir adiante quando se torna pleno e se liberta e para isso é preciso dar um passo além e enfrentar a má consciência.

O advogado também está exposto a defender sua boa consciência familiar, portanto quando chega um cliente cuja história se assemelha a algo do seu seio familiar, vai se identificar com a causa, se colocando contra a outra parte. Porém, quando se coloca ao lado de alguma parte está fomentando o conflito, muitas vezes, sem saber ou perceber.

O diferencial do advogado sistêmico é reconhecer os seus padrões familiares, entender e abrir mão do sentimento infantil e poder reconhecer que ambos os lados pertencem e dizer sim ao conflito, reconhecer, por exemplo, que se há a negação, surgirão novas tarefas e novos obstáculos que a vida vem mostrar até que se aprenda como lidar.

Quando há o reconhecimento, há crescimento e ao tomar a realidade como ela é, todos ficam e se sentem mais preparados para aquilo que se apresenta e conseguem ver uma conclusão mais ampla.

Para tanto, o advogado precisa conhecer a filosofia hellingeriana que consiste na utilização das técnicas das constelações familiares, como um método de terapia breve na qual traz à tona o que há de oculto naquele conflito, a partir da utilização das leis sistêmicas, conhecidas como Ordens do Amor, sendo elas do Pertencimento, todos pertencem e ninguém poderá ser excluído de um sistema, Hierarquia ou ordem de Precedência, aqueles que chegaram antes tem precedência sobre os que chegaram depois e Equilíbrio entre Dar e Tomar, entre casal ou grupos sociais devem ser na mesma proporção para não haver desequilíbrio. Por exemplo, ofereço minha força de trabalho em troca de uma remuneração justa ou então, compro determinado bem e pago este valor na medida em que este bem vale. Em relação a pais e filhos, os pais dão e os filhos apenas tomam. Os filhos não conseguem equilibrar o dar e tomar porque o que recebem é grande demais: a VIDA. E por fim, alguns docentes consideram uma quarta Ordem do Amor, como Cristina Llaguno, o Movimento, em que nada é permanente na vida, o Amor é movimento.

O advogado não pode perder de vista o modo como pode ajudar o seu cliente, observando as Ordens do Amor e obedecendo às Ordens da Ajuda de modo a reconhecer àqueles que têm destinos difíceis e reconhecendo-lhe sua grandeza e a capacidade que eles têm de sair daquela demanda.

As Ordens da Ajuda são: dar apenas o que se tem e tomar apenas o necessário, se há doação daquilo que não se tem, desejar mais aquilo do que necessita, distribuir responsabilidades que não são de um outro sujeito há desequilíbrio; submeter-nos às circunstâncias e somente interferir e apoiar na medida em que nos permitem, caso contrário prejudicamos tanto o auxiliado quanto a si; agir como adulto perante um adulto, reconhecer as histórias, erros, acertos e vislumbrar todo o potencial e empoderar este cliente/assistido. Se ignorado esta ordem o cliente/assistido poderá ter atitudes infantis, evitando que este assuma suas responsabilidades; olhar de forma sistêmica para o cliente, considerando todo o sistema pelo qual pertence, eximindo todo preconceito e julgamento; amar sem

reservas, horando e respeitando casa indivíduo e por fim, o assentimento, em que o advogado aceita com o destino do cliente sem pesar.

No exercício do atendimento a partir da utilização de técnicas do Direito Sistêmico, o advogado enxerga que o conflito coloca a boa e má consciência de dois grupos e sempre há um ponto de contato e que o melhor não é diferente, de modo que, se olhar de cima sempre existe algo bom para todos.

Bert Hellinger, em seu livro *Conflito e Paz*, pág 14/15:

“Essas disputas tiram sua energia não apenas da vontade de extermínio, mas também de uma necessidade, comum a todos os seres humanos, de equilíbrio entre o que se dá e o que se recebe, entre ganhos e perdas. Nós a conhecemos também como necessidade de justiça. Nós só teremos paz quando alcançarmos esse equilíbrio. Por isso a justiça é, para nós, um bem altamente valioso”.

Dentro desse valor de justiça, não é possível considerarmos que uma decisão judicial pode pôr fim a um conflito, muitas vezes existente inconscientemente e que se repete dentro daquele sistema familiar por várias gerações.

Grande parte dos conflitos encontra-se na exclusão, na falta de condição de olhar a realidade, enquanto que todo o sistema preza pela inclusão.

O Direito Sistêmico ocorre quando a decisão é boa para todos, olhando para todo o sistema.

É no conflito que há a possibilidade de mudança, nas palavras do Bert Hellinger, “uma preparação prévia para a paz”. Assim, a partir do olhar ampliado dos operadores do Direito acerca do conflito e a partir de sua leitura como algo positivo, o foco deixa de ser na solução e passa a ser a transformação daquilo que não é visível.

O Direito Sistêmico concilia o Direito e a Vida, na medida em que soma as ferramentas do direito com as técnicas e filosofia de Bert Hellinger que vai muito além das constelações familiares, sejam a partir das leis do amor das ordens da ajuda seja a partir do pensamento sistêmico, de modo que o advogado fique a serviço de produzir a união dessas ferramentas com o Direito.

Junto com essa expansão no âmbito da advocacia, verifica-se alguns questionamentos sobre a aplicação do Direito Sistêmico pelos advogados, como ficará o Direito Tradicional, como posso aliar a prática sistêmica com o Direito, serei desprestigiado por não ter uma postura combativa entre diversas indagações. O

advogado ainda necessitará fazer as petições conforme os preceitos e técnica, utilizando a legislação pátria, observando todas as regras e competências legais. Esse aspecto não mudou, o que mudou foi a forma de olhar para esses procedimentos.

É sabido que muitos advogados, para defender seus clientes, escondem a verdade. Dentro da postura sistêmica, sem verdade não há perdão e a justiça está muito longe da paz. Muitas vezes a sentença, por si só, não resolve aquele conflito e se não for equilibrada, pode criar um emaranhado com implicações em todo o sistema familiar daquelas partes.

Com o olhar sistêmico, a missão pode estar cumprida e podem vir novas missões a partir da cura, não se precisa mais daquele tipo de cliente, chefe, colega para forçar a lidar mais com aquele emaranhamento, na medida em que, ao ser dissolvido, torna o profissional bom em sua missão e os clientes, por ressonância, começarão a procurar em busca da solução dos seus problemas.

O Direito Sistêmico defende as implicações do que se fez, tem que pagar, com o intuito maior de restaurar e fortalecer o sistema familiar das partes, devolvendo-lhes a dignidade, que ocorre quando a decisão é boa para todos, dentro da ordem da ajuda e olhando para todo o sistema.

A advocacia com visão sistêmica busca uma conciliação que verdadeiramente ponha fim ao conflito, de modo que não se pode ajudar o cliente se seus filhos ficam mal, por exemplo, atende o cliente dentro de um contexto, a partir da utilização da prática, frases e exercício sistêmicos, para a busca da paz, na qual a arte do Direito reconhece o lugar do sistema familiar.

É preciso considerar que cada profissão tem um lugar na vida de cada pessoa e que a missão que determina a caminhada de cada um pode estar em mais de uma profissão, desde que não se perca de vista a relação de cada profissão com o seu órgão de classe, uma vez que cada um traz em si as perdas, derrotas e memórias de sua família, o que pode justificar a resistência ao que é novo.

Deste modo, a estrutura para amolecer as resistências é muito importante para o crescimento e fortalecimento das bases do Direito Sistêmico, cujo conceito o próprio criador, o juiz baiano Sami Storch, tem dificuldade de conceituar.

Sami Storch, enquanto lecionava o 14º módulo na 1ª Turma Pós Graduação em Direito Sistêmico pela Hellinger Schule, em 08/04/2018:

“O Direito Sistêmico é uma filosofia, não é uma prática específica. A ideia não é a mesma da Constelação Familiar, mas a Constelação Familiar é a base do Direito Sistêmico, pois não existe Direito Sistêmico sem Constelação Familiar, porque o Direito Sistêmico olha e considera as leis sistêmicas que se manifesta nas Constelações Familiares. As Constelações Familiares estão nas origens do Direito Sistêmico, mas o Direito Sistêmico não é só fazer Constelação familiar no judiciário. O Direito Sistêmico pode estar no atendimento, em cada atividade dentro da justiça, dentro do que traz ordem, paz e harmonia. No Direito Sistêmico há possibilidade de seguir-se a lei, mas considera-se dar peso maior aos princípios.

Com o Direito Sistêmico concorda-se com o advogado e pacifista social Mahatma Gandhi, de que “(...) a verdadeira função de um advogado é unir as partes separadas”.

Busca-se mostrar que, dentro do estrito exercício da advocacia e em total obediência do Estatuto da Advocacia, o profissional é capaz de ocupar sua posição de forma não litigante, abrindo um espaço para esclarecer o princípio daquele problema que se veio buscar solução, propiciando clareza. É possível perceber o que fortalece ou enfraquece o cliente, sem que seja necessário mudar a sua postura de advogado, afinal de contas, nenhum cliente procura um advogado para ser seu terapeuta, por exemplo.

Entende-se que o Direito precisa ser mudado e voltar a ser uma arte, como assim fora nos primórdios com o Direito Natural. A justiça se move com a crença de que o castigo é uma ferramenta pedagógica e é capaz de reestabelecer a paz àquele conflito.

A partir da constelação, há dinâmicas ocultas ou ordens superiores ancestrais que podem vir à tona e que, uma vez sendo trazidas à consciência, aquela dinâmica se dissolve. Nas palavras de Bert Hellinger, *literis*:

“Quando o amor que une os membros de uma família age cegamente, exige obediência cega e, a menos que eles compreendam a dinâmica e tentem transformá-la, submetem-se, sem perceber às leis implacáveis da justiça sistêmica – olho por olho, dente por dente. Em seguida, o dano é passado de geração para geração, a e família ampliada não encontra a paz”. (pág.105, Hellinger, Bert. A Simetria Oculta do Amor. Cultrix, 2008).

Ainda sobre a aplicação da advocacia sistêmica, foram levantadas questões sobre o Código de Ética da advocacia, sobre a possibilidade das constelações familiares serem forma de mercantilização e/ou comércio da prática da advocacia, por isso uma discussão acerca da possibilidade de haver ou não constelações familiares dentro dos escritórios de advocacia.

A Advocacia Sistêmica consiste em, no âmbito e no estrito exercício profissional, adotar a postura sistêmica, podendo ou não utilizar as constelações familiares para solução dos conflitos trazidos pelos clientes.

A Constelação Familiar deve ser compreendida como meio de se encaminhar para a solução, como uma forma de trabalho não verbal à partir de um determinado ponto e aquela imagem toma um efeito. Esse entendimento corrobora com o conceito de Constelação Familiar, de Cristina Llaguno, referido no dia 04/06/2017, na aula de Pós-Graduação em Direito Sistêmico da Faculdade Innovare Hellinger Schulle: “Uma imagem interna e inconsciente que está fragmentada ou desordenada que causa dor e sofrimento”

Dentro da aplicação do Direito Sistêmico, está compreendido o entendimento de que a solução não é buscada a qualquer custo, mas encaminhada para a elucidação, inclusive pode estar justamente no fato de manterem o conflito, pois as partes envolvidas não estão prontas para deixarem uma a outra partir ou o que é necessário ser visto não tomou seu tempo ainda, portanto a aplicação do Direito Sistêmico, acima de tudo, aceita a realidade tal como ela é.

Logo, em aceitando a realidade como é, parte desse simples fato, a eficiência da aplicação da filosofia de Bert Hellinger nos Tribunais e escritórios de advocacia. O essencial é simples. A postura sistêmica, uma das ferramentas do Direito Sistêmico, também é simples.

A postura sistêmica consiste em visualizar o cliente, seus pais atrás dele e toda a sua ancestralidade, perceber que quem chega ao advogado não é um, são muitos através dele e, ao advogado, por sua vez, antes do cliente entrar, visualizar nas suas costas seus pais e seus ancestrais, quem vai servir não é um advogado, mas são vários através do advogado. A adoção dessa simples forma de se posicionar frente ao cliente realiza a real ajuda conforme a filosofia Hellingeriana. Dessa forma, o advogado antecipa em seu coração a solução do conflito conforme melhor será para o cliente.

A postura sistêmica mencionada acima abarca todas as ordens da ajuda, porém destaca-se apenas a quinta ordem da ajuda de Bert Hellinger, Ordens da Ajuda, Bert Hellinger, pg. 19:

“A quinta ordem da ajuda é, portanto, o amor a cada um como ele é, por mais que ele seja diferente de mim. Dessa forma, o ajudante abre-lhe seu coração,

tornando-se parte dele. Aquilo que se reconciliou em seu coração, também pode conciliar no sistema do cliente”

Assim, para ser um advogado sistêmico não é necessário ser um constelador familiar, mas adotar a postura sistêmica, a partir da utilização das técnicas desenvolvidas pelo Bert Hellinger que vão muito além das constelações sistêmicas familiares.

Importante destacar que o Direito Sistêmico surge como algo novo e faz parte do início de um movimento de ressignificação da justiça a serviço da vida, liberdade, da justiça libertária.

Entretanto, nada impede que o advogado sistêmico seja também advogado e constelador familiar e aplicar pessoalmente dinâmicas para o seu cliente ou pedir para um outro constelador familiar realizar a constelação.

O advogado e constelador pode no atendimento ao cliente, já lançar o olhar abrangente do conflito, olhando para além do cliente, vendo através dele os seus pais e seus ancestrais, também verificar na sua fala quem o cliente está excluindo e que por sua vez, está gerando o conflito e a oportunidade de olhar.

É também possível realizar dinâmicas rápidas quando o cliente permitir para que o próprio através das suas sensações chegue a conclusões sobre o conflito e que venham contribuir para o melhor desfecho.

Ocorre que muitas vezes o cliente não está pronto para ver determinadas questões, ver que parte do problema é de sua responsabilidade logo, parte da solução é de sua competência. Porém, muitos não estão preparados para enxergar, permanecendo na necessidade de culpabilizar e responsabilizar o outro pelos males que lhe ocorrem. Portanto, o advogado-constelador deve ter a perspicácia de observar esse movimento dentro do seu coração, incluindo-o nessa dinâmica do cliente que o impossibilita de ver a sua cota de responsabilidade nos conflitos.

Nesse ponto, há o trecho do livro *As Ordens da Ajuda*, de Bert Hellinger, pg. 19/20, aborda que os conhecimentos acerca das ordens da ajuda não devem ser aplicadas de forma metódica, pois para cada pessoa a resposta é diferente, portanto se você aplica um método, já se pressupõe que se conheça o princípio, o meio e o fim daquela questão que se apresenta, engessando em um resultado, quando há um infinito de possibilidades, pois nos expomos ao fenômeno das relações humanas que é plural e ao mesmo tempo único:

A percepção Especial.

Para agir de acordo com as ordens da ajuda é necessária uma percepção especial. O que disse sobre as ordens da ajuda não deve ser aplicado de modo rigoroso e metódico. Quem tentar isso, pensa, ao invés de perceber. Ele reflete e recorre a experiências anteriores ao invés de se expor à situação como um tó e dela aprender o essencial. Por isso, essa percepção é tanto direcionada quando reservada.

Nessa percepção, eu me direciono a uma pessoa, entretendo sem querer algo determinado, a não ser percebê-la interiormente, de uma forma abrangente, considerando a próxima ação que deve ser realizada.

Essa percepção surge do centramento interno. Nele, abandono o nível das reflexões, das intenções, das diferenciações e os medos. Eu me abro para algo que me toca imediatamente, a partir do interior. Aquele que como representante numa constelação já se entregou aos movimentos da alma e foi dirigido e impelido por eles, de uma forma totalmente surpreendente, sabe do que estou falando. Ele percebe algo que, para além de suas idéias habituais, torno-o capaz de ter movimentos precisos, imagens internas, vozes interiores e sensações incomuns. Esses movimentos o dirigem, por assim dizer, de fora e simultaneamente de dentro. Perceber e agir convergem aqui. Portanto, essa percepção é menos receptiva e reprodutiva, ela é produtiva. Leva à ação, amplia e se aprofunda na realização.

Normalmente, a ajuda que sobrevém dessa percepção é de curta duração. Permanece no essencial, mostro o próximo passo, retira-se rápido e deixa o outro imediatamente livre. É uma ajuda de passagem. Nós nos encontramos, damos uma indicação e cada um retorna ao seu próprio caminho. Essa percepção reconhece quando a ajuda é conveniente e quando prejudica; quando desencoraja mais do que promove, quando é mais um alívio da própria necessidade do que servir ao outro e é modesta.”

O advogado-constelador é uma figura que surgiu com a aplicação das constelações no judiciário e está a serviço da paz, pois são aos advogados que as partes entram em contato primeiramente, podendo proporcionar a solução sem que seja necessário o ingresso com o processo judicial portanto, limitar ou realizar regramentos ou entendimentos prematuros acerca da atuação das constelações familiares dentro dos escritórios de advocacia, também é limitar a implementação da paz.

Podemos realizar um comparativo com o advogado-mediador, as habilidades e conhecimento das técnicas de mediação, muito embora tenha havido resistência no começo de sua implementação, se mostraram eficazes na solução de conflitos logo, haver a possibilidade de disponibilização nos escritórios de advocacia da mediação, segundo as regras e preceitos da mediação, é um serviço a paz.

No entanto, a constelação familiar traz uma facilidade ou inovação, pois na mediação se facilita o diálogo em que se faz necessário ambas as partes concordem em estar presentes. No caso das constelações familiares ou na utilização da postura sistêmica, não necessita que a outra parte concorde ou esteja presente, ampliando as possibilidades de sua utilização.

Os advogados tradicionais não estão ameaçados em sua atuação, pois a forma de ingressar no judiciário, as leis e a forma como peticionar não mudou, o que mudou é a forma de olhar para o conflito, podendo se fazer um comparativo com alguns desenhos que de um lado se vê um tipo de figura, mas se você inclina a cabeça alguns centímetros para lado ou se gira o desenho já é possível enxergar outra figura. Portanto, é apenas uma forma de olhar, mas não é a única. Ambas as figuras enxergadas existem ou são perceptíveis.

Logo, os advogados tradicionais também somos nós, nós com um conhecimento novo, ainda será necessário ser muito combativo, porque existem pessoas muito combativas e litigantes e atualmente já há possibilidade de ser um advogado compositivo, porque também há pessoas buscando a composição dos conflitos, de forma que os advogados de todas as posturas estão servindo a sociedade de alguma forma, com igual valor e igual respeito.

A partir da postura sistêmica do advogado, em seu lugar de defensor, busca-se relacionar o conflito com raízes ocultas, que após descobertas facilitam a solução daquele problema, de modo que, na prática, aquelas partes não voltam mais a litigar judicialmente e passam a viver harmoniosamente e sem sequelas de uma longa e disputa judicial, como é a prática habitual do judiciário nacional.

Diante desse cenário, se faz necessário divulgar aos advogados a postura sistêmica, disponibilizando através de cursos, seminários e palestras esse aprendizado. Muitos advogados começaram a aderir ao pensamento sistêmico, alguns começaram por curiosidade, outros por desejarem mais conhecimento a respeito do que seja essa nova forma de solução dos conflitos e outros porque estão frustrados com a forma como estão advogado atualmente. Ocorre que quando você busca aprender sobre as constelações familiares, algo muda em você, basta apenas um breve contato.

O Direito Sistêmico nasce nas Constelações Familiares, entra no direito e chama o povo do direito para a missão pessoal de cada um para a transformação pessoal, aquilo que está na essência de cada um.

Isso significa que o advogado, ao entrar em contato com o Direito Sistêmico começa a realizar um mergulho nas suas questões pessoais, olhando para si, olhando para suas dores e as do seu sistema familiar, a partir da filosofia de Bert Hellinger, inicia uma transformação pessoal para melhor servir à comunidade.

As transformações que estão ocorrendo tanto no judiciário quanto na sociedade, nossa alma já não pede o combate e sim a colaboração. A Filosofia Hellingeriana pede primeiramente uma transformação interior.

A filosofia Hellingeriana trata o ser como integral, portanto, não há como se tornar um profissional melhor, seja em qualquer área, se não nos tornamos melhores para nós mesmos e assim melhores como seres humanos. Essa filosofia foi experimentada e aplicada em várias pessoas, de vários países ao longo de quarenta anos de trabalho de Bert Hellinger e mesmo em pessoas de cultura diferente a eficácia sua aplicação permanecia a mesma, pois foi atingindo algo primordial do ser humano que é reconhecido por qualquer um, de forma não verbal. O coração segue sendo a maior fonte de aprendizados e no sentir está a resposta para o que achamos que é possível resolver com a racionalização, institucionalização, generalização.

Por detrás de todo movimento humano há primeiro o sentimento, em razão dele e pelo sentimento nós ativamos o cérebro para ter determinado comportamento, porém a nossa sociedade age como se tudo fosse antes racional e depois sentido.

Quando nos expomos ao trabalho das constelações familiares, se pede que não se comente ou se converse sobre o ocorrido depois, pois quando nós vamos falar nós reduzimos todas as infinitudes de informações que só podemos captar através dos sentidos, então quando falamos ou comentamos algo, reduzimos para caber na narrativa para que o interlocutor possa compreender minimamente. Assim, perdemos muito das informações obtidas.

Certamente, após uma constelação familiar, internalizamos o que foi sentido, e então tomamos uma decisão de agir para a direção daquilo que fomos buscar com a constelação familiar, ou seja, a racionalização e a tomada de decisões e atitudes fazem parte do processo como um todo, mas vem depois, os sentimentos vem em primeiro lugar.

Quando vamos contratar um advogado, nós vamos relatar um sentimento, algo que se traduz em alguma norma legal codificada, mas acima de tudo vamos relatar sentimentos ocorridos em determinada relação, seja de trabalho, seja na família, seja de consumo, seja tributária, etc. Então o sentimento de injustiça sobre o ocorrido em determinada relação que está codificada, é que iremos defender para o

nosso cliente, que seu lado da história precisa ser visto e respeitado, para que as relações tenham paz e harmonia.

No fim, estamos sempre falando de amor...

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Sistêmico não é uma negativa da Lei. Também não é um “direito alternativo” este que se encontra na convicção de que é preciso educar política e legalmente as classes populares com o objetivo de organizá-las e conscientizá-las (GUANABARA, 2010)⁴. E muito menos o uso alternativo do Direito, este que representaria a busca de um “instrumental teórico e prático” a ser usado por profissionais do Direito que desejassem colocar sua atuação em serviço da emancipação popular. (CARVALHO, 1993).

Para Sami Storch o Direito Sistêmico é “uma visão sistêmica do direito, pela qual só há direito quando a solução traz paz e equilíbrio para todo sistema”.⁵

Continua Sami Storch:

A expressão “direito sistêmico”, no contexto aqui abordado, surgiu da análise do direito sob um ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, segundo a ciência das constelações familiares sistêmicas desenvolvida pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger.⁶

Conforme preconiza a Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 133, a Advocacia pertence às funções essenciais à Justiça, como pertencem o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública, sendo indispensável à administração da Justiça.

A história da Advocacia brasileira começou com os primeiros Advogados formados em Portugal, na Universidade de Coimbra. Em 1827 houve a criação dos cursos jurídicos, a primeira sendo em Olinda. Até 1930, o judiciário tradicional atendia em sua parte conflitos entre proprietários e na citada década ingressou a Justiça do Trabalho. Com a urbanização em 1950, a classe média também insurgiu

⁴ GUANABARA, Ricardo. A crítica ao Direito no Brasil: considerações ao direito alternativo. Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2010.

⁵ STORCH, Sami. O que é direito sistêmico. Disponível em <http://direitosistemico.com.br/pt-services/o-que-e-direito-sistemico/>. Acesso em: 30 de maio de 2018

⁶ STORCH, Sami. O que é direito sistêmico. Disponível em <http://direitosistemico.com.br/pt-services/o-que-e-direito-sistemico/>. Acesso em: 30 de maio de 2018

na busca da Justiça por pleitos relacionados à família, consumo, trânsito. E em 1960/70 as varas da Fazenda Pública passaram a receber grandes demandas. Tivemos com o advento da Constituição Federal de 1988 uma explosão de processos judiciais.

Na década de 90, especialistas estrangeiros ministravam cursos de mediação no Brasil. Com a Lei 9.307/96, Lei da Arbitragem, houve o nascimento das câmaras de arbitragem também especializadas em mediação e em 1997 documentos norteadores de ambas as atividades criadas pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. A Resolução 125/2010 que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.106/2015, Artigo 3º, §2º e §3º, elevando a solução consensual dos conflitos, a Lei 13.140/2015, conhecida como Lei de Mediação, norma que regulamenta o procedimento de mediação entre particulares, a prática de mediação judicial e mediação extrajudicial e por fim, criado o primeiro curso no Brasil de pós-graduação em Direito Sistêmico em 2016.

Todo este percurso histórico é para salientar que evoluímos a partir da má consciência. Se porventura o Advogado Petrônio Muniz estivesse totalmente inserido na boa consciência, provavelmente não teríamos a Lei de Arbitragem brasileira e conseqüentemente atrasando todo o roteiro acima.

Para Bert Hellinger a boa consciência é o lugar conhecido, seguro, é o “eu pertença” à minha família, ao meu grupo, é o zelo cego, a nossa sobrevivência, sentimento exaltado em nome da inocência e a vinculação ao próprio grupo que lhe dá identidade. No entanto, é perigoso e abre-se o caminho para as violações. São vãs as tentativas de resolver grandes conflitos apelando para a justiça e para a boa consciência.

Toda consciência é a consciência de um grupo, com normas estabelecidas e quando o novo se apresenta, pode representar ameaça. A má consciência é o aprender algo novo e conseqüentemente a evolução.

Na advocacia partimos da boa consciência do advogado combativo para enfim evoluir a advocacia da reconciliação, mais que um foco no cliente, foco no ser humano com olhar amplo sobre com suas histórias e com respeito aos seus ancestrais.

A transformação da visão sistêmica é pelo reconhecimento de toda ancestralidade da incorporação no sistema de cada ser excluído com reverência profunda de cada história com amor e sem julgamento.

4 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro, FGV, 2015.

AZEVEDO, Gustavo Henrique Trajano de. **Da execução para a entrega de coisa. Comentários ao Código de Processo Civil**. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha (org). Alexandre Freire (coord). São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROS, Sérgio Resende. **Direitos Humanos da Família: dos fundamentais aos operacionais**. São Paulo: Imago 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Didier Jr., Fredie **Curso de direito processual civil: execução** / Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira - 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017

GUANABARA, Ricardo. **A crítica ao Direito no Brasil: considerações ao direito alternativo**. Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2010.

GENRO, Tarso. AZEVEDO, André Gomma (org). **Manual de Mediação Judicial, Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD**.

HELLINGER, Bert. **Ordens do amor, um guia para o trabalho com constelações familiares**. São Paulo, Cultrix, 2003.

HELLINGER, Bert. **No centro sentimos leveza, conferências e histórias**. São Paulo, Cultrix, 2004.

HELLINGER, Bert. **O essencial é simples-, terapias breves**. 2 ed. Patos de Minas, Atman, 2006.

HELLINGER, Bert. **Leis Sistêmicas na assessoria empresarial/ Bert Hellinger; tradução de Daniel Mesquita de Campos Rosa**. Belo Horizonte – Minas Geris: Atman, 2014.

HELLINGER, Bert. **A fonte não precisa perguntar pelo caminho-, um livro de consulta**. Patos de Minas, Atman, 2005.

HELLINGER, Bert. **A Simetria Oculta do Amor**. São Paulo. Cultrix, 2008.

HELLINGER, Bert. **Ordens da ajuda**. Patos de Minas, Atman, 2005.

HELLINGER, Bert. **Conflito e Paz Uma resposta**. São Paulo, Cultrix, 2005.

HELLINGER, Bert & ten HÖVEL, Gabrielle. **Constelações familiares-, conversas sobre emaranhamentos e solução**. São Paulo; Cultrix, 2001.

HELLINGER, Bert. **Um lugar para os excluídos**. Patos de Minas, Atman, 2006.

OLDONI, Fabiano. Direito Sistêmico: **Aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e do Direito Penal**/ Fabiano Oldoni, Márcia Sarubbi Lippmann, Maria Fernanda Gugelmin Girardi. Joinville, SC: Manuscritos, 2017.

ROSEMBERG, Marshall B. **Comunicação Não Violenta: técnicas para aperfeiçoar relacionamentos pessoais e profissionais**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: 2009.

STORCH, Sami. **O que é direito sistêmico?** Disponível em <http://direitosistemico.com.br/pt-services/o-que-e-direito-sistemico/>. Acesso em: 30 de maio de 2018 .

SHELDRAKE, Ruppert. **A sensação de estar sendo observado**. São Paulo, Cultrix, 2004.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos**. 5ª ed. Ver., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TAVARES, José. **Os Princípios Fundamentais do Direito Civil**, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora Ltda., 1929, vol. I.

WATANABE, Kazuo. **A Mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. Mediação e gerenciamento do Processo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA, Caetano (Coord.). São Paulo: Atlas, 2007.

ADOÇÃO NO BRASIL: ANÁLISE DO INSTITUTO E MOROSIDADE DO SEU PROCEDIMENTO NO PAÍS

Caroline de Souza Emilio¹

RESUMO: Infelizmente, os dados referentes aos casos de abandono no Brasil ainda são alarmantes e a consequência lógica disso é um volume gigantesco de crianças e adolescentes nas filas de adoção, ansiosos por encontrarem uma família que os acolha e lhes proporcione o conforto emocional que tanto necessitam. Entretanto, ainda é visível uma triste e inquietante morosidade no procedimento da adoção, instituto previsto em diversos diplomas legais, tais como a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002. Visando melhorar esta realidade, a Lei Nacional da Adoção (Lei n.º 12.010 de 2009), que atualizou o ECA e o Código Civil de 2002, trouxe diversos dispositivos que conferem maior celeridade ao processo de adoção no país, bem como criou o Cadastro Nacional de Adoção, com o intuito de cruzar informações constantes no banco de dados entre crianças ou adolescentes e pretendentes para o fim de encontrar perfis compatíveis. Em razão da grande burocracia existente no processo de adoção no Brasil, bem como das exigências feitas pelos adotantes, inúmeras crianças acabam sofrendo consequências psicológicas irreversíveis, por permanecerem nos abrigos à espera de um novo lar e por não se adequarem ao perfil desejado pelos futuros pais.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono. Adoção. Família. Morosidade no processo de adoção.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O abandono e a adoção. 2.1 Análise legislativa brasileira da adoção. 3 Procedimento para a adoção no Brasil. 3.1 A morosidade no processo de adoção. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

¹ *Pós graduada no curso de Especialização em Direito Civil, com ênfase em Família e Sucessões pela IMED. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogada. E-mail: caroline.emilio@outlook.com.

O presente artigo trata de uma análise do instituto da adoção no Brasil, bem como dos reflexos ocasionados pela morosidade existentes no seu procedimento, o que acaba gerando grande impacto no psicológico das crianças e dos adolescentes que anseiam por um acolhimento familiar nos abrigos espalhados pelo país. Obviamente, não se pode deixar de mencionar que muitas pessoas que optam pela adoção idealizam uma criança perfeita e livre de quaisquer doenças ou traumas, o que contribui para uma demora ainda maior, já que os abrigos possuem crianças e adolescentes reais e com problemas igualmente reais e inerentes a todo e qualquer ser humano.

Assim, visando dar maior celeridade ao procedimento de adoção e consequentemente diminuir o tempo de permanência de crianças e adolescentes nos abrigos, a Lei Nacional da Adoção (Lei n.º 12.010 de 2009) inovou em diversos pontos, como se percebe na criação do Cadastro Nacional de Adoção, que tem o objetivo de cruzar informações constantes no banco de dados entre os futuros adotandos e pretendentes para o fim de encontrar perfis compatíveis. Entretanto, mesmo com o advento de referida Lei, ainda há muitas crianças e muitos adolescentes nos abrigos sofrendo as consequências do abandono, ao viverem nestes locais por um período tão longo.

De fato, não se pode esquecer que estas crianças e estes adolescentes acabam sofrendo em dobro, já que, não bastasse a dor do abandono, ainda enfrentam a tristeza de serem preteridos pelos candidatos a futuros pais, quando não se encaixam no perfil desejado, ou a frustração de verem seus sonhos cada vez mais distantes em razão da demora no processo de adoção. Entretanto, mesmo diante deste panorama, ainda há espaço para se ter esperança, principalmente quando se visualiza a quantidade de pessoas dispostas a adotar, o que torna ainda mais imperiosa uma maior celeridade no processo de adoção no país.

Dessa forma, o primeiro tópico analisará a adoção no Brasil, mediante uma sucinta explanação sobre a relação do abandono com referido instituto, e realizará uma breve análise legislativa da adoção no país, com o intento de compreender a sua evolução e relevância no ordenamento jurídico nacional. E, no segundo tópico, será mostrado o processo de adoção no país e as consequências que a sua morosidade excessiva é capaz de gerar no psicológico das crianças e dos adolescentes espalhados pelos abrigos do território nacional e ansiosos por uma

família que os acolham e lhes proporcione o amor e a proteção que tanto necessitam.

2 O ABANDONO E A ADOÇÃO

A adoção é fruto do desejo que algumas pessoas possuem em ter, em seus lares e em suas vidas, criança(s) e/ou adolescente(s) pelo vínculo afetivo. É, também, a busca destes adotandos pelo acolhimento familiar que tanto precisam, havendo, pois, a extinção do vínculo biológico anterior e a concepção de uma nova família. Nesse sentido, afirma Gina Khafif Levinzon²:

A adoção representa, de um modo geral, uma forma de proporcionar uma família às crianças que não podem, por algum motivo, ser criadas pelos pais que a geraram. Representa, ainda, a possibilidade de ter e criar filhos para pais que apresentam limitações biológicas ou que optam pelo cuidado de crianças com quem não possuem ligação genética.

É inegável que, muitas vezes, as crianças são postas para a adoção em razão do despreparo e da pobreza de seus pais, os quais, sem terem a mínima condição de prover a subsistência delas, recorrem a esta via. Igualmente, muitos adolescentes são abandonados pelas mesmas razões acima expostas e são colocados em abrigos por não terem um ambiente saudável para o seu desenvolvimento. A prática do abandono é, pois, substancial, conforme se verifica nos noticiários e jornais do país a todo momento.

De fato, inúmeras crianças são abandonadas em instituições ou lugares públicos, sendo este um problema social bastante grave na atualidade. Além dos fatores citados acima, outros motivos de ordem emocional igualmente levam os genitores a abandonarem seus filhos, destacando-se a rejeição, o medo e insegurança, os distúrbios psicológicos, a rejeição da mulher pela família ou a gravidez precoce. Assim, verifica-se que a prática do abandono pode ser tida como uma violência social, familiar e afetiva, conforme afirma Telma Sirlei Favaretto³:

O abandono de uma criança é a concretização da violência social, familiar e afetiva, e reproduz as relações de opressão de uma sociedade, seja esse abandono produzido por uma decisão individual ou oriunda de pressões

² LEVINZON, Gina Khafif. **Adoção**. 3. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2009. p. 12.

³ FAVARETTO, Telma S. F. **A mulher e o abandono de recém-nascido: uma análise transdisciplinar**. In: CASTRO, A. et al. Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 139-141.

externas. É uma violência resultante do acúmulo de “pequenas” violências sofridas pela mulher em seu cotidiano, que impulsionam a prática de tal ato como que justificando o próprio abandono pelo Estado, sociedade e família (...). A mulher que abandona o filho, de alguma maneira, foi rejeitada pela família e, sentindo-se desamparada, com medo, insegura, com relação ao futuro, encontra como solução o abandono do filho.

Obviamente, não se pode deixar de mencionar que o ônus da prática do abandono não pode ser atribuído apenas à mulher, já que, muitas vezes, esta atitude é resultado de uma soma de fatores praticados não só pela mãe, mas também pelo pai. Como exemplos disso, pode-se citar a negligência do casal, o abuso e os maus-tratos para com os seus filhos, os quais ficam privados de sua convivência. Não raro, casais viciados em drogas e álcool, em razão do seu vício e das consequências inerentes a este, acabam praticando o abandono dentro da própria casa, tornando necessária a separação dos pais com os filhos, como uma forma de garantir a sobrevivência da criança ou do adolescente.

Como consequência do abandono, há um enorme sofrimento interno nestas crianças e nestes adolescentes, os quais, muitas vezes, em razão deste estímulo doloroso, passam a apresentar alterações em suas estruturas cerebrais, conforme afirma Maria Aparecida Domingues de Oliveira⁴:

A psicologia já demonstrou que o abandono, a rejeição e os maus tratos causam depressão e que esta, dependendo do grau de intensidade que acomete o indivíduo, pode levar a trágicas consequências [...]. As alterações no funcionamento cerebral decorrentes da ação punitiva do meio social- lembremos que o principal meio social da criança é a família- estão na raiz de muitos tipos de condutas inadaptadas, como a conduta violenta, e de patologias, como a depressão, a mania, o pânico, as fobias, as psicopatias, entre outras.

Assim, é visível que a adoção possibilita que seja dada a estas crianças e a estes adolescentes uma nova chance de uma vida digna, com o cumprimento de seus direitos fundamentais, não somente o direito à vida, mas também o direito à dignidade humana, possibilitando, assim, que eles possam ter uma família que os acolha e lhes proporcione oportunidades melhores.

De fato, é direito de toda criança e todo adolescente ter respeitados os direitos básicos inerentes a um crescimento digno. Ainda que não recebam o tratamento que deveriam de suas famílias biológicas, a adoção permite que um novo

⁴ OLIVEIRA, Maria A D. **A neuro-psico-sociologia do abandono/mau trato familiar**. In: AZAMBUJA, Maria R. F.; SILVEIRA, M. V.; BRUNO, D. *Infância em família um compromisso de todos*. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004. p. 286-287.

lar possa dar a eles o aconchego familiar que tanto almejam, respeitando e preservando os seus direitos. Inclusive, o artigo 227 da Constituição Federal⁵ afirma ser dever da família, da sociedade e do Estado tutelar os direitos da criança e do adolescente de forma prioritária:

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

E, do mesmo modo, assevera o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶ que:

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.

Entretanto, não obstante a legislação assegure ampla proteção aos direitos das crianças e dos adolescentes, o que se vê na realidade é um panorama bastante diferente disso, uma vez que, não só a família biológica falha em seu propósito de proteção, ao abandoná-los, como também os futuros pais adotantes contribuem para a permanência do problema, já que idealizam uma criança livre de quaisquer problemas e aguardam nas filas até aparecer aquela que seja perfeita para eles, desprezando, assim, crianças e adolescentes reais, com problemas e defeitos normais e inerentes a todo e qualquer ser humano.

A adoção não se presta a ser utilizada como um mecanismo seletivo de crianças e adolescentes que se adêquem perfeitamente ao modelo estabelecido pelos adotantes, mas tão somente um instituto que proporciona um encontro de duas expectativas: a dos futuros adotandos e a dos pais adotivos, correspondendo à necessidade de crescimento, de fecundidade da vida espiritual, conforme bem

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2020.

⁶ BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Lex: Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2020.

afirma Antonio Chaves⁷. Contudo, o processo de adoção ainda é lento para a demanda que existe, o que gera cada vez mais frustração e sofrimento a todos os envolvidos, conforme será abordado adiante.

2.1 ANÁLISE LEGISLATIVA BRASILEIRA DA ADOÇÃO

No que se refere ao instituto da adoção, a legislação brasileira, embora a passos lentos, evoluiu consideravelmente desde o primeiro Código Civil de 1916, passando pelo Código de Menores, em 1979, e chegando aos dias de hoje, onde a adoção encontra-se prevista no Código Civil de 2002, no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.º 8.069 de 1990, na Constituição Federal e, ainda, na Lei Nacional da Adoção – Lei n.º 12.010 de 2009. Nesse sentido, com relação ao Código Civil de 1916, salientam-se as palavras de Carlos Roberto Gonçalves sobre o ato jurídico da adoção, para o qual⁸: “o Código Civil de 1916 disciplinou a adoção com base nos princípios romanos, como instituição destinada a proporcionar continuidade da família (...)”, e neste sentido, continua o autor (op. cit.) “Os casais estéreis teriam os seus filhos que a natureza havia os negado. Daí vinha o regramento, de que só poderia adotar quem já tivesse completado 50 anos, e não tivesse ainda prole”.

De fato, de acordo com referido Código⁹:

- Só podiam adotar aqueles com idade mínima de cinquenta anos, sem descendentes legítimos ou legitimados, devendo ser, ao menos, dezoito anos mais velho que o adotando;
- A adoção conjunta só era possível se ambos fossem casados;
- Era exigido o consentimento de quem tivesse a guarda do adotando;
- Configuravam como causas para a dissolução da adoção a convenção entre as partes ou a ingratidão do adotando para com o adotante;
- Com exceção dos impedimentos para convocar núpcias, o parentesco se dava apenas entre o adotante e o adotando;

⁷ CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 185.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 330.

⁹ BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Lex: Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2017.

- Os efeitos da adoção não se extinguiriam pelo nascimento posterior de filhos legítimos, exceto se a concepção tivesse precedido o momento da adoção;
- Com o nascimento de filhos legítimos, a herança do adotando seria reduzida à metade do que coubesse a cada um dos filhos; e
- Os direitos e deveres resultantes do parentesco natural permaneceriam, exceto o poder familiar, que se transferia ao pai adotivo.

Aqui, cumpre frisar que a Lei nº 3.133/57, que alterou o Código Civil de 1916, reduziu a idade mínima do adotante para trinta anos, tendo a adoção assumido uma natureza assistencial, já que, a partir daí, pessoas que já possuíam filhos naturais podiam adotar, embora ainda não era reconhecido o direito sucessório caso o adotante possuísse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos. Ainda, permanecia a vinculação pelo parentesco do adotando com a família natural e a possibilidade do rompimento da adoção. Ademais, foi diminuída a diferença de idade entre o adotante e o adotando de dezoito para dezesseis anos e permitida a integração do sobrenome daquele ao deste. Por fim, se o adotante fosse casado, a adoção só seria possível depois de transcorridos cinco anos de casamento, a não ser que o homem fosse maior de cinquenta e a mulher maior de quarenta anos.

Nesse sentido, conforme afirma Maria Berenice Dias¹⁰, a adoção era pura e simplesmente chamada de adoção simples, pois“(…) era levada a efeito por escritura pública e o vínculo de parentesco limitava-se ao adotante e ao adotando””. Além disso, o adotando não perdia todos os vínculos com a família biológica, vindo posteriormente, como consequência estimular a adoção à brasileira, que seria a “prática ilegal de casais registrarem filho alheio como próprio”, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves¹¹.

Entretanto, com o advento da Lei nº 6.697/79, o chamado Código de Menores, a adoção deixou de ser um ato em que o principal interesse jurídico protegido era o do adotante e onde a escritura pública bastava para lhe dar validade. A partir daí, a adoção passou a depender da participação ativa do Estado, por meio de autorização judicial, sem a qual não haveria a adoção, pois sem intervenção

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 425.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 331.

estatal, não seriam preenchidas as formalidades necessárias para a consumação do ato adotivo. Protegia-se, assim, a pessoa e o bem-estar do menor adotando.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 consagrou a proteção dos interesses da criança e não apenas de quem vai adotar, tendo, em seu artigo 227, parágrafo 6º, eliminado a discriminação entre filhos adotados e legítimos, instituindo, assim, a igualdade dos direitos e qualificações dos filhos¹². Após, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 20, bem como o atual Código Civil, em seu artigo 1596, seguiram a mesma linha da Constituição, consagrando a igualdade jurídica entre todos os filhos, independentemente de suas origens.

Nesse sentido, conforme afirma Caio Mário da Silva Pereira¹³:

A Constituição de 1988 estabeleceu que a adoção será assistida pelo Poder Público, sujeita a normas especiais de efetivação inclusive por estrangeiros, o que conduziu a orientação diversificadas, quanto à formação do vínculo. Manteve-se o sistema da adoção orientada pelo Código Civil para maiores de 21 anos ou emancipados, assistido, sempre, pelo Ministério Público, inclusive através de Escritura Pública e adotou-se os procedimentos próprios da Lei nº 8.069/90 para os menores de 18 anos.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ou simplesmente ECA), Lei nº 8069/1990, reforçou o posicionamento da Constituição Federal de que o instituto da adoção deve sempre prevalecer ao melhor interesse do adotando, mostrando-se um regramento jurídico de grande abrangência sobre o tema. Dentre tantos artigos de extrema importância para o presente tema, destaca-se o Capítulo III do ECA, que se refere à questão do direito à convivência familiar e comunitária, que já havia sido mencionado no artigo 227 da Constituição. O motivo do destaque reside na abordagem acerca da inclusão pelo Estatuto da família substituta como uma alternativa para o exercício deste direito, havendo disposições referentes à família natural através do artigo 25 com a seguinte redação: “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”¹⁴.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2020.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10.

¹⁴ BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Lex: Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2020.

Ainda, conforme o artigo 28 do ECA¹⁵, a inclusão em família substituta somente poderá ser feita mediante guarda, tutela ou adoção, levando-se em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, bem como, se possível, a opinião do menor. Dessa forma, a família, que antes se apresentava como um modelo fechado em si, tornou-se uma comunidade calcada no afeto, na democracia, na ajuda mútua, tendo por membros pessoas unidas, cuja união depende mais de laços de amor do que apenas de laços consanguíneos.

Outro artigo do ECA que merece bastante destaque é o 46, o qual dispõe acerca do estágio de convivência da criança ou adolescente com a família substituta¹⁶, mediante acompanhamento de equipe interprofissional que seja competente para tanto, incumbidas de apresentar relatório detalhado sobre a conveniência do deferimento da medida. Tal estágio mostra-se de extrema importância, já que se constitui em um período de adaptação do adotando e dos adotantes à uma nova forma de vida, afastando, assim, a ocorrência de adoções precipitadas que possam gerar arrependimentos futuros e um consequente sofrimento para todos os envolvidos. Importante salientar que referido estágio poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja a sua idade, já estiver em companhia do adotante por um tempo suficiente para que se possa avaliar a conveniência da constituição do vínculo, conforme disciplina o parágrafo 1º do artigo 46 do Estatuto¹⁷.

Já o Código Civil de 2002 disciplina sobre a adoção em seus artigos 1618 a 1619, sendo mantido o entendimento de que todos os filhos são iguais, sejam adotados ou não. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira¹⁸:

O Código Civil de 2002 procurou unificar a orientação para a Adoção de menores e maiores de dezoito anos, determinando a obrigatoriedade da sentença constitutiva para a constituição do vínculo de filiação. Reconheça-se, portanto, a preocupação do Direito Brasileiro em prestigiar o Instituto da Adoção reforçado pelo princípio constitucional da não-discriminação entre filhos. Encerrou-se, finalmente, o velho debate sobre o direito à licença-maternidade para a mãe adotiva através da "licença-maternidade" na adoção, ao ser promulgada a Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002 [...].

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Lex: Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2020.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10.

Salienta-se, entretanto, que, em decorrência da promulgação da Nova Lei de Adoção, Lei n.º 12.010 de 2009¹⁹, foram revogados os artigos 1.620 a 1.629, o que fez com que, atualmente, no Código Civil, encontram-se apenas dois dispositivos ainda vigentes acerca do instituto, quais sejam: 1.618, o qual estabelece que a adoção será deferida na forma prevista no ECA, e o artigo 1.619, dispondo acerca da necessidade da assistência do Poder Público, bem como de sentença constitutiva, quando se tratar de adoção de maiores de 18 (dezoito) anos.

Nesse sentido, supracitada Lei trouxe diversas modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou, de forma expressa, dez artigos do Código Civil de 2002, dando nova redação aos remanescentes, além de trazer diversos dispositivos que tratam de prazos processuais mais amenos (de modo a dar mais celeridade ao processo de adoção) e criar o Cadastro Nacional de Adoção (cujo objetivo é cruzar informações constantes no banco de dados entre crianças ou adolescentes e pretendentes para o fim de encontrar perfis compatíveis).

Importante destacar o conceito de “família extensa” trazido pelo artigo 25 da referida Lei, sendo esta considerada como a família que “se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”²⁰. Dessa forma, os parentes próximos como avós, tios e primos, por exemplo, poderão garantir a permanência da criança ou do adolescente em sua família natural, a partir da atuação dos mesmos na fase da desconstituição do poder familiar. Daí conclui-se, pois, que primeiramente haverá a tentativa de manter a criança em sua família de origem (não necessariamente com os pais biológicos), para só, após tornar-se infrutífera tal tentativa, encaminhar a criança ou adolescente para a adoção.

Igualmente, torna-se imperioso destacar mais uma característica desta Lei, a qual, em seu artigo 28, parágrafo 2º, deixa claro que os adotandos com idade superior a 12 anos serão ouvidos, bem como quando o adotante quiser trocar o pronome do adotando, conforme refere o seu artigo 47, parágrafo 6º. Ainda, se

¹⁹ BRASIL. **LEI nº 12.010, de 03 de agosto de 2009**. Lex: Nova Lei da Adoção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2017.

²⁰ BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Lex: Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2020.

buscará manter os irmãos unidos, de modo que o adotante possa adotar todos os irmãos, com exceção da existência comprovada de risco de abuso ou outra situação que justifique a excepcionalidade de solução diversa, consoante disciplina o artigo 28, parágrafo 4º da mencionada Lei²¹.

Em suma, a Nova Lei de Adoção trouxe dispositivos que deram ensejo a prazos menores, realização de curso para os adotantes, acompanhamentos psicológicos para mães e gestantes, redução do tempo de permanência em abrigos, bem como um regramento que possibilita a adoção de crianças por estrangeiros. Em contrapartida, vislumbra-se que referida Lei pecou em determinados aspectos, eis que não faz menção ao instituto da “adoção *intuitu personae*”, que é aquele em que o parente biológico do adotando manifesta expressamente sua vontade em adotar a criança ou o adolescente, nem fez referência à possibilidade da adoção por casais homossexuais.

3 PROCEDIMENTO PARA A ADOÇÃO NO BRASIL

Primeiramente, há de se destacar um conceito que será bastante destacado a partir de agora: poder familiar, expressão esta que, com o Código Civil de 2002, substituiu a antiga denominação de “pátrio poder”, e que consiste no poder exercido por ambos os pais referentes aos cuidados, proteção, sustento e amparo que deverão dispensar aos filhos menores, não sendo este poder algo atroz e violento, mas sim um comportamento natural de respeito, afeição e boa convivência que deve permear toda e qualquer família. Com bem assevera César Fiuza²²:

Poder familiar é o antigo pátrio poder ou *patriapotestas*. É o complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições. Por ser exercido por ambos os pais, em regime de igualdade de condições, não seria, atualmente, adequada a expressão pátrio poder, que foi substituída por “poder familiar” pelo Código Civil de 2002. Talvez a melhor denominação fosse “poder parental”, por indicar o conjunto de poderes-deveres dos pais sobre os filhos.

Assim, o adotando só estará apto para a adoção no momento em que ele se desvincular de sua família natural, mediante o processo da destituição familiar. Nesse ínterim, o Código Civil, em seus artigos 1635 a 1638, prevê situações que

²¹ Ibidem.

²² FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 991.

podem ensejar suspensão ou extinção do poder familiar, com o objetivo de preservar o interesse dos filhos²³. Aqui, cabe mencionar a distinção entre ambos os termos, uma vez que a suspensão está prevista no artigo 1637 do Código Civil, sendo três as hipóteses de sua ocorrência: o descumprimento pelos pais dos seus deveres, a ruína dos bens dos filhos e a condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão²⁴.

Já com relação à extinção do poder familiar, esta consiste na sua interrupção definitiva e deverá ocorrer sempre que houver um perigo permanente à segurança e à dignidade do filho e encontra-se descrita no artigo 1635 do Código Civil, sendo cinco as hipóteses de seu cabimento: morte dos pais ou do filho, emancipação do filho, maioridade do filho, adoção do filho por terceiros e perda em virtude de decisão judicial²⁵.

Necessário ainda, referir que, para que ocorra a perda do poder familiar em virtude de decisão judicial, é preciso que ocorra alguma das hipóteses previstas no artigo 1638 do Código Civil, ou seja, que tenha ocorrido: castigo imoderado do filho, abandono do filho, prática de atos contrários à moral e os bons costumes, a reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar e a entrega, de forma irregular, do filho a terceiros para fins de adoção²⁶. As hipóteses acima citadas, sempre levarão em conta o bem-estar do menor, bem como as condutas que o direito considera ilícitas.

Ainda, o ECA, em seu artigo, 24, preceitua que a perda ou suspensão do poder familiar será decretada judicialmente a partir da lei civil, ou ainda, se houver o descumprimento injustificado dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores²⁷. Com relação aos procedimentos relativos à perda ou suspensão do poder familiar, estes encontram-se nos artigos 155 a 163 do referido Estatuto²⁸.

Referente ao procedimento para adoção, não se observam obrigatoriamente os requisitos constantes no artigo 42 do ECA, o qual se desdobra

²³ BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Lex: **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2020.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Lex: **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2020.

²⁸ Ibidem.

em diversos parágrafos trazendo uma vasta gama de pressupostos para que o processo de adoção seja válido. Assim, podem figurar como adotantes os maiores de 18 (dezoito) anos, pouco importando o seu estado civil, sendo proibida a adoção pelos ascendentes e irmãos do adotando, ao passo que para a adoção conjunta faz-se necessária que os adotantes sejam casados ou mantenham união estável, conforme artigo 42, parágrafo 2º do Estatuto²⁹.

Além disso, oportuno registrar que aqueles que forem divorciados, separados judicialmente ou ex companheiros, poderão proceder à adoção de forma conjunta, sendo necessário apenas que entrem em consenso acerca da guarda e regime de visitas e tendo o estágio de convivência da criança ou do adolescente iniciado na constância da convivência do casal. Oportuno mencionar, também, a necessidade de consentimento dos pais ou do representante legal do adotando para que haja a adoção, dispensando-se tal exigência quando os genitores são desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar, conforme preceitua o artigo 45 do ECA, *caput*, e parágrafo 1º, lembrando que, caso o adotando seja maior de 12 (doze) anos, será necessário, também o seu consentimento, de acordo com o parágrafo 2º do mesmo artigo³⁰.

Assim, de acordo com Fábio Ulhoa Coelho, para que a adoção ocorra, é necessário que haja³¹:

a) Inviabilidade da manutenção na família natural ou extensa; b) vantagens para o adotado e legitimidade dos motivos do adotante; c) consentimento dos pais do adotado e, sendo adolescente, também o dele; d) sentença deferindo a adoção, proferida em processo judicial, após o obrigatório estágio de convivência do requerente e o menor; e) capacidade e legitimidade do adotante.

Importante salientar, pois, que o artigo 47 do ECA estabelece que o vínculo da adoção será constituído mediante sentença judicial, a qual será inscrita no registro civil por intermédio de mandado, em que restará consignada o nome dos adotantes, bem como de seus ascendentes, cancelando-se o registro original do

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 301.

adotado³². Assim, a adoção produzirá seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, conforme expresso no parágrafo 7º do aludido artigo³³, e, de acordo com o seu parágrafo 9º, “terão prioridade de tramitação os processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica”³⁴.

Contudo, em que pese deva haver o cumprimento de todo este trâmite para o processo de adoção, há de se destacar que, consoante expresso no artigo 48 do ECA, “O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”³⁵, motivo pelo qual há a necessidade de se preservar os autos do processo. Nesse sentido, Frederico de Almeida Júnior e Juliana Zacarias FabreTebaldi³⁶ afirmam que:

A necessidade de se preservar os autos do processo de adoção existe porque o adotado, após completar 18 anos, tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes. Referido acesso poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica (ECA, art. 48, *caput* e parágrafo único).

Assim, diante do exposto e, fazendo-se, pois, um passo a passo para a adoção³⁷, tem-se:

- Primeiro: o interessado deverá procurar a Vara da Infância e Juventude do seu município para saber quais documentos deve juntar, lembrando que, conforme já mencionado, a idade mínima para se habilitar é de 18 anos, independentemente do estado civil, e que a diferença entre o futuro adotante e a criança ou o adolescente seja de 16 anos de idade. Os documentos que o interessado deve providenciar são: CPF; certidão de casamento ou nascimento; comprovante de residência; comprovante de rendimentos ou

³² BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Lex: Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2020.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Frederico de; TEBALDI, Juliana Zacarias Fabre. **Direito civil: família e sucessões**. São Paulo: Manole, 2012. p. 81.

³⁷ CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. **Passo a passo da adoção**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2020.

- declaração equivalente; atestado ou declaração médica de sanidade física e mental; e certidões cível e criminal;
- Segundo: após análise dos documentos, há a fase da avaliação feita por uma equipe técnica multidisciplinar do Poder Judiciário, cujo objetivo é conhecer as motivações e expectativas do interessado à adoção e analisar a sua realidade sociofamiliar para verificar se possui condições de receber a criança na condição de filho. Ainda, é nesta fase que o postulante receberá as orientações sobre o processo adotivo.
 - Terceiro: é necessário que o interessado participe do programa de preparação para adoção e que seja submetido à avaliação psicossocial com entrevistas e visita domiciliar feitas pela equipe técnica interprofissional. Algumas comarcas avaliam a situação socioeconômica e psicoemocional dos futuros adotantes apenas com as entrevistas e visitas. O resultado dessa avaliação será encaminhado ao Ministério Público e ao juiz da Vara de Infância;
 - Quarto: a partir do laudo da equipe técnica da Vara e do parecer emitido pelo Ministério Público, o juiz dará sua sentença. Após, com o pedido do interessado acolhido, o postulante estará habilitado para a adoção por um período cuja validade é de três anos. Ainda, os dados do interessado serão inseridos no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento.
 - Quinto: após entrar automaticamente na fila de adoção do seu estado, o interessado aguardará até que apareça uma criança com o perfil definido por ele, devendo-se observar a cronologia da habilitação;
 - Sexto: surgindo uma criança com o perfil compatível ao indicado pelo interessado, este será contatado pelo Poder Judiciário. Após, o histórico de vida da criança é apresentado ao futuro adotante e, se houver interesse, ambos são apresentados. Salienta-se que a criança também será entrevistada após o encontro e dirá se quer ou não continuar com o processo. Durante esse estágio de convivência monitorado pela Justiça e pela equipe técnica, é permitido visitar o abrigo onde a criança mora, dar pequenos passeios para que ambos se aproximem e se conheçam melhor;
 - Sétimo: se o relacionamento correr bem, o interessado iniciará o estágio de convivência. Nesta fase, a criança ou o adolescente passa a morar com a

família, sendo acompanhados e orientados pela equipe técnica do Poder Judiciário, por um período cujo prazo máximo é de 90 dias, prorrogável por igual período. Salienta-se que a equipe técnica continuará fazendo visitas periódicas e apresentará uma avaliação conclusiva; e

- Oitavo: contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência, o interessado terá 15 dias para propor a ação de adoção. Após verificar as condições de adaptação e vinculação socioafetiva da criança ou do adolescente e de toda a família, sendo estas condições favoráveis, o juiz irá proferir a sentença de adoção e determinar a lavratura do novo registro de nascimento, já com o sobrenome da nova família. Conforme já mencionado, há também a possibilidade de trocar o primeiro nome da criança. Após todo este trâmite, a partir deste último passo, a criança passa a ter todos os direitos de um filho biológico.

Importante salientar que, não obstante todo o procedimento acima referido se refira à adoção de uma criança, o mesmo procedimento ocorre quando o adotando for um adolescente.

Por fim, faz-se importante explanar brevemente acerca da inovadora disposição trazida pela Nova Lei de Adoção, em seu artigo 50, parágrafo 5º, ou seja, da criação de um cadastro de pessoas interessadas na adoção de crianças e adolescentes³⁸. Com base nesta disposição, o Conselho Nacional de Justiça baixou a Resolução n.º 54 de 29 de abril de 2008, criando o Cadastro Nacional de Adoção, sob a forma de Banco Nacional de Adoção³⁹, cuja função consiste em auxiliar os juízes das Varas da Infância e da Juventude a conduzir os processos referentes à adoção em todo o território nacional, cruzando informações constantes no banco de dados entre crianças ou adolescentes e pretendentes para o fim de encontrar perfis compatíveis.

Ainda, no ano de 2019, foi criado o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), o qual nasceu da união do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (CNCA). Importante frisar que o SNA possui um sistema de alertas, através do qual os juízes e as corregedorias podem

³⁸ BRASIL. **LEI n.º 12.010, de 03 de agosto de 2009**. Lex: Nova Lei da Adoção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2017.

³⁹ CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. **Resolução n.º 54 de 29 de abril de 2008**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2607>>. Acesso em 13 de setembro de 2017.

acompanhar todos os prazos referentes às crianças e adolescentes acolhidos e em processo de adoção, bem como de pretendentes, o que facilita a resolução dos casos e contribui para um controle maior dos processos⁴⁰.

Conforme assevera César Fiuza⁴¹:

Em cada comarca há registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas em adotar, a comissão estadual judiciária de adoção deverá manter, outrossim, registro centralizado de estrangeiros interessados em adoção. É a partir desses registros que todo o processo deverá ter início.

Contudo, não há como esquecer que ainda existem diversas crianças e adolescentes esquecidos nos abrigos, crescendo sozinhos e vivendo nestes locais por um período muito superior aos dois anos previstos na Lei de Adoção. Tal situação gera os mais diversos sentimentos negativos nestes menores, os quais, em razão da sua cor, da sua idade, das suas deficiências, da falta de regularização pela família biológica ou do excesso de morosidade no processo de adoção, permanecem abandonados na esperança de, finalmente, encontrarem um lar e o aconchego familiar que tanto necessitam.

Aliás, os reflexos negativos que esta morosidade no processo de adoção gera no psicológico dos envolvidos, sobretudo dos menores, são gigantescos, na medida em que as frustrações e a falta de esperança ocasionadas pelo excesso de burocracia existente em cada etapa da adoção acabam por trazer ainda mais dor para aqueles mal se recuperaram da dor do abandono.

3. 1 A MOROSIDADE NO PROCESSO DE ADOÇÃO

Primeiramente, há de se referir que, quando um casal decide adotar, já existe a idealização de uma criança linda, saudável, de preferência recém-nascida ou, pelo menos, com poucos meses de vida, do sexo feminino e que possua características semelhantes à cor da pele, dos cabelos e dos olhos dos futuros adotantes. Contudo, a realidade muitas vezes se mostra bastante destoante dessa idealização, já que, não raro, estes casais, ao visitarem um abrigo, se deparam com crianças totalmente diferentes das que eles imaginaram.

⁴⁰ CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoao/adocao/>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2020.

⁴¹ FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 989.

De fato, quando os futuros adotantes chegam ao abrigo, encontram crianças já crescidas, muitas vezes com problemas de saúde (desnutridas, cegas, mudas), com problemas físicos (paraplegia, tetraplegia, falta de alguma parte do corpo, como um braço, por exemplo) ou com problemas mentais (síndromes, retardo, paralisia cerebral, neuróticas, psicóticas, deprimidas, esquizofrênicas), e, por não encontrarem o que procuram, optam por esperar e adiar a adoção.

Ainda, muitos pretendentes optam por adotar recém-nascidos ou crianças pequenas por acreditarem que suas crenças e convicções possam influenciar o desenvolvimento do bebê ou infante e inibir, assim, o seu fator genético.

Junta-se a essa exigência dos futuros adotantes a excessiva morosidade no processo de adoção e o resultado é o já conhecido: crianças e adolescentes abandonados nos abrigos com poucas chances de serem adotados. E, nesse sentido, já dispõe o artigo 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal⁴²: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Contudo, o Poder Judiciário, infelizmente, ainda encontra diversos óbices no que tange a celeridade da prestação jurisdicional, os quais podem estar atrelados ao crescimento de demandas, aumento da população, ausência de recursos materiais e modernização tecnológica e, ainda, despreparo dos profissionais do ramo do Direito.

E, dentro deste panorama de extrema morosidade, está o burocrático processo de adoção, que pode perdurar por anos e acarretar ansiedade e frustrações tanto no adotante como no adotando, os quais enfrentam longos períodos de espera desde o momento em que há a decisão da adoção até o dia em que tal pleito é finalmente deferido. Nesse sentido, afirma Maria Berenice Dias⁴³:

Durante a tramitação da demanda de destituição, as crianças permanecem em abrigos, ou são colocadas em famílias substitutas. Infelizmente, as ações se arrastam, pois é tentada, de forma exaustiva, e muitas vezes injustificada, a manutenção do vínculo familiar. Em face da demora no deslinde do processo, a criança deixa de ser criança, tornando-se “inadotável”, feia expressão que identifica crianças que ninguém quer. O interesse é sempre pelos pequenos. Assim, a omissão do Estado e a morosidade da justiça transformam abrigos em verdadeiros depósitos de

⁴² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2020.

⁴³ DIAS, Maria Berenice; **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 390.

enjeitados, único lar para milhares de jovens, mas só até completarem 18 anos. Nesse dia simplesmente são postos na rua.

Não se pode olvidar que o instituto da adoção abrange vários requisitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, conforme já exposto, os quais devem ser observados e respeitados, entretanto, a falta de maior celeridade nestes trâmites acaba gerando diversos transtornos e traumas nos envolvidos, desde problemas psicológicos até a perda da vontade dos adotantes em concluir o procedimento adotivo. Nesse sentido, afirma Gina Khaff Levinzon⁴⁴:

[...] a demora pode ser séria e destruir um bom trabalho, de modo que, quando os pais recebem a criança, muita coisa já aconteceu na vida dela. É comum os pais receberem um bebê que teve cuidados inadequados antes de ser adotado, e como resultado pode-se dizer que eles não apenas receberam um bebê, mas também um "problema psicologicamente complexo".

Outro fator bastante importante a ser destacado é a mudança do relacionamento entre o casal adotante, já que, não raro, em um primeiro momento, o casal mostra-se altamente motivado e em uma ótima fase do relacionamento, mas, com a demora no processo de adoção, o próprio relacionamento pode mudar e, até mesmo, romper. Nesse sentido, cita-se as palavras de Maria Antonieta Motta⁴⁵:

É louvável o objetivo da lei em comprovar a compatibilidade entre as partes e verificar as probabilidades de sucesso da adoção, e compreende-se que para isto uma série de cuidados e providências prévias à sua concretização devam ser tomados. Entretanto, o prolongamento demorado do processo faz com que, quando os pais adotivos tenham finalmente a criança, muito já aconteceu na vida deles e na vida dela em um período decisivo para a formação sadia do psiquismo infantil.

Dessa forma, ante todo o exposto, resta claro quão necessária é a família na vida de uma criança ou adolescente, já que os eles precisam de cuidado, carinho, amor e proteção que somente um ambiente familiar é capaz de proporcionar. É justamente na família que estes menores poderão encontrar a base do ser humano e a força necessária para sobreviver neste mundo. A partir do momento em que são privados deste direito e jogados à própria sorte, acabam tornando-se presas fáceis da amargura e das consequências que uma rejeição é capaz de ocasionar.

⁴⁴ LEVINZON, Gina Khaff. **Adoção**. 3. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2009. p. 20-21.

⁴⁵ MOTTA, M.A P. **Adoção Algumas Contribuições Psicanalíticas**. In: SUANNES, A.et al.Direito de Família e Ciências Humanas.Caderno de Estudos n° 1.São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1997. p.124.

Infelizmente, os abrigos, que deveriam servir apenas como um lugar de passagem para que os futuros adotandos ficassem pelo tempo previsto na lei (dois anos) acabam tornando-se seus lares por longos anos, até que completem dezoito anos e são postos para fora. Não se pode olvidar que, a partir do momento em que há uma exaustiva burocracia no processo de adoção no país e uma consequente morosidade do instituto, há um descaso por parte do Estado para com estas crianças e estes adolescentes.

E não só isso, mas quando se percebe as exigências que os candidatos a adotantes fazem, percebe-se claramente que a imagem externa ainda prevalece sobre o real sentimento de amor, o qual não possui cor, raça, sexo ou qualquer tipo de aparência. Deixar de adotar uma criança ou um adolescente por não possuir as características desejadas é o mesmo que desperdiçar a oportunidade de amar e ser amado por quem deseja apenas isso na vida: amor familiar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, resta evidente a gravidade do problema da morosidade no processo de adoção no Brasil, bem como as sérias consequências que esta demora acarreta em todos os envolvidos na relação, sobretudo nas crianças e nos adolescentes. De fato, não bastassem os efeitos negativos e, muitas vezes traumáticos, que a prática do abandono acarreta no psicológico destes candidatos a adotandos, os mesmos ainda são obrigados a enfrentar a angústia da espera por adotantes que os escolham, bem como a ansiedade gerada pela demora do Poder Judiciário em finalmente concluir o processo de adoção.

A constante idealização de muitos candidatos a adotantes em encontrarem a criança “perfeita” também surge como um agravante da situação, já que os abrigos possuem crianças e adolescentes reais, com problemas comuns ao seu estado de desenvolvimento. Talvez a falta de mais campanhas de conscientização e maior debate sobre o assunto nos mais diversos meios de comunicação pudesse contribuir para a mudança desta triste mentalidade. Ainda, a excessiva burocracia e a triste morosidade em todos os trâmites da adoção igualmente são fatores desanimadores não só para quem espera ser adotado, mas também para quem pretende adotar.

Analisando-se a evolução legislativa da adoção no país, observa-se que o instituto é mais aceito e melhor regulamentado atualmente, sobretudo com o advento da Lei Nacional da Adoção (Lei n. 12.010 de 2009), que inovou em diversos pontos, como se percebe na criação do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Entretanto, ainda há muitas crianças e muitos adolescentes nos abrigos sofrendo as consequências do abandono e vivendo nestes locais por um período muito maior do que o permitido por lei, o que acaba os tornando mais velhos e com menores chances de serem adotados.

Por tudo isso, esta triste realidade urge por maior atenção de todos, pois não é justo que crianças e adolescentes cresçam sem um ambiente familiar propício para o seu desenvolvimento e jogados nos abrigos até que completem dezoito anos de idade e tenham que enfrentar o mundo da forma mais desoladora possível. Estes candidatos a adotandos desejam apenas viver o amor que uma família é capaz de proporcionar e esperam ansiosos pela oportunidade de finalmente amarem e serem amados. Dificultar que isso ocorra é não só aniquilar toda e qualquer esperança na humanidade, mas também desperdiçar a chance de tornar estas crianças e estes adolescentes mais completos, mais amados e mais felizes.

5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Frederico de; TEBALDI, Juliana Zacarias Fabre. **Direito civil: família e sucessões**. São Paulo: Manole, 2012.

ALVES, Roberto Barbosa. **Direito da Infância e Juventude**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2020.

_____. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Lex: Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2020.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Lex: **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2020.

_____. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Lex: Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2017.

_____. **Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009.** Lex: Nova Lei da Adoção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2017.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. **Resolução n.º 54 de 29 de abril de 2008.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2607>>. Acesso em 13 de setembro de 2017.

_____. **Passo a passo da adoção.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2020.

_____. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/adocao/>>. Acesso em 04 de fevereiro de 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice; **Manual de Direito das Famílias.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FAVARETTO, Telma S. F. **A mulher e o abandono de recém-nascido: uma análise transdisciplinar.** In: CASTRO, A. et al. Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRARINI, Letícia. **Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo.** 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEVINZON, Gina Khaffif. **A Criança Adotiva na Psicoterapia Psicanalítica.** São Paulo: Escuta. 2000.

_____. **Adoção.** 3. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2009.

MOTTA, M.A.P. **Adoção Algumas Contribuições Psicanalíticas**. In: SUANNES, A. et al. Direito de Família e Ciências Humanas. Caderno de Estudos nº 1. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1997.

OLIVEIRA, Maria A D. **A neuro-psico-sociologia do abandono/mau trato familiar**. In: AZAMBUJA, Maria R. F.; SILVEIRA, M. V.; BRUNO, D. Infância em família um compromisso de todos. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva. 2004. v. 6.

SILVA, José Luiz Mônico da. **A Família Substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. 3.ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2003.

VICENTE, José Carlos. **Adoção: o que é adoção, seus efeitos e formas para se adotar**. Disponível em:< <http://www.pailegal.net/ser-pai/503?rvTextold=1183371062>> . Acesso em: 06 de janeiro de 2018.

A DESESTABILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E SOCIAIS PROVOCADAS PELO CÁRCERE FEMININO: UM ESTUDO REALIZADO NO PRESÍDIO ESTADUAL DE CANELA

Jones Mariel Kehl¹

Bruna de Carvalho Fagundes de Lima²

RESUMO: Com o incremento da criminalidade feminina, cresce também a necessidade de perquirir a respeito das principais razões que levam mulheres a delinquir, especialmente a traficância, crime que mais encarcera mulheres no Rio Grande do Sul. Nesse diapasão, o presente trabalho tem como objetivo analisar as especificidades da criminalidade feminina, chamando a atenção para o contexto social em que a mulher está inserida, bem como as consequências do cárcere feminino que geram o rompimento de laços familiares. Para tanto, a pesquisa basear-se-á em entrevistas semiestruturadas, por meio de trabalho etnográfico (observação assistemática), com quatro detentas do Presídio Estadual de Canela (PECAN), na cidade de Canela, RS.

PALAVRAS-CHAVE: Cárcere feminino. Criminalidade feminina. Contexto social. Estrutura familiar.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Considerações metodológicas. 3 O encarceramento feminino: contexto do Aprisionamento. 4 O contexto social da mulher criminosa (indiciada) e presidiária. 5 A família de quem está atrás dos muros da penitenciária. 6 Considerações finais. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

1 Advogado. Mestre em Direito Público. Professor de Direito Penal das Faculdades Integradas de Taquara (FACCAT). Coordenador do Projeto de Pesquisa "Os meios autocompositivos de resolução de conflitos e seus reflexos no desenvolvimento regional do Vale do Paranhana". Endereço eletrônico: joneskehl@faccat.br.

2 Estagiária Forense da Defensoria Pública de São Francisco de Paula. Acadêmica em Ciências Jurídicas e Sociais das Faculdades Integradas de Taquara (FACCAT). Integrante do Projeto de Pesquisa "Os meios autocompositivos de resolução de conflitos e seus reflexos no desenvolvimento regional do Vale do Paranhana", com bolsa de Iniciação Científica FACCAT. Endereço eletrônico: brunaclima@sou.faccat.br.

Ao desenvolver esse trabalho, propomo-nos a demonstrar a necessidade de estudar as principais razões que levam mulheres ao cárcere, em específico a inserção na rede de tráfico de drogas, considerando que 62% das mulheres condenadas ou aguardando julgamento em junho de 2016 dizia respeito aos crimes ligados ao tráfico de drogas - no mesmo período, aos homens, esse percentual era de 26%, não sendo diferente no Estado do Rio Grande do Sul, visto que o tráfico de drogas é o crime que mais leva mulheres ao cárcere. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p. 43).

Nessa perspectiva, os perfis de mulheres vinculadas às práticas delitivas são, em sua maioria, jovens - 34% da população prisional feminina gaúcha tem entre 18 a 29 anos (SUSEPE, 2019), sendo inúmeras as razões fazem com que mulheres ingressem no submundo do crime, quais sejam relações amorosas estabelecidas com homens criminosos, bem como pelo fato de vislumbrarem no tráfico de drogas uma “oportunidade” de renda ou de complementá-la, por não disporem de meios pessoais, sociais e econômicos para arcarem com as responsabilidades familiares.

Desse modo, o presente trabalho propõe-se a responder ao seguinte problema de pesquisa: Em que medida o contexto social em que estão historicamente inseridas contribui como causa para a prática delitiva das apenadas do Presídio Estadual de Canela?

Em 2018, foram realizadas entrevistas com apenadas integrantes do sistema prisional gaúcho, mais especificamente de Canela, conforme adiante se verá.

A partir disso, será contextualizada a abordagem histórica acerca da criminalização feminina, bem como as taxas de aprisionamento no Brasil e especificamente no Rio Grande do Sul, conforme dados estatísticos do Infopen (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias) e mapa prisional da SUSEPE (Superintendência dos Serviços Penitenciários). Além disso, será destacado os papéis da desigualdade de renda, da pobreza, da ineficiência do ensino básico e na estrutura familiar como fator que potencializam a maior inserção de mulheres no sistema prisional;

Além disso, serão destacados fatores que levam mulheres adelinquir que não estão associados a um contexto social degradante, bem como será demonstrado o quanto a inserção no ambiente prisional é, em todos os sentidos, adversa à vida humana, principalmente no tocante ao estabelecimento e manutenção de vínculos sociais e

familiares, quando a única responsável familiar – mãe – é presa. Desse modo, antes de apresentar o contexto em que este artigo se situa, é necessária uma nota metodológica.

2 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

A pesquisa fora realizada no Presídio Estadual de Canela (PECAN), na cidade de Canela/RS, em 24 de maio de 2018. Para tanto, baseou-se em entrevistas semiestruturadas com quatro mulheres (das seis encarceradas)³, trabalho etnográfico (observação assistemática). As entrevistas foram realizadas de modo informal organizacional, sendo autorizado pela gestora do presídio quanto autorizada pelas apenadas o uso do gravador de voz, conforme Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). A pesquisa ocorreu dentro da cela onde as apenadas coabitavam, sendo acompanhada da administradora interina da unidade prisional.

Inicialmente, a entrevista objetivava focar, principalmente, na condição de vida das mulheres no cárcere, entretanto, o tema em comento não fora muito destacado pelas entrevistadas, mas analisado pela entrevistadora no decorrer da entrevista, uma vez que, como já mencionado, ocorreu dentro da cela prisional onde apenas coabitavam. Por outro lado, as apenadas mostraram grande interesse em falar das suas trajetórias, evidenciando os motivos que as levaram ao cárcere. Os elementos familiares, culturais, sociais e econômicos que influenciaram, especialmente, no ingresso no contexto do tráfico de drogas foram assuntos naturalmente levantados por três das quatro apenadas entrevistadas, fazendo com que as perguntas relativas a estas questões se tornassem então o principal foco da entrevista.

As entrevistas não foram realizadas de forma individual, mas sim em conjunto com as quatro apenadas, a qual teve a duração de uma hora e meia sendo esse tempo suficiente para aprofundar tais temas com cada uma delas. Por diversas vezes, o gravador fora desligado e, neste momento, foi possível perceber que as apenadas sentiam-se à vontade para responder às perguntas e também trazer novas informações para pesquisa. Ao sair da penitenciária, tomava notas dos fatos mais importantes para o escopo da pesquisa, buscando aproveitar cada frase dita, emocionando-me muitas vezes com o que havia presenciado e sentido com aquelas mulheres.

3 Duas das apenadas que cumpriam pena no Presídio Estadual de Canela estavam em regime semiaberto e como a entrevista foi realizada no período da tarde não foi possível entrevistá-las, visto que essas retornavam a unidade prisional apenas no período da noite.

Diante disso, o método de abordagem utilizado é o método indutivo, partindo-se da verificação de uma premissa particular para outra, geral a ser evidenciada por meio do método de procedimento. Nessa perspectiva, foi escolhido o método monográfico, o qual busca o estudo sobre a problemática social gerada através do cárcere feminino, tendo com unidade individual o sistema prisional gaúcho. Ademais, com a finalidade de discutir as especificidades da criminalidade feminina, chamando a atenção para o contexto social em que a mulher está inserida. Além da utilização do método histórico, no qual será abordado o contexto histórico da criminalidade feminina, comparando com os elementos que existem hoje a sua origem histórica.

3 ENCARCERAMENTO FEMININO: O CONTEXTO DO APRISIONAMENTO

Com o aumento da participação e integração da mulher na sociedade, muitas mudanças comportamentais puderam ser percebidas e associadas, dentre as elas, uma tem crescido exponencialmente no cenário criminal: o aprisionamento feminino. Segundo dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2019, p. 9), no ano 2000, eram 5,6 mil mulheres custodiadas no Brasil, ao passo que, em 2016, a população prisional feminina atingiu a marca de 40,97 mil mulheres encarceradas, havendo um incremento de mais de 600%.

No Rio Grande do Sul, conforme mapa prisional datado de fevereiro de 2018, disponibilizado pela Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE, 2019), encontram-se aprisionadas cerca de 2.031 mulheres, sendo que 703 cumprem pena em regime fechado, 105 cumprem pena em regime aberto, 491 cumprem pena em regime semiaberto e contam atualmente com 698 presas provisórias. Em específico, o presídio estadual de canela, na data da entrevista realizada com as apenadas, 24 de maio de 2018, contava com seis mulheres aprisionadas, sendo que três cumprem pena em regime fechado, duas cumprem pena em regime semiaberto, além de uma apenada em regime provisório.

Em relação aos crimes mais praticados por mulheres, ressalta-se a rede de tráfico de drogas. O encarceramento feminino obedece a padrões de criminalidade muito distintos se comparados aos do público masculino.

Enquanto 25% dos crimes pelos quais os homens respondem estão relacionados ao tráfico, para as mulheres essa proporção chega a 68%. Por outro lado, o número de crimes de roubo registrados para homens é três vezes maior do que para mulheres (DEPEN, 2014, p. 30).

São inúmeros os fatores que corroboram para o ingresso da mulher no tráfico de drogas, conforme demonstra ALVES (2017, p. 104):

Embora a população carcerária feminina seja historicamente menor do que a masculina, pode-se dizer que há uma feminização da punição, principalmente no que diz respeito a crime de tráfico de drogas. A maioria delas ocupa uma posição coadjuvante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico. Elas são moradoras da periferia, responsáveis pela provisão do sustento familiar, com baixa escolaridade, oriundas de extratos sociais desfavorecidos economicamente e exerciam atividades de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento.

Figura 28 - Distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade. Brasil. Junho de 2014.



Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E SOCIAIS DA CRIMINALIDADE FEMININA

O avanço da criminalidade é uma preocupação de toda sociedade, uma vez que apreendemos a combatê-la vivendo o mais longe possível de áreas periféricas, cercados por muros altos, afastando ao máximo das mazelas cotidianas do temor que a violência das ruas gera. Passamos a enxergar a criminalidade apenas como à extensão da marginalidade, uma vez que a pobreza tem sido muito discutida como principal responsável pelo aumento da criminalidade no Brasil.

Em relação à pobreza associada à criminalidade, destaca SILVA (2015, p. 155):

Esta associação entre pobreza e criminalidade foi à forma encontrada pelo Estado para compelir a população a adequar-se aos preceitos do sistema capitalista-neoliberal, os quais prezam a busca desenfreada pelo lucro por meio da supremacia da individualidade sobre a coletividade, fazendo-se valer a meritocracia como garantia de condições mínimas de subsistência. Para alcançar este objetivo, durante os séculos XVII e XVIII, foi disseminado o discurso de que o trabalho, independentemente das condições de salubridade e periculosidade, configurou-se como o meio mais adequado de atingir a condição digna de cidadão, pois até mesmo as situações de maior exploração e precarização das condições de emprego mostravam-se mais valorizadas que a condição de assistido social.

Nesse sentido, ao passo fechamos os olhos para as mazelas da sociedade, onde, muitas vezes se instaura a criminalidade, percebemos a banalização do crime como mais um problema cotidiano, conforme exara SALMASSO (2004, p. 16):

A verdade é que presenciamos uma banalização do crime, pois vivemos numa sociedade caracterizada pela falta de estrutura e por problemas como a fome, o analfabetismo, a corrupção, e a extrema desigualdade social. Assim, a criminalidade acaba sendo apenas mais um problema dentre tantos outros encontrados na sociedade brasileira.

A criminalidade é um fenômeno que perpassa por toda a sociedade, seus segmentos, classes, faixas etárias, conforme destaca VERGARA (1998, p. 18).

A criminalidade também pode ser associada ao grau de integração social, pois a integração grupal, a estabilidade comportamental do mesmo, os controles informais à conduta, a pouca incidência de modificações estruturais violentas, bem como de seus componentes, ou ainda, a estabilidade generalizada dos membros em relação aos processos culturais e modos de ser sociais, contribuem de forma direta no cenário criminal.

Nessa perspectiva, ressalta-se que atualmente a mulher tem ocupado grande espaço no cenário criminal ante o maior índice de aprisionamento, contudo poucos são os estudos que tratam dessa temática – criminalidade feminalidade -, conforme elucida FREITAS (2012, p. 125), que durante séculos, o baixo índice de criminalidade cometido por mulheres, contribuiu decisivamente para o descaso do Estado quanto a iniciativas que se preocupasse com a situação das infratoras. Somente a partir de 1920, com o

aumento do número de mulheres delinquentes, o Estado passaria, pouco a pouco, a exercer uma maior autoridade sobre as mulheres presas.

Desse modo, observa-se um desinteresse pelo estudo da criminalidade feminina, podendo ser uma das razões, a desigualdade de gênero, eis que ainda causa estranheza falar sobre crimes cometidos por mulheres, uma vez que a criminalidade é vista como algo inerente à masculinidade, bem como pelo fato da imagem feminina ser construída a partir de uma perspectiva masculina, com estereótipos sociais idealizado de feminino passivo, que não pratica atos violentos e sequer comete delitos.

Destarte, é importante ressaltar como historicamente as mulheres transgressoras eram vistas, uma vez que infligiam princípios morais os quais ainda percebe-se muito forte em nossa sociedade, conforme elucida PRIORI (2012, p. 26):

Historicamente, as mulheres autoras de delitos e práticas violentas, que transgrediram as leis e as normas sociais, foram consideradas pelos discursos médico e jurídico como portadoras de loucura, debilidade mental ou moral, pouca inteligência e baixo potencial criminoso. Elas recebiam o rótulo de delinquente ou prostituta, pois haviam rompido com a moralidade e assumido características próprias dos homens como a força, a agressividade, os instintos primitivos, a violência e o crime.

Contudo, observa-se que as mulheres que cometem crimes parecem estar invadindo um espaço que não é o delas, visto que a ideologia dominante nos discursos e representações é a de uma feminilidade amistosa em oposição a uma masculinidade violenta.

Diante disso, em oposição ao imaginário social, verifica-se que mulheres são movidas pelas mais variadas justificativas a entrarem para o submundo do crime, bem como deve ser analisado o contexto social e familiar em que mulheres infratoras estão inseridas, sendo a partir dessa premissa que apresenta-se o trabalho de campo a seguir.

4 CONTEXTO SOCIAL ACERCA DA MULHER CRIMINOSA (INDICIADA) E PRESIDÁRIA

Na pesquisa realizada foi constatada uma dicotomia na condição social de que cada entrevistada estava inserida até dar os primeiros passos para a

prática delituosa, especialmente relacionada ao tráfico de drogas, crime que mantém presas três das entrevistadas, bem como é o crime que mais encarcera mulheres no Brasil.

Desse modo, é necessário destacar os papéis da desigualdade de renda, da pobreza, da ineficiência do ensino básico e na estrutura familiar como fator que potencializam a maior inserção de mulheres a rede de tráfico de drogas. Em contrapartida, serão destacados fatores que levam mulheres a delinquir que não estão associados a um contexto social degradante.

4.1 DESESTRUTURA FAMILIAR COMO PRECEDENTE A PRÁTICA DELITIVA

O primeiro contato com o que se entende por socialização é no seio familiar; é onde o indivíduo encontra o alicerce principal para sua formação. Dito isso, a pesquisa em comento busca identificar em que medida uma família omissa de suas funções parentais acarretam um deficiente desenvolvimento social de crianças e adolescentes a ponto de aderirem à prática de delitos mesmo na infância até a sua maioridade.

As entrevistadas foram questionadas acerca das suas relações familiares durante a infância, adolescência até a sua entrada para a rede de tráfico de drogas. N.C.D.S., 18 anos, ensino fundamental incompleto, mencionou ter passado por inúmeras dificuldades durante sua infância e adolescência. Destaca que perdeu sua genitora ainda na adolescência e por esse motivo teve que assumir o cuidado do seu irmão mais novo, que hoje conta com 14 anos, bem como todos os cuidados da casa. Ademais, relatou que seu pai possui dependência alcoólica e nunca exerceu a paternidade de fato.

A família é a mais antiga e dissemina instituição social e conforme exarou DURKHEIM (2005, p. 35) é a quem cabe o esforço inicial e contínuo para impor à criança maneiras de ver, sentir e agir, às quais ela não chegaria espontaneamente. Diante do relato acima referido, é N.C.D.S teve de assumir os cuidados do seu irmão muito cedo, visto que a época da entrevista contava com 18 anos, e instantaneamente do lar, sem contudo ter uma rede de apoio

familiar que pudesse vir a ser um fator impeditivo a sua evasão escolar, bem como a sua entredada para a rede de tráfico de drogas.

Desse modo, grande parte das mulheres que se encontram inseridas no sistema prisional, apresentam um histórico de violência sofrida, ocasionadas, muitas vezes, em seu próprio meio familiar, frequentemente negligenciadas a direitos básicos, bem como pela falta de amparo materno e paterno, além de, muitas vezes serem vítimas de maus tratos ou abuso de drogas, sendo este ciclo de violência iniciado no meio intrafamiliar, representa, portanto um elo de inúmeros acontecimentos que traçam a trajetória de um percentual da população carcerária feminina (DUTRA, 2012, p. 9).

4.1.1 ESTRUTURA FAMILIAR E INGRESSO NO MUNDO DO CRIME

Muito se discute acerca da pobreza ser a principal responsável pelo aumento da criminalidade no BRASIL, mais especificamente no Rio Grande do Sul. Contudo, a criminalidade não pode ser explicada através do discurso incriminatório da pessoa classificada como pobre, conforme elucida PIRES (1985, p. 58), visto que as amplas camadas voltadas para o crime jamais utilizaria esta forma de sobrevivência, se a sociedade fornecesse oportunidades mínimas para seu sustento.

Durante a entrevista, Y.B., 27 anos, ensino médio completo, em contraponto as demais entrevistadas, não atribui a sua inserção na rede de tráficos de drogas a estrutura familiar em que esteve inserida. Relata que durante a sua infância e adolescência nunca lhe faltou nada, uma vez que sua mãe, farmacêutica, trabalhava muito para proporcionar uma boa qualidade de vida. Justifica que, em virtude das longas jornadas de trabalho da mãe a mesma passava muito tempo nas ruas, como ela mesma ressaltou: “andando com gente que não deve”, onde “portas se abriam” para a sua entrada no “mundo do crime”.

Nesse íterim, ressalta-se que a entrevistada demonstrou ao longo da entrevista muita admiração por sua mãe, que essa em nenhum momento demonstrou omissão em sua criação e que ao longo da vida sempre buscou meios legais de proporcionar uma vida digna aos seus filhos.

Diante disso, ressalta-se que a criminalidade não pode ser explicada tão somente a partir das classes sociais menos favorecidas, conforme declarou SALMASSO (2004, p. 17):

Apesar da forte associação entre a marginalidade e a criminalidade - facilmente derrubada mediante uma reflexão mais profunda - a criminalidade é um fenômeno que perpassa por toda a sociedade, seus segmentos, classes, faixas etárias, etc. Para comprovar essa constatação, podemos citar como exemplos o uso e o tráfico de drogas por indivíduos de classe média e alta. Homicídios, suicídios, violência doméstica também estão presentes no seio dos lares mais abastados. Podemos destacar os crimes de estelionato, mais conhecidos como “crimes do colarinho branco”, geralmente praticados por políticos e empresários, cuja gama de vítimas foge à nossa imaginação.

Desse modo, verifica-se que são inúmeras as razões que levam mulheres a prática de crimes, não podendo ser a criminalidade explicada unicamente pela desestrutura familiar ou pela pobreza como verificou-se na declaração de Y.B. Contudo, não foi possível concluir acerca da motivação que levou a entrevistada a ingressar no tráfico de drogas.

4.2 PRECEDENTES DA PRÁTICA DELITIVA POR MULHERES

4.2.1 AFERIMENTO DE RENDA E A CONQUISTA DO MERCADO DE TRABALHO

Tradicionalmente, cabia às mulheres exercer apenas o papel de mãe e esposa, tendo com única e sobrecarregada atribuição, a manutenção do lar e a educação dos filhos, estando sempre submetida às ordens e escolhas de seus maridos. No decorrer do tempo, partindo de uma análise histórica, destaca-se que as definições de mulher apenas como mãe e esposa modificaram-se, fazendo com que mulheres ingressassem no mercado de trabalho, sendo uma das razões a obtenção da sua autonomia financeira.

Desse modo, buscando-se fazer um vínculo entre a independência financeira e a entrada para o mundo do crime, foram questionadas em relação a possuir vínculo empregatício anterior à entrada para a rede de tráfico de drogas. N.C.D.S., 18 anos, ensino fundamental incompleto, declarou que anteriormente trabalhava em uma loja de departamento, “no sol”, fazendo propaganda em frente à loja e que auferia renda equivalente a R\$1.300,00(mil, trezentos reais) e que a oportunidade em ingressar no tráfico de drogas surgiu

com a proposta de “dinheiro fácil”. Ademais, relata que esse foi o dinheiro mais “difícil” da sua vida, uma que vez que não existe dinheiro que compre paz e sossego que o tráfico a tirou.

Nessa perspectiva, revela MELLO (2010, p. 30):

O esforço em obtenção de renda é revelado por quem vende drogas ilícitas, pois vislumbra uma remuneração melhor e mais rápida não viabilizada no emprego lícito. Quando este não é ausente, lhes proporciona recursos financeiros insuficientes para a subsistência da família, bem como a saciação dos desejos de consumo impostos pela sociedade.

Em contrapartida, ao entrevistar Y.B., 27 anos, ensino médio completo, essa mencionou que não foi presa durante a instrução processual a qual durou quatro anos. Durante esse tempo trabalhou como atendente de farmácia, relatando que em um determinado dia recebeu a ligação de seu advogado solicitando a presença de Y.B. em seu escritório, momento em que teve que deixar por alguns instantes o estabelecimento em que trabalhava. Questionada acerca de sua saída, informou que respondia por um processo ante a denúncia pelo crime de tráfico de drogas. Após isso, Y.B. fora demitida.

A conduta adotada pelos superiores de Y.B. é, infelizmente, um padrão comportamental da sociedade; existe um descompromisso ético por parte da sociedade que, enquanto pune, política e socialmente não tem se preocupado em encontrar soluções educativas eficientes para mulheres que respondem criminalmente por um processo, para as presidiárias e ex-presidiárias, assim como para as esposas de presidiários que acabam carregando consigo as marcas da escolha do companheiro. A prova disso está na população carcerária que aumenta ano após ano. Além do descompromisso ético da sociedade frente à população carcerária, de julgar e não buscar soluções para o problema que está exposto há um efeito mais danoso, “o estigma”, que consigo traz outras implicações, tais como a absorção por essas mulheres, de valores que lhe são depositados rotulando-o, marcando-o, e com isso contribuindo significativamente para que assuma a identidade que lhe é atribuída (VERONESE, 1997, p. 41).

Nesse sentido, destaca-se que, as mulheres ao ingressarem, por quaisquer que sejam as razões no mundo do crime, tendem a permanecer, uma vez que, o tráfico de drogas oferece àqueles que se encontram

desqualificados para o mercado de trabalho, um posicionamento dentro do "mercado", com tentadoras propostas e a facilidade no acesso, bem como a desnecessidade de "experiência no ramo", conforme destacou (NOVAES et al., 2010).

Desse modo, verifica-se que diante da cadeia de opressões vivida pelas mulheres que as conduzem para situações de vulnerabilidade, bem como ante as lucrativas ofertas e a possibilidade de ganhos rápidos vislumbrada no tráfico de drogas, que não são encontrados facilmente em outras modalidades de trabalho lícito, incitam diariamente mulheres a ingressar no "mundo do crime".

4.2.2 O INDUZIMENTO MASCULINO A PRÁTICA DELITIVA

A presença masculina apresenta-se, muitas vezes, como responsável pelo envolvimento da mulher na prática delituosa, as quais muitas cometem crimes induzidas por sentimentos afetivos, tal como se tornam traficantes para sustentar o vício de seus companheiros dentro de penitenciárias; muitas vezes conjugada às parcas condições financeiras somadas ao fato de exercer o papel de mantenedora do lar, já caracterizada socialmente com a condição de ser companheira de presidiário, o que fatalmente acarreta dificuldades para buscar uma colocação no mercado de trabalho legal, pelas razões acima elencadas, busca-se, muitas vezes, uma saída alternativa para sanar tal problema, o que vem a viabilizar a inclusão da figura feminina na criminalidade.

Partindo desse pressuposto, ressalta LOBATO et al. ([2012-]), conforme citado por DUTRA (2012, p. 14):

Os delitos cometidos por pessoas do meio intrafamiliar tende, inevitavelmente, a envolver as mulheres, em virtude, dos apenados sofrerem ameaças de outros presos para que a droga entre no sistema penitenciário, servindo como objeto de troca ou para o próprio consumo do indivíduo. Muitas vezes não há possibilidade de escolha, pois se não garantirem a entrega da droga serão penalizadas, assim como, seus familiares e entes queridos. Neste contexto, permeado de atribuições e conflitos sociais é notório o aumento das mulheres envolvidas em crimes.

De acordo com o estudo em análise, através do relato da entrevistada, R.R.A, 40 anos, ensino fundamental incompleto, a data da

entrevista encontrava-se presa por associação ao tráfico de drogas há apenas três dias, declarou ter “caído” com o seu companheiro uma vez que esse escondeu a “droga” em sua residência. Ademais, mencionou que sabia da prática delitiva exercida pelo marido, mas que não imaginava que esse enxertaria a droga para o seu lar. Por fim, menciona que seu companheiro havia prometido parar com a traficância, mas como ocorreu à abordagem policial, não deu tempo.

Diante dessas afirmações, sendo o tráfico o crime que mais aprisiona mulheres na atualidade, muitas delas buscam ou são levadas a este delito por meio de uma figura masculina, demonstrando a influência das relações de gênero no universo criminal. Conforme exara (DUTRA, 2012, p. 12-13), essa influência masculina ocorre por diversos motivos, como laços emocionais, evidenciado no relato de R.R.A, assim como, a falta de conhecimento a respeito da ilicitude do ato praticado, onde a conduta não é realizada diretamente pelo agente, entretanto, devido à ligação existente entre ambos, acarreta-lhe na imputação de um delito.

5 A FAMÍLIA DE QUEM ESTÁ ATRÁS DOS MUROS DA PENITENCIÁRIA

5.1 A CONSEQUÊNCIA SOCIAL ACERCA DO CÁRCERE FEMININO

Ao abordarmos a questão que envolve as consequências do cárcere feminino, em um primeiro momento é necessário pontuar que diante do pensamento difundido pelos meios sociais de que a mulher é dado o papel da maternidade, o qual exige dessa desempenhos e atividades que, ante uma análise social permeada de preconceitos às mulheres em situação de cárcere, parecem não compatibilizar com a vida no crime.

Nesse sentido, tal pensamento demonstra que a mulher, ao delinquir, não está mais apta a exercer a maternidade, conforme ressalta FIGUR (2018, p.32):

Ser taxada como criminoso põe fim a qualquer possibilidade de uma presa ser vista como boa mãe. Na prisão, a mulher perde seu papel de mãe, de esposa, de filha e de mulher, deixando evidente a quebra dos vínculos familiares. O julgamento moral, sob a ótica machista, é potencializado no ambiente prisional.

Diante disso, ressalta-se que a prisão de uma mulher produz consequências de diversas ordens, principalmente em relação à fragilização das relações familiares, no universo materno, onde os filhos crescem sem tal amparo, o qual propicia a criação de laços de amor e proteção em relação aos infantes, indispensável à formação social do indivíduo (SANTOS et al., 2009, p. 7).

O afastamento do lar de uma mulher pela reclusão pode vir a gerar consequências extramuros graves, uma vez que sendo a mulher a única responsável legal pela manutenção financeira, material e emocional da família monoparental, seu afastamento do lar pela reclusão resulta em uma série de incertezas quanto ao destino e amparo de seus filhos, conforme ressalta SILVA (2015, p. 182):

A reclusão masculina é acompanhada da certeza de um responsável pelos cuidados dos filhos – que na, grande maioria, este cargo é ocupado pela mãe das crianças que, além de oferecer todo apoio aos filhos, continua mantendo o contato com o marido e também possibilita a proximidade entre ele e seus descendentes. Já o encarceramento feminino é caracterizado pela imprecisão quanto ao destino dos filhos, uma vez que o pai não se responsabiliza pelo cuidado dos mesmos, ou não tem como fazê-lo por também estar em situação de aprisionamento, com isso, juntamente com a reclusão da mulher, inicia-se um processo de inquietude e preocupação quanto ao estabelecimento de redes de proteção social ou de solidariedade para abrigar estas crianças enquanto perdurar a reclusão materna.

É neste ponto que reflete um dos problemas mais severos do encarceramento feminino, conforme aponta SILVA (2015), em sua obra *Mãe/mulher atrás das grades: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina*, a qual uma análise acerca da enorme importância da existência de uma rede familiar de proteção aos filhos de mulheres presas, pois além de possibilitar o acolhimento destas por pessoas com as quais já tinham um vínculo estabelecido, também viabiliza a continuidade do contato mãe-filho.

Contudo, ainda consiga a autora tal quadro estabelecido não é vivenciado por todas as mulheres em situação de cárcere, sendo que ante a ausência de amparo familiar, o destino de muitos dos filhos dessas mulheres, seguem os parâmetros de medidas protetivas, acolhimento instituição ou em casos mais graves, destituição do poder familiar, previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990).

Destarte, consigna-se que mesmo nos casos em que há uma estrutura familiar para receber os filhos das mulheres reclusas, a referência materna ainda é o pilar para formação do indivíduo perante a sociedade. Deste modo que é importante ressaltar as consequências não só econômicas, mas também sociais geradas diante desta prisão, uma vez que o encarceramento acarreta, muitas vezes, na invisibilidade dos filhos das apenadas perante a sociedade, tendo-se poucas informações sobre quem são, onde estão e como vivem tais crianças e adolescentes.

Nesse panorama, a apenada N.C.D.S., 18 anos, relatou durante a entrevista que possui um irmão que conta atualmente com 14 anos e que ante ao falecimento de sua mãe, acabou por assumir os cuidados do seu irmão deste como se seu filho fosse. Além disso, faz menção ao exercício da traficância e que trabalhava com algo que destrói a vida das pessoas uma vez que essas passam a ser dependentes da droga, como a própria entrevistada ressalta: “não é fácil trabalhar com a droga porque ela destrói a vida das pessoas”. Ainda refere que diante da acessibilidade ao traficante no bairro onde reside, teme que seu irmão possa vir a ser usuário de drogas, uma vez que não pode estar presente para cuidá-lo, além da falta de amparo do seu genitor de ambos que é dependente químico.

Em contrapartida, durante a entrevista, a apenada D.O.S., 25 anos, ensino fundamental incompleto, que ao tempo da entrevista estava grávida de 7 meses, ao ser questionada acerca da sua família relatou que possuía mais três filhos, que possuem 4,7 e 12 anos, os quais estão sendo muito bem cuidados pela avó materna e que esses não a visitam junto a unidade prisional. Ademais, informa receber apenas a visita do seu marido, porquanto, tem o direito a visitas íntimas. Por fim, relata sentir muita saudade da sua família.

Desse modo, é possível afirmar que a situação do atendimento infantil aos filhos das mulheres encarceradas além ser um assunto polêmico, necessita de uma maior visibilidade nas esferas das políticas sociais, criminais e penitenciárias. Não se pode negar que a prisão atinge diretamente os filhos (a) das mulheres que estão sob privação de liberdade (RITA, 2006, p. 71). Desse modo, torna-se indispensável à discussão acerca de políticas públicas específicas voltadas para a mulher presa, ante a sua especificidade e da

repercussão negativa que o seu aprisionamento pode trazer, principalmente em relação aos seus dependentes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou a criminalidade feminina e a relação com o contexto social em que as entrevistas estão inseridas. Desse modo, ressaltase que a participação feminina na esfera criminal é algo relativamente recente, de modo ainda carece de muitos estudos acerca de motivos ensejadores que partam de uma perspectiva histórica e social para a inserção da mulher na criminalidade.

Diante do estudo realizado no Presídio Estadual de Canela, afirma-se que muito do que se sabe acerca da criminalidade está diretamente associada à pobreza. É importante destacar que alguém que teve os seus laços familiares rompidos, com deficiência de amparo materno e paterno, que não tem estímulos para seguir frequentando a escola, vindo a abandoná-la ainda no ensino fundamental, são algumas das razões identificadas na pesquisa que podem contribuir o ingresso no crime.

Nesse sentido, vale ressaltar que a falta de estrutura familiar acarreta o aumento de responsabilidade dos filhos ante a negligência dos pais, bem como quando ocorre uma fatalidade como a perda da mãe, conforme visto na pesquisa de campo. Essa condição muitas vezes vem ao encontro com a miserabilidade que é mal vista pela sociedade, sendo também um dos motivos ensejadores para inserção na rede de tráfico de drogas que transmite uma falsa percepção de oportunidade.

Além disso, a entrevista com as apenadas propiciou um contraponto ao que foi contextualizado anteriormente, onde a criminalidade feminina não se associa tão somente a pobreza e a desestrutura familiar, podendo caracterizar o induzimento masculino a prática delitiva, seja ele direto ou indireto, como uma característica marcante na inserção de mulheres no submundo das drogas.

Acrescenta-se também, que durante a entrevista foi discorrido acerca da atual família das apenadas e diante disso, ressaltase a diferença do cárcere enfrentada por mulheres em detrimento dos homens, uma vez que a natureza feminina tende a sofrer com mais intensidade a situação carcerária, devido à fraqueza emocional ante as consequências que o aprisionamento

feminino gera. A maioria das mulheres que se encontram sob a custódia do Estado possuem filhos menores, os quais são dependentes do amparo materno para o seu bom desenvolvimento. Desse modo, afirma-se que a atitude de punir a prática delitiva da mulher, gera para o Estado, um problema social de grandes proporções em relação aos filhos dessas mulheres, que diante do cárcere materno passam a não ter um familiar que possa prover os seus cuidados, sendo que muitos desses acabam por passar sua infância e adolescência em unidades de passagem, sem o amparo materno ou alguma figura de proteção e carinho, estando assim mais suscetíveis a violência e a criminalidade.

7 REFERÊNCIAS

ALVES, D. **Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana.** Revista CS, 21, p.104-. Cali, Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi.

BARBOSA, Max Willian. A. B. *et al.* **Homens e mulheres, prisioneiros e prisioneiras: um estudo panorâmico sobre a diferença existente entre o gênero no cárcere e suas repercussões.**[S.l.]: Revista científica da Faminas, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional. **Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade - junho de 2017.** Organização: Marcos Vinícius Moura Silva. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmul_heresjunho2017.pdf>. Acesso em: 24 dez. 19.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial de União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Seção 1. p.13.563.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 18 mar. 2020.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico.** São Paulo, Martins Claret, 2005, pg. 35.

DUTRA, Thaíse.C. **A criminalidade feminina com relação ao tráfico de drogas, frente à lei 11.343/06.** Monografia (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. pg. 9-14.

FIGUR, Mariéle. **Quando o lar é a prisão: A repercussão do cárcere na garantia dos direitos humanos dos filhos de mulheres presas.** p. 32-34. Monografia. (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) - Faculdade de Direito. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2018.

FREITAS, C. **O cárcere feminino: Do surgimento às recentes modificações introduzidas pela lei de execução penal.** p.1. Revista Faculdade Arnaldo Janssen Direito, Belo Horizonte/MG, v. 4, n. 4, p. 125-145, jan./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.faculdadearnaldo.edu.br/revista/index.php/faculdadedireitoarnaldo/ndex>>. Acesso em: 25 maio. 2018.

GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Superintendência dos Serviços Penitenciários – Departamento de segurança e execução penal. Mapa prisional. [S.l.]. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=14&cod_conteudo=94>. Acesso em: 17 jun. 2018.

LOBATO, Aline. et al. **Mulheres criminosas: analisando a relação entre a desestruturação familiar e criminalidade.** Pg.10. Disponível em: http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/242.%20mulheres%20criminosas.pdf. Acessado em 10 jun. 2018.

MARCONI, Mariana de Andrade; PRESOTTO, Zélia Maria Neves. **Antropologia: Uma introdução.** 6. ed. São Paulo. 2007.p. 92.

PIRES, C. **A violência no Brasil.** São Paulo: Moderna, 1985. p. 58.

MELLO, Thaís Zanetti de. **(Des)velando os efeitos jurídico-penais da lei de drogas frente ao encarceramento feminino na Penitenciária Madre Pelletier em Porto Alegre: em busca de alternativas viáveis.** Mestrado em Ciências Criminais. Porto Alegre. 2010. pg. 30.

NOVAES, Elizabete David; MURARI, Ana Paula. **Uma reflexão teórica acerca da inserção da mulher na criminalidade.** In: Revista Sociologia Jurídica, n. 10, jan./jun. 2010 Disponível em: <<https://sociologiajuridicadotnet.wordpress.com/uma-reflexao-teorico-sociologica-acerca-da-insercao-da-mulher-na-criminalidade/>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

OLIVEIRA, Vivian. **A mãe presa e a relação com os direitos da criança: a falta de aplicabilidade dos direitos constitucionais, supralegais e infraconstitucionais.** p. 11. Artigo científico para obtenção de título de Pós Graduação. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

PRIORI, Claudia. **Mulheres fora da lei e da norma: controle e cotidiano na penitenciária feminina do Paraná.** p. 26. – Curitiba, 2012.

VERGARA, F. **O Perfil sócio-demográfico da mulher criminosa em Marília (1998)**. p.18. Monografia (Bacharelado em Ciências Sociais) - Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, Marília, 1998.

SALMASSO, R. **Criminalidade e Condição Feminina: Estudo de caso das mulheres criminosas e presidiárias de Marília – SP**. p.16-18. Monografia (Bacharelado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, Marília, 2004.

RAMOS, Luciana. **Por amor ou pela dor? Um olhar feminista sobre o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas**. p. 109. Dissertação de mestrado em Direito Estado e Constituição. – Universidade de Brasília, 2012.

RITA, Rosângela. **Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana**. p.71. (Dissertação de Mestrado). Departamento de serviço social. Universidade de Brasília - UNB. Brasília, 2006.

SILVA, Amanda Daniele. **Mãe/mulher atrás das grades: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina**. p. 155. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

VERONESE, Juliane. **O sistema prisional: seus conflitos e paradoxos. Novos estudos jurídicos**. p.41. v.3. n. 5. Universidade do Vale do Itajaí, 1997, apud, PINTO, Guaraci. et al. *O processo de institucionalização de detentos: perspectiva de reabilitação e reinserção social*. p. 681. Escola Anna Nery Revista de Enfermagem, 2006.

SANTOS, Maricy. et al. **Do outro lado dos muros: a criminalidade feminina**. Mnemosine Vol.5, nº2, p.7. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. Rio de Janeiro, 2009.

VIAFONE, Daniele. **A gravidez no cárcere Brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier**. p.102. Monografia. (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL